

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
UNIDADE DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE DIREITO**

HENRIQUE DE OLIVEIRA BASQUIROTO

**A CONSTITUIÇÃO EM MORA NAS AÇÕES DE BUSCA E
APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIARIA**

**CRICIÚMA
2017**

HENRIQUE DE OLIVEIRA BASQUIROTO

**A CONSTITUIÇÃO EM MORA NAS AÇÕES DE BUSCA E
APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIARIA**

Trabalho de Conclusão de Curso,
apresentado para obtenção do grau de
Bacharel no curso de Ciências Jurídicas
da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Orientador (a): Prof. Israel Rocha Alves

CRICIÚMA

2017

HENRIQUE DE OLIVEIRA BASQUIROTO

**A CONSTITUIÇÃO EM MORA NAS AÇÕES DE BUSCA E
APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIARIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, no Curso de Ciências
Jurídicas da Universidade do Extremo Sul
Catarinense, UNESC.

Aprovação em: ____/____/____.

Criciúma, 12 de junho de 2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Israel Rocha Alves - (UNESC) - Orientador

Prof. Jean Gilnei Custódio - (UNESC) - Examinador

Prof. Alisson Murilo Matos - (UNESC) - Examinador

**Dedico este trabalho a minha família,
em especial aos meus pais Edi
Basquiroto Sobrinho e Valfrida de
Oliveira.**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me propiciar a oportunidade de concluir mais uma fase da minha vida. Agradeço, por fim, a meu professor orientador Israel Rocha Alves, o qual tenho grande admiração e respeito, pela disponibilidade em me auxiliar nos momentos de dúvidas e me mostrar o melhor caminho a seguir.

“A força do Direito deve superar o direito da força”.

Rui Barbosa

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem o objetivo de permitir uma reflexão sobre a validade da notificação extrajudicial, para fins de constituição em mora do devedor, entregue no endereço do devedor que consta no contrato de alienação fiduciária, sem que esta seja recebida. Através de uma pesquisa teórica, procura-se analisar as divergências jurisprudenciais que se tem sobre o assunto e o entendimento de cada julgado. Para fazer a referida análise este trabalho monográfico aborda desde os primórdios da alienação fiduciária, passando do ordenamento jurídico romano ao nosso atual. Outro ponto de análise é o da constituição em mora e todos os seus aspectos. Visto isto se possibilita então uma melhor análise sobre o referido assunto, podendo se fazer um estudo aprofundado e as reflexões pertinentes.

Palavras-chave: Alienação Fiduciária. Constituição em mora. Jurisprudência. Direito Privado.

ABSTRACT

This monographic work aims to contribute to a reflection on the conflict between fundamental rights, which is related to the emergence and strengthening of the legal culture proper to the Constitutional State of Law, highlighted among these rights, the rights to the image, freedom of Expression and press. Since these rights constitute fundamental rights and that when placed in question they can generate conflicts, which can be denominated conflicts between norms or collision of principles. In this way, to solve the fundamental rights conflict, the German Robert Alexy points out that there is a difference between norms and principles, where norms are applied in an exact way and if they conflict, the solution is the introduction of an exception clause, already The principles do not have hierarchy, in this way they must be analyzed in the concrete case, using as method of resolution and application of the law the maximum of proportionality, that is, the proportionality with its three maxims (adequacy, necessity, proportionality in the strict sense) for To examine in the concrete case which principle will take precedence. After analyzing the theoretical assumptions cited, some judicial decisions will be collated and commented, in order to demonstrate how the application of the same theory, the theory of fundamental rights can culminate in decisions quite different from each other.

Keywords: Right to image. Press. Fundamental rights. Maximum of proportionality.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
Art.	Artigo
Dec.	Decreto
Des.	Desembargador
Rel.	Relator
TJRJ	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	11
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA	11
2.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO ATUAL.....	14
2.2.1 Sobre o Dec. Lei 911/693 COLISÃO DE PRINCÍPIOS.....	19
2.2.2 Da busca e apreensão.....	21
3 A MORA NO DIREITO BRASILEIRO	24
3.1 INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES	23
3.2 MORA.....	27
3.2.1 Mora “devendi” ou “solvendi”	28
3.2.2 Mora “credenci” ou “accipiendi”	36
3.2.3 Purgação da mora	40
3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL, CONSTITUIÇÃO EM MORA EM FACE DA LEI Nº 13.043/14	43
4.1 A CONSTITUIÇÃO EM MORA NAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA.....	43
4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	44
5 CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS.....	55

1. INTRODUÇÃO

Com a facilitação ao crédito mais pessoas vem adquirindo financiamento de veículos e muitas dessas já o fazem de má-fé, financiam o veículo e não pagam as prestações. Por outro lado há aqueles que por algum problema pessoal deixam de efetuar o pagamento, assim há ocorrência de juros e multa. Este atraso acaba gerando uma “bola de neve” de dívidas que impossibilita o financiado adimplir as prestações.

O banco por sua vez, tem o mecanismo de retomar judicialmente o bem alienado, através de uma ação de busca e apreensão, conforme determina o decreto-lei 911/69.

Para o ajuizamento da ação é necessário que o financiado esteja devidamente constituído em mora.

A Lei 13.043/14 que modificou o §2º do art. 2º da Lei 911/69, possibilitou o credor fiduciário de constituir o devedor em mora através de notificação extrajudicial com aviso de recebimento.

Desde então, a nova redação deste artigo da Lei que trata da alienação fiduciária deu uma solução menos burocrática para as instituições financeiras de retomar o bem em casos de inadimplemento do financiamento.

Assim, a constituição do devedor em mora que antes se dava unicamente por intermédio de notificação extrajudicial expedida por cartório de registro e títulos e documentos ou pelo protesto do título passou a ser possível através de uma simples notificação extrajudicial com aviso de recebimento enviada pelos correios para o endereço do devedor.

No entanto, quando há o retorno desta notificação extrajudicial sem o devido recebimento pelo devedor, alguns tribunais vêm divergindo sobre a aceitação ou não da constituição em mora do devedor inadimplente.

Muitas vezes, ao firmar a cédula de crédito, o financiado fornece o endereço de terceiro, geralmente algum parente, ou então um endereço temporário, alugado por exemplo. Por este motivo acaba ficando difícil o recebimento da notificação extrajudicial e desta forma não há constituição deste em mora, inviabilizando a retomada do bem pelo alienante nos casos de inadimplência no pagamento das parcelas.

Em contrapartida é devido ao credor esgotar todos os meios necessários a fim de localizar o devedor para que seja devidamente notificado a respeito do seu débito, e assim tenha ciência da sua responsabilidade pelos juros e das consequências do retardamento no cumprimento da obrigação.

Partindo-se desta premissa, o presente trabalho monográfico tem o objetivo de permitir uma reflexão acerca desta divergência pelos Egrégios Tribunais de Justiça, analisando os entendimentos jurisprudenciais de alguns destes.

Através destas análises jurisprudenciais busca-se responder se é válida a notificação extrajudicial, para fins de constituição em mora, entregue no endereço informado no contrato de alienação, mesmo que não seja recebida pelo financiado.

Para tanto, o método de pesquisa utilizado será o dedutivo, com pesquisa teórica e qualitativa com emprego de materiais bibliográficos, legislação pertinente, doutrinas e jurisprudência.

Visando melhor entendimento divide-se o presente trabalho monográfico em três capítulos.

O primeiro capítulo visa estudar o instituto da alienação fiduciária, desde seus primórdios dentro do direito romano até a legislação em vigência no nosso ordenamento jurídico.

Na sequência, proceder-se-á uma análise a respeito da mora e suas mais diversas espécies, formas de constituição e efeitos.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será feita uma análise na jurisprudência pátria, a fim de verificar a validade da notificação extrajudicial não recebida pelo devedor, para sua constituição em mora.

2 ALIENAÇÃO FIDUCIARIA

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para entender melhor é preciso levar em consideração que a fidúcia é um instituto muito mais antigo do que se imagina, embora não se tenha muitos estudos à respeito de sua origem, os poucos que existem levam a crer que teve origem no direito romano, de acordo com Otto Souza Lima (1962, p.12-13), o resquício mais antigo de fidúcia esta na Lei das XII Tábuas, mais especificamente na Tábua IV:

“Se não pagar e ninguém se apresentar como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor”. (Lei das XII Tábuas).”

Segundo António dos Santos Justo (2006) citado por Fábio Queiroz Pereira, (2010, p.23), temos a seguinte definição de fidúcia:

“(...) um contrato em que uma pessoa (*fiduciante*), utilizando um negócio jurídico formal (*mancipatio* ou *in iure cessio*), que se obriga a restituí-la depois de realizado um fim definido num acordo não formal designado *pactum fiduciae*.”

Através deste conceito pode-se dizer que é um contrato tanto real quanto formal. Formal pela necessidade de estar de acordo com as normas estipuladas pelo ordenamento jurídico romano. Real devido ao fato da transferência da propriedade.

Segundo Arnoldo Wald (2001, p.255), a fidúcia empregada pela Roma antiga é a fonte de todos os negócios fiduciários que são utilizados atualmente, porém, naquele tempo os romanos adotavam dois institutos de fidúcia:

Fiducia cum amico: Neste instituto havia a transferência da propriedade de um determinado bem para uma pessoa de confiança, sendo esta responsável por preservar o bem por um determinado período. Valia neste caso a confiança do fiduciante com este que ficava responsável, de que ao término do que fosse estipulado entre as partes haveria a restituição do bem. (ALVES, 1995, p.39)

De acordo Maria Helena Diniz (2004, p. 543) este instituto não tratava-se de um contrato de garantia mas sim de confiança, onde o dono do bem o transferia para uma pessoa de sua confiança não para obtenção de crédito, mas tão somente para que o bem ficasse preservado frente e determinados acontecimentos, como viagens, guerras.

Para explicar melhor, nas palavras de Fabio Queiroz Pereira (2010, p.23):

“(...) o fiduciante cedia a propriedade de uma *res* ao fiduciário que, por sua vez, devia guardá-la ou usá-la em conformidade com o acordado. as peculiaridades envolvendo o uso ou guarda e os prazos de duração do contrato estavam sempre definidos no *pactum fiduciae*. Atingidos os objetivos ou esgotando-se o termo acordado, o fiduciário deveria teronar o bem ao patrimônio do fiduciante.”

Vale ressaltar que naquela época existia a propriedade não somente sobre bens mas também sobre pessoas, sendo assim era muito comum a utilização da *Fiducia cum amico* para a alienação de escravos, valendo-se da mesma forma que da alienação de bens, sendo restituído após o que for estipulado entre as partes. (PEREIRA, 2010, p. 24)

Fiducia cum creditore: É a mais antiga das garantias reais, diferente da *Fiducia cum amico*, este instituto constituía de fato uma garantia de crédito, pagamento de uma dívida, estabelecia-se então um acordo onde o devedor transferia a propriedade (*dominium*) de uma *res mancipi* para o credor com a condição de restituí-lo após o adimplemento das condições contratadas, parecido com instituto da penhor que temos nos dias de hoje. Nas palavras da Afranio Carlos Camargo Dantzger (2007, p. 34):

“(...) tinha como razão de ser a necessidade de se oferecer uma garantia ao credor e, então o fiduciante, fazendo uso dela, tranferia certos bens ao credor com a ressalva de recuperá-los mais adiante, quando cumprisse com usa obrigação e quitasse sua dívida.”

Em outras palavras, explica Melhim Namem Chalhub (2000, p.10):

“[...] a fidúcia tem origem mais remota no direito romano, com a concepção de venda fictícia, ou provisória: era a convenção pela qual uma das partes

(o fiduciário), tendo recebido de outra (o fiduciante) a propriedade sobre uma coisa, obrigava-se a restituí-la uma vez alcançado determinado fim, estipulado em pacto adjeto (*pactum fiduciae*).”

Porém, conforme pontua Pereira (2010, p. 25), tal negócio jurídico é marcado por uma grande desproporção entre as partes que contratam. De um lado devedor transferia a propriedade de um bem, com a possibilidade de não recuperá-lo jamais. Em contrapartida, o credor fica em situação extremamente confortável, tendo a propriedade sobre o bem e podendo exercer todos os poderes inerentes a tal condição, podendo dispor ou até vendê-lo.

Era comum entre as partes que fosse celebrado um *pactum de vendendo*, onde não satisfeita a obrigação o credor venderia o bem que estava em sua posse, abatendo o valor recebido sobre o montante da dívida e retornando a diferença para o devedor. Para melhor entendimento, nas palavras de Fabio Queiroz Pereira (2010, p. 25):

“O fiduciário, não sendo satisfeita a dívida, conservava a res em sua propriedade, de forma definitiva. Havendo um *pactum de vendendo*, diante da situação de inadimplência do fiduciante, o credor deveria vender a coisa, apurar o valor, e retornar à propriedade do devedor a diferença do preço conseguido”

Embora a negócio fiduciário tenha como base a lealdade e honestidade, nem sempre as partes agiam de tal forma, assim sendo, o ordenamento jurídico romano criou um instituto chamado *actio fiducie*, para casos onde o devedor, mesmo após cumprida com sua parte na obrigação pactuada, não conseguia restituir o bem que deu em garantia, sobre este instituto explica Fabio Queiroz Pereira (2010, p. 26-27):

“A referida ação tinha meros efeitos obrigacionais, revelando-se como uma ação de boa-fé, com essencial caráter de pessoalidade (*in personam*). Desse modo, não era facultada ao fiduciante a possibilidade de reaver do patrimônio do fiduciário a *res* garantidora da obrigação. A condenação estava restrita ao pagamento, em pecúnia, do valor equivalente à coisa. Como pena acessória, podia ser imputada uma nota de infâmia ao credor fiduciário, pela ausência de lealdade no cumprimento do pactuado. Em Roma, a referida imputação era considerada gravíssima, atacando a honra

civil do condenado. Desse modo, se o credor não restituísse a *res*, podia ficar impedido de exercer cargo público ou mesmo de testemunhar em processo. Tratava-se de pena que levava à marginalização do imputado. Para resguardar os direitos do credor, era-lhe concedida a *actio fiduciae contraria*. Tal instrumento tinha como escopo normal o necessário pagamento de despesas empenhadas na guarda e conservação da coisa. Ademais, os danos que a *res* causasse ao credor também podiam ser restituídos por meio dessa ação. Acrescenta-se, ainda, que o fiduciário, nos casos supracitados, detinha o *ius retentiones*, ou seja, podia ficar com a coisa até ser ressarcido de seus prejuízos.”

Este instituto da fidúcia foi extinto do ordenamento jurídico romano por conta de inúmeros motivos como criação de novos institutos como comodato, o depósito e o penhor. (PEREIRA, 2010, p. 27) Entretanto é impossível negar sua influência nos mais diversos ordenamentos jurídicos atuais, mesmo com todas as transformações que tiveram até chegar ao conceito que temos, sendo o ponto de partida e desta forma imprescindível seu estudo para compreendermos o instituto da alienação fiduciária nos dias de hoje.

2.2 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO ORDENAMENTO ATUAL

Para Paulo Retiffe Neto:

“A fidúcia, instituto jurídico que repousa exclusivamente na lealdade e honestidade de uma das partes, o fiduciário, correspondente, por isso mesmo, à boa-fé e confiança nele depositada pela outra parte (...)” (NETO, 2000, p. 21)

Conceitua Alienação Fiduciária a ilustríssima professora Maria Helena Diniz (2006, p.68):

“consiste na transferência feita pelo devedor ao credor da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível, como garantia de seu débito, resolvendo-se o direito do adquirente com o adimplemento da obrigação ou melhor, com o pagamento da dívida garantida”

“Trata-se, portanto, de um negócio jurídico uno, embora composto de duas relações jurídicas: uma obrigacional, que se expressa no débito contraído, e

outra relação, representada pela garantia, que é um ato de alienação temporária ou transitória, uma vez que o fiduciário recebe o bem não para tê-lo como próprio, mas com o fim de restituí-lo com o pagamento da dívida.” (DINIZ, 2011, pg. 617)

Acrescenta ainda Melhim Namem Chalhub (2009, p. 9):

“A fidúcia, como garantia, exerce função correspondente às garantias reais em geral, sendo, porém dotada de mais eficácia, pois, enquanto nos contratos de garantia em geral (por exemplo, a hipoteca) o devedor grava um bem ou direito para garantia, mas o mantém em seu patrimônio, na fidúcia, diferentemente, o devedor transmite ao credor a propriedade ou titularidade do bem ou direito, que, então permanecerá no patrimônio do credor como propriedade-fiduciária, até que seja satisfeito o crédito.”

Ainda nas palavras de Melhim Namem Chalhub (2000, p.222):

“Ao ser contratada a alienação fiduciária, o devedor-fiduciante transmite a propriedade ao credor-fiduciário e, por esse meio, demite-se do seu direito de propriedade; em decorrência dessa contratação, constitui-se em favor do credor-fiduciário uma propriedade resolúvel; por força dessa estruturação, o devedor-fiduciante é investido na qualidade de proprietário sob condição suspensiva, e pode tornar-se novamente titular da propriedade plena ao implementar a condição de pagamento da dívida que constitui objeto do contrato principal.”

Assim, pode-se dizer que Alienação Fiduciária é um negócio jurídico em que uma das partes, o devedor, transfere a propriedade de um bem para outra parte, o credor, como forma de garantia de pagamento do débito, retornando a coisa para sua propriedade após o adimplemento da dívida.

A alienação fiduciária caracteriza-se por ser um contrato bilateral, oneroso, acessório e formal. Explicando detalhadamente cada uma dessas características Caio Mário da Silva Pereira (2004. p.427):

“É bilateral porque gera obrigações para o alienante e para o adquirente. É oneroso porque beneficia a ambos, proporcionando instrumento creditício ao alienante, e, assecuratório ao adquirente. É acessório, uma vez que sua

existência depende da obrigação garantida, cuja sorte segue e formal, porque há de constar sempre de instrumento escrito, publico ou particular.”

Em outras palavras, caracterizando a alienação fiduciária Luiz Augusto Beck da Silva (2001, p.49):

“Negócio jurídico, bilateral, oneroso, acessório (o principal é o contrato de mútuo ou de financiamento, seguindo-lhe o de alienação fiduciária) e formal (escrito público ou particular), através do qual uma das partes da relação, o credor, adquire o domínio resolúvel e a posse indireta de bem móvel durável, infungível, inconsumível e alienável, recebido em garantia de financiamento efetuado pelo alienante ou devedor, possuidor direto e depositário da coisa com todas as responsabilidades e encargos que lhe são inerentes...”.

Não podemos dizer que a alienação fiduciária é um contrato bastante por si mesmo, funciona como um contrato acessório o qual depende de um contrato principal para gerar efeitos, como um financiamento por exemplo.

Conclui-se que o principal objetivo do contrato de alienação fiduciária é garantir o cumprimento de outra obrigação, de outro contrato, neste sentido nas palavras de Arnaldo Rizzardo (1997, pg. 334), “A alienação fiduciária tem como função principal garantir operações realizadas pelas empresas de crédito, financiamento e investimento”.

A peculiaridade deste instituto se dá por não fazer-se necessário que haja a tradição do bem, basta apenas que haja a transferência da propriedade resolúvel, firmando uma posse indireta pelo credor, como garantia real ao pagamento, e não a transferência de fato da posse do bem alienado, nas palavras do ilustríssimo professor Silvio de Salvo Venosa (2007, p. 77):

“O contrato de alienação fiduciária é instrumento para constituição da propriedade fiduciária, modalidade de garantia real. A eficácia real decorrente do contrato torna-se palpável, porque a propriedade é transferida sem a entrega da coisa.”

Observa-se o art. 1º do Dec. Lei 911/69:

" Art 1º O artigo 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação: (Vide Lei nº 10.931, de 2004)

Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal." (BRASIL. Dec. Lei 911/69)

Propriedade resolúvel é aquela em que há uma condição resolutiva em seu título, ou seja, há uma cláusula no contrato que prevê a extinção da propriedade, tratando-se de Alienação Fiduciária essa cláusula seria o pagamento da dívida, para o Código Civil:

Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Art. 1.360. Se a propriedade se resolver por outra causa superveniente, o possuidor, que a tiver adquirido por título anterior à sua resolução, será considerado proprietário perfeito, restando à pessoa, em cujo benefício houve a resolução, ação contra aquele cuja propriedade se resolveu para haver a própria coisa ou o seu valor. (BRASIL. Código Civil, 2002)

Ou seja, fica vinculada a propriedade uma condição extintiva, neste caso o adimplemento da dívida, voltando a propriedade do bem alienado exclusivamente para o devedor.

Segundo dispositivo do art. 1.361 e parágrafos, do Código Civil, propriedade fiduciária é:

Art. 1.361. Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor.

§ 1º Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

§ 2º Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa.

§ 3o A propriedade superveniente, adquirida pelo devedor, torna eficaz, desde o arquivamento, a transferência da propriedade fiduciária. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Pode-se dizer então que a propriedade fiduciária é a transferência da posse indireta de determinado bem, como forma de garantir um pagamento, sem que haja de fato a tradição. Divide-se em posse direta e posse indireta, na primeira o devedor pode usar e fruir do bem alienado enquanto na segunda o credor se sobressai no direito de posse plena da coisa em caso de inadimplemento.

Ainda assim, conforme dispositivo do art. 2º do Dec. Lei 911/69 temos a hipótese de venda do bem em caso de inadimplemento da dívida:

“Art. 2o No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)” (BRASIL. Dec. Lei 911/69).

Outra importante característica do instituto da alienação fiduciária é o fato de ser nula qualquer cláusula que autorize o credor a tomar para si o bem alienado em caso de inadimplemento da dívida.

Tal norma consta no dispositivo do §6º do art. 1 da Lei 911/69, “§ 6º É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não fôr paga no seu vencimento”.

Outra controvérsia é quanto a quais bens poderiam ser objeto do contrato com cláusula de alienação fiduciária, o primeiro entendimento era que poderia ser objeto aquela coisa que se pretende adquirir com o financiamento, tendo em vista a natureza do instituto, entretanto o STJ se posicionou à respeito desta questão emanando um entendimento diferente deste, no sentido de poder ser objeto da cláusula de alienação fiduciária bem que já seja de propriedade do fiduciante.

“O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.” (Súmula 28/STJ - 08/03/2017).

Esta interpretação vem em paralelo com a atual intenção do instituto atualmente, que não é somente a promover a aquisição de bens, mas especialmente a concessão de crédito.

Desta forma, pode-se dizer que o instituto da alienação fiduciária possui duas resoluções possíveis bastante distintas. A primeira delas é a extinção da propriedade resolúvel pelo adimplemento da obrigação, ou seja, pelo pagamento da dívida, findando a propriedade de fato do bem apenas com o financiado. Outra forma de resolução se dá com o não pagamento da dívida ao credor, neste caso fica o devedor com a propriedade do bem alienado, sendo este obrigado a vendê-lo de forma judicial ou extrajudicial, devendo o valor arrecadado com a venda satisfazer o débito e eventual saldo remanescente devolvido ao devedor.

Por tudo acima apresentado se observa que o legislador ao instituir a alienação fiduciária em nosso ordenamento jurídico não teve apenas a intenção de criar apenas mais um negócio jurídico, procurou-se criar maior segurança e celeridade para esta forma de aquisição de bens e por consequência para a circulação de riquezas.

2.2.1 Sobre o Dec. Lei 911/69

No Brasil o primeiro instituto a tratar sobre alienação fiduciária foi, ainda na década de 60, por intermédio da Lei n. 4.728/1965 que Disciplinou o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento, mais precisamente no art. 66: “Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida”.

Sua entrada em nosso ordenamento jurídico deu-se como alternativa para incentivar as relações econômicas, estimulando as instituições financeiras a concederem crédito, principalmente como forma de aumentar a garantia do credor nas relações creditórias junto aos financiados, regulando os casos de inadimplemento, nascendo também como resposta aos consumidores que procuravam algum instituto que lhes concedesse maior garantia para concessão de crédito, nas palavras de Arnold Wald (2009. p.27):

“Para assegurar melhores garantias ao crédito direto ao consumidor, concebeu-se a alienação fiduciária, como operação não tributada, na qual o devedor (alienante fiduciário) adquire o bem, que é revendido fiduciariamente ao financiador, ou seja, à instituição financeira adquirente fiduciária.”

Quatro anos depois, com a criação do Dec. Lei 911/1969, houve uma total alteração da Lei n. 4.728/1965, sendo introduzida no nosso ordenamento jurídico a alienação fiduciária, criou-se então um novo regimento para este instituto, dando um primeiro passo para regulamentação das ações de busca e apreensão.

Lei n. 4.728/1965	Dec. Lei 911/1969
<p>Art. 66. Nas obrigações garantidas por alienação fiduciária de bem móvel, o credor tem o domínio da coisa alienada, até a liquidação da dívida garantida.</p> <p>§ 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário.</p>	<p>Art. 66. A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com tôdas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.</p>

A introdução desta nova norma no ordenamento jurídico brasileiro foi bom para ambas as partes contratantes, enquanto o credor passou a contar com uma maneira mais certa de compensação em caso de inadimplência, o devedor teve uma facilidade maior para a concessão de crédito, além de poder usar, gozar e dispor do bem alienado.

Entre outras coisas, o Dec. Lei 611/69 consolidou a autonomia da ação de busca e apreensão como sendo forma apropriada para a satisfação creditória pelo fiduciante.

Até o momento, não havia certeza quanto ao procedimento adequado a ser tomado pelo credor para a satisfação da dívida em caso de inadimplemento. Enquanto o § 2º do art. 66 da Lei n. 4.728/1965 podia fazer-se entender aplicação de ação reintegratória por tratar de domínio o § 8º do mesmo dispositivo poderia dar a entender o cabimento de ação reivindicatória.

“§ 2º O instrumento de alienação fiduciária transfere o domínio da coisa alienada, independentemente da sua tradição, continuando o devedor a possuí-la em nome do adquirente, segundo as condições do contrato, e com as responsabilidades de depositário

§ 8º O proprietário fiduciário, ou aquele que comprar a coisa, poderá reivindicá-la do devedor ou de terceiros, no caso do § 5º deste artigo” (BRASIL. Lei n. 4.728/1965).

Para tirar qualquer dúvida a respeito do procedimento adequado a ser seguido nos casos de inadimplemento, o Dec. Lei 611/69 trouxe a seguinte redação, através do art. 3º.

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. (BRASIL. Dec. Lei 611/69).

Pacificou, assim, o ajuizamento de ação de busca em apreensão como forma de retomada judicial do bem.

2.2.2 Da busca e apreensão

Não teria tanto valor a instituição da alienação fiduciária no nosso ordenamento se não houvesse de fato algum dispositivo capaz de resolver o contrato em caso de inadimplência do devedor.

Pois bem, não faria sentido a lei facilitar a concessão do crédito e permitir a recuperação do mesmo em caso de inadimplência se a própria legislação não determinasse uma forma eficiente de fazer a referida recuperação desse crédito.

No ordenamento jurídico brasileiro, conforme §8º do art. 3º da Lei 911/69, a Busca e Apreensão em alienação fiduciária é feita através de um processo autônomo, através dela o credor fiduciário busca autorização judicial para a procura e apreensão do bem que foi alienado: “§ 8º A busca e apreensão prevista no presente artigo constitui processo autônomo e independente de qualquer procedimento posterior.”

Como o próprio nome diz este instituto é composto por dois atos distintos a busca e a apreensão, José Liberato Costa Póvoa (2006, p. 27) nos traz a definição de cada um desses atos:

“A medida cautelar de busca e apreensão compõe-se de duas ações: a) a busca, que é a energia empregada para buscar, o movimento destinado a procurar a coisa ou a pessoa que se deseja arrebatar do poder de alguém; b) a apreensão, que significa o ato material de conquista ou a ação de retirar do poder físico de outrem o objeto da providência acautelatória, ou o ato de apoderamento da criatura humana que ele tem em seu poder.”

Trata-se de um procedimento que tem como pressupostos o *periculum in mora* que significa o justo receio da não satisfação da medida, o risco contra o direito almejado em caso da não satisfação imediata no âmbito judicial, e o *fumus boni iuris* que é a verossimilhança das alegações do credor, a possibilidade da existência do direito. (PÓVOA, 2006, p. 42,43)

Para Humberto Theodoro Júnior (2008, p.655), renomado jurista brasileiro, pode-se classificar a ação de busca e apreensão através de dois critérios distintos:

I. Quanto ao objeto: Neste caso a busca e apreensão pode ser de coisas e até de pessoas;

II. Quanto a sua natureza: A busca e apreensão funciona tanto como medida satisfatória de um processo principal como medida cautelar para garantir a tutela de outro processo.

Nas ações de busca e apreensão em alienação fiduciária, um dos requisitos para obtenção da busca e apreensão da coisa alienada é a comprovação da mora por parte do credor fiduciário, e de acordo com o art. 2º da lei 911/69, em seu §2º:

“A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.” (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014) (BRASIL. Lei 911/69).

O próprio Superior Tribunal de Justiça, através da súmula 72, emanou seu entendimento a respeito de ser imprescindível a caracterização da mora para a concessão da busca e apreensão do bem: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

De acordo com art. 3º da Lei 911/69 verifica-se que comprovada a mora ou ainda o inadimplemento da dívida, pode requerer o credor a busca e apreensão do bem alienado, a qual será concedida de forma liminar.

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2o do art. 2o, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário. (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014) (BRASIL. Lei 911/69).

Pelo disposto no artigo acima citado não há outra análise a ser feita pelo magistrado nesses casos. Caso comprovada a mora defere-se a busca e apreensão.

O que torna este procedimento mais célere é o fato de não haver qualquer audiência da parte contrária. Não há um juízo aprofundado do caso por parte do magistrado, observam-se os critérios objetivos determinados pela legislação, neste caso a comprovação da mora, sendo já o bastante para o deferimento da liminar de busca e apreensão.

3. A MORA NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 INADIMPLENTO DAS OBRIGAÇÕES

Para começo de conversa, é importante lembrarmos que as obrigações são regidas pela a vontade manifestada das partes.

“Pacta sunt servanda. Os pactos devem ser cumpridos. Se a palavra empenhada na sociedade deve ser cumprida sob o prisma moral, a palavra inserida em um negócio jurídico deve ser cumprida sob o prisma da paz social e credibilidade do Estado” (VENOSA, 2013, p. 319).

No mesmo sentido.

*“De acordo com o secular princípio *pacta sunt servanda*, os contratos devem ser cumpridos. A vontade, uma vez manifestada, obriga o contratante. Esse princípio significa que o contrato faz lei entre as partes, não podendo ser modificado pelo Judiciário. Destina-se, também, a dar segurança aos negócios em geral”* (GONÇALVES, 2013, p. 371).

Embora possa haver a inexecução da obrigação, não é em todos os casos que esta inexecução deriva de culpa da parte que se comprometeu a executá-la.

“Quando a inexecução da obrigação deriva de culpa lato sensu do devedor, diz-se que a hipótese é de adimplemento culposo, que enseja ao credor o direito de acionar o mecanismo sancionatório do direito privado para pleitear o cumprimento forçado da obrigação ou, na impossibilidade deste se realizar, a indenização cabível. Somente quando o não cumprimento resulta de fato que lhe seja imputável se pode dizer, corretamente, que o devedor falta ao cumprimento.” (GONÇALVES, 2013, p. 371)

Ainda Carlos Roberto Gonçalves.

“Por outro lado, quando a inexecução da obrigação decorre de fato não imputável ao devedor, mas “necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir” (CC, art. 393), denominado caso fortuito ou força maior, configura-se o inadimplemento fortuito da obrigação. Neste caso, o devedor

não responde pelos danos causados ao credor, “se expressamente não se houver por eles responsabilizado” (CC, art. 393)” (GONÇALVES, 2013, p. 371)

Quando se fala de inadimplemento culposo da obrigação, entende-se pelo não cumprimento voluntário, havendo a presunção da culpa, na maior parte dos casos.

Nestes casos, com o inadimplemento contratual, incube ao inadimplente a responsabilidade de indenizar por perdas e danos. Observam-se os dispositivos dos art. 389 e 393 do Código Civil:

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.

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. (BRASIL. Código Civil, 2002).

É valiosa a lição de Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 374) a respeito do acima exposto.

“A redação do art. 389, supratranscrito, pressupõe o não cumprimento voluntário da obrigação, ou seja, culpa. Em princípio, pois, todo inadimplemento presume-se culposo, salvo se tratando de obrigação concernente a prestação de serviço, se esta for de meio e não de resultado. Se a obrigação contratual assumida no contrato foi de meio, a responsabilidade, embora contratual, será fundada na culpa provada. Incumbe ao inadimplente, nos demais casos, elidir tal presunção, demonstrando a ocorrência do fortuito e da força maior (CC, art. 393).”

“O inadimplemento contratual acarreta a responsabilidade de indenizar as perdas e danos, nos termos do aludido art. 389.”

É fortuito o inadimplemento da obrigação, caso provado pelo devedor que os acontecimentos que deram motivos para o inadimplemento ocorreram sem sua culpa, sendo assim, o ônus de elidir esta presunção é do inadimplente, que deve demonstrar que houve evento fortuito ou de força maior.

Imperativo ao devedor demonstrar alguns requisitos para que haja de fato a comprovação do fato fortuito ou força maior, excluindo assim a sua responsabilidade pelo inadimplemento. Nas palavras de jurista Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 378):

“[...] para que o devedor possa pretender sua total exoneração é mister: a) que se trate de uma efetiva impossibilidade objetiva; b) que tal impossibilidade seja superveniente; e c) que a circunstância que a provoque seja inevitável e não derive da culpa do devedor ou surja durante a mora deste.”

“O caso fortuito e a força maior constituem excludentes da responsabilidade civil, contratual ou extracontratual, pois rompem o nexo de causalidade”.

Dentro da doutrina há ainda a divisão entre inadimplemento absoluto e inadimplemento relativo.

“O inadimplemento da obrigação pode ser absoluto (total ou parcial) e relativo. É absoluto quando a obrigação não foi cumprida nem poderá sê-lo de forma útil ao credor. Mesmo que a possibilidade de cumprimento ainda existe, haverá inadimplemento absoluto se a prestação tornou-se inútil ao credor”

“O inadimplemento é relativo no caso de mora do devedor, ou seja, quando ocorre cumprimento imperfeito da obrigação, com inobservância do tempo, lugar e forma convencionados (CC, art. 394)” (GONÇALVES, 2013, p. 372).

Diferenciam-se as duas hipóteses principalmente pela utilidade para o credor do cumprimento da obrigação fora do estipulado. Por exemplo: Um vestido de noiva que não é entregue até a data do casamento torna-se inútil para o credor o cumprimento da obrigação após a data pactuada, entretanto pagamento de obrigações em dinheiro sempre será útil, é claro que com seus valores atualizados monetariamente e eventuais ônus provenientes do inadimplemento.

“Não é pelo prisma da possibilidade do cumprimento da obrigação que se distingue a mora de inadimplemento, mas sob o aspecto da utilidade para o credor, de acordo com o critério a ser aferido em cada caso, de modo quase objetivo. Se ainda existe utilidade para o credor, existe possibilidade a ser cumprida a obrigação; podem ser elididos os efeitos da mora. Pode ser

purgada a mora. Não havendo essa possibilidade, restará ao credor recorrer ao pedido de indenização por perdas e danos” (VENOSA, 2013, p. 323, 324).

No Código Civil, o inadimplemento absoluto é aquele que trata o dispositivo do art. 389. Este instituto resume-se por não haver mais utilidade no cumprimento da obrigação em outro tempo, lugar ou forma do que foi contratado.

Em contrapartida temos o caso do inadimplemento relativo da obrigação. É aquele que mesmo que haja atraso pelo cumprimento da obrigação esta ainda é útil ao credor.

Nestes casos é que há a mora do devedor, tanto pelo não cumprimento quanto pelo cumprimento, de forma culposa, da obrigação de maneira diferente da convencionada.

3.2 MORA

Um dos mais notáveis juristas brasileiro Caio Mario da Silva Pereira (2014, p. 291), na sua obra Instituições de Direito Civil, Vol. II, Teoria Geral das Obrigações, aborda especificamente sobre o tema:

“Uma das circunstâncias que acompanham o pagamento é o tempo. A obrigação deve executar-se oportunamente. Quando alguma das partes desatende a este fato, falta ao obrigado ainda quando tal inadimplemento não chegue às raias da inexecução cabal. Há um atraso na prestação. Esta não se impossibilitou, mas o destempo só por si traduz uma falha daquele que nisto incorreu. A *mora* é este retardamento injustificado da parte de algum dos sujeitos da relação obrigacional no tocante a prestação”

De acordo com o dispositivo do art. 394 do Código Civil de 2002:

Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Escreve Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 324):

“A mora constitui o retardamento ou mau cumprimento culposo no cumprimento da obrigação, quando se trata de mora do devedor. Na mora *solvendí*, a culpa é essencial. A mora do credor, *accipiendí*, é simples fato ou ato e independe de culpa.”

“Assim, o simples retardamento no cumprimento da obrigação não tipifica a mora do devedor. Há que existir culpa.”

“Embora pela própria compreensão do termo, a maior preocupação com a mora seja o tempo correto para o cumprimento da obrigação, o código diz que estará também em mora o devedor (e o credor), quando não cumprida a obrigação no lugar e forma convencionados (art. 394)”.

O atraso em efetuar o pagamento é a forma mais comum de constituição em mora, ainda que não seja a única, constitui também o pagamento pelo devedor de forma diversa ao da estipulada, de modo diferente daquele determinado em contrato ou até infração à lei. Explica o ilustríssimo Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 382):

“Nem sempre a mora deriva de descumprimento de convenção. Pode decorrer também de infração à lei, como na prática de ato ilícito (CC, art. 398). O Código de 1916, no art. 955, entretanto, referia-se somente ao descumprimento da convenção. O novo diploma, no art. 394 retro transcrito, aperfeiçoou a regra, acrescentando que a mora pode decorrer não só do atraso, ou do cumprimento da obrigação de modo diverso do que a convenção estabelecer, como também do que a lei determinar.”

Nas relações obrigacionais pode ser constituído em mora tanto o devedor (*mora devendi* ou *solvendí*) quanto o credor (*mora credenci* ou *accipiendí*), embora a primeira seja muito mais comum.

3.2.1 *Mora devendi* ou *solvendí*

Esta é a falta do pagamento adequado por parte do devedor. A caracterização deste instituto da mora se dá pela ocorrência de três fatores distintos: ser exigível de forma imediata, culpa pelo devedor da inexecução e regular constituição em mora.

O renomado jurista Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 390, 391), traz uma valiosa lição sobre esse assunto:

“Enfatiza INOCÊNCIO GALVÃO TELLES que “a mora do devedor depende dos seguintes pressupostos: a) inexecução da obrigação no vencimento, com possibilidade, todavia, de execução futura; b) imputabilidade dessa inexecução ao devedor. Significa isto, por outras palavras, que são requisitos da referida mora o acto ilícito e a culpa. O acto ilícito consiste em o devedor deixar de efectuar oportunamente a prestação; a culpa, em tal lhe ser atribuível. O acto ilícito é a inexecução da obrigação em si, portanto algo de objectivo; a culpa, a imputação dessa inexecução ao devedor, portanto algo de subjectivo. (...)”

Segundo ALBERTO TRABUCCHI, o primeiro requisito para que o devedor incorra em mora é o vencimento da dívida, que a torna exigível; a prestação devida deverá ser líquida e certa (andebatur). O segundo requisito fundamental da mora solvendi, diz, é a culpa do devedor: mora est injusta dilatio. Finalmente, a mora deve poder ser constatada com certeza.

Na lição de ORLANDO GOMES, “a mora pressupõe: a) vencimento da dívida; b) culpa do devedor; c) viabilidade do cumprimento tardio.

Sistematizando o assunto, podemos dizer que são pressupostos da mora solvendi:

a) Exigibilidade da prestação, ou seja, o vencimento de dívida líquida e certa. É necessário que a prestação não tenha sido realizada no tempo e modo devidos, mas ainda possa ser efetuada com proveito para o credor. Considera-se líquida a dívida cujo montante tenha sido apurado; e certa, quando indiscutível a sua existência e determinada a sua prestação. Se a obrigação estiver sujeita a condição que ainda não se verificou, ou se a fixação da prestação estiver dependendo de escolha que ainda não se efetuou, a mora não se verifica, por não se saber se o devedor efetivamente deve ou o que deve.

b) Inexecução culposa (por fato imputável ao devedor), lembrando-se que o inadimplemento, por si, faz presumir a culpa do devedor, salvo prova, por ele produzida, de caso fortuito ou força maior. Não basta, portanto, o fato do não cumprimento imperfeito da obrigação. Essencial à mora é que haja culpa do devedor no atraso do cumprimento. Como visto anteriormente (item 2 deste capítulo, retro), não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora (CC, art. 396).

c) Constituição em mora. Este requisito somente se apresenta quando se trata de mora ex persona, sendo dispensável e desnecessário se for ex re, pois o dia do vencimento já interpela o devedor – dies interpellat pro homine.”

Para não restar dúvidas.

“*Mora solvendi* ou debendi. Ausência de pagamento oportuno da parte do devedor. Para sua caracterização, concorrem três fatores: exigibilidade imediata da obrigação, inexecução culposa e constituição em mora.”

“A *exigibilidade imediata* pressupõe, pois, e antes de tudo, que exista uma dívida, e que esta seja certa, a saber, decorra de obrigação (convencional ou não) uma prestação determinada. [...] Certa é a prestação caracterizada por seus elementos específicos. Líquida quando, além de certeza do débito, está apurado o seu montante ou individuada a prestação.” (PEREIRA, 2014, p. 292).

“Fixados os pressupostos da certeza e liquidez, completa-se a noção do imediatismo da exigibilidade com a verificação do seu vencimento, uma vez que, na pendência de condição suspensiva, ou antes de termo final, não é possível constituição de mora”. (PEREIRA, 2014, p. 293)

Observa-se que o fator da exigibilidade imediata para caracterização da mora divide-se ainda em outros três pressupostos: a certeza, liquidez e o vencimento da dívida.

“A culpa do devedor é outro elemento essencial. [...] Não há mora, se não houve fato ou omissão a ele imputável (Código Civil de 2002, art. 396). A regra não comporta dúvida, em nosso Direito, embora o contrário possa dizer-se de outros sistemas legislativos; não obstante a culpa, a *parte debitoris* é suscetível de verificação presumida (Código Civil de 2002, art. 399). [...] Embora o retardo faça presumir conduta culposa, cabe ao devedor evidenciar que o atraso lhe foi imposto por um acontecimento, cujos efeitos não teve ele condições de evitar ou impedir. De conseguinte, envolve escusativa para o devedor e consequente ausência de mora a verificação de um acontecimento de *força maior*, ainda que transitório; a falta de cooperação; o atraso na autorização do poder público que seja requisito do ato, e outros semelhantes” (PEREIRA, 2014, p. 293)

Para que aja de fato a constituição em mora do devedor é necessário que este haja com culpa, não basta que haja apenas retardo ou não cumprimento, pelo código civil “Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.” Nas palavras de do professor Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 325), uma das maiores referências do Brasil no Direito Civil:

“O art. 396 pontua a necessidade de culpa por parte do devedor, pois “não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. O art. 399, já por via indireta, referia-se à necessidade de culpa por parte do devedor. O simples retardamento no cumprimento da obrigação, portanto, não implicará reconhecimento de mora. Nosso direito é expresso no requisito culpa. Não há dúvida quanto a isso”.

O terceiro fator para caracterização da *mora devendi* ou *solvendi* é regular a constituição em mora, que pode ocorrer de duas formas distintas: Na *mora ex re* se dá de forma automática, apenas com o decurso do prazo. Na *mora ex persona* é preciso que o credor providencie a constituição em mora do devedor.

[...] para que os ônus da mora sejam exigíveis, há de existir a constituição em mora. Na *mora ex re*, a situação é automática, com o decurso do prazo. Na *mora ex persona*, o credor deve tomar a iniciativa de constituir o devedor em mora” (VENOSA, 2013, p. 328).

Para entender melhor, a mora do devedor é dividida pela doutrina ainda em duas espécies, são elas: *mora ex re*, ou seja em razão da própria coisa, em razão da natureza da obrigação, caracteriza-se sem que haja a necessidade de qualquer ação do credor, e *mora ex persona*, da qual decorre nas obrigações que não possuem termo, fazendo-se necessário para que seja caracterizada a mora uma ação do credor como notificação ao devedor ou protesto de dívida.

“Configura-se a *mora ex re* quando o devedor nela incorre sem necessidade de qualquer ação por parte do credor, o que sucede: a) quando a prestação deve realizar-se em um termo prefixado e se trata de dívida portátil. O devedor incorrerá em mora *ipso iure* desde o momento do vencimento: *dies interpellat pro homine*; b) nos débitos derivados de um ato ilícito extracontratual, a mora começa no mesmo momento da prática do ato, porque nesse mesmo instante nasce para o responsável o dever de restituir ou de reparar: *fur semper moram facere videtur*; c) quando o devedor houver declarado por escrito não pretender cumprir a prestação. Neste caso não será necessário nenhum requerimento, porque resultaria inútil interpelar quem, antecipadamente, declarou peremptoriamente não desejar cumprir a obrigação. Dá-se a *mora ex persona* em todos os demais casos. Será então

necessária uma interpelação ou notificação por escrito para a constituição em mora” (GONÇALVES, 2013, p. 386).

Então, a mora constitui-se *ex re* quando a tratar de obrigação positiva e líquida, com prazo determinado para seu pagamento, acarretando desde seu inadimplemento a mora do devedor, sem necessidade de qualquer ação por parte do credor.

“Portanto, quando a obrigação é positiva (dar ou fazer) e líquida (de valor certo), com a data fixada para o pagamento, seu descumprimento acarreta, automaticamente (*ipso iure*), sem necessidade de qualquer providência do credor, a mora do devedor (*ex re*)” (GONÇALVES, 2013, p. 387).

No mesmo sentido:

“Quando a obrigação é líquida e certa, com termo determinado para o cumprimento, o simples advento do *dis ad quem*, do termo final, constitui o devedor em mora. É a mora *ex re*, que decorre da própria coisa, estampada no *caput* do art. 397 do atual Código” (VENOSA, 2013, p. 326).

Por outro lado, quando não se tem uma data fixada para o cumprimento da obrigação, a mora constitui-se *ex persona*, isto é, apenas após o credor tomar as devidas providências, devendo este comunicar o devedor de seu descumprimento.

“Não havendo termo, ou seja, data estipulada, “a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial” (art. 397, parágrafo único). Trata-se da mora *ex persona*, que depende de providência do credor. Se o comodato, por exemplo, foi celebrado por dois anos, vencido este prazo o comodatário incorrerá em mora de pleno direito (*ex re*), ficando sujeito a ação de reintegração de posse, como esbulhador. Se, no entanto, não foi fixado prazo de duração do comodato, a mora do comodatário se configurará depois de interpelado ou notificado, pelo comodante, com o prazo de trinta dias (*ex persona*). Somente depois de vencido esse prazo será considerado esbulhador. (GONÇALVES, 2013, p. 387, 388).

Complementando:

“Nas obrigações por prazo indeterminado, há necessidade de constituição em mora, por meio de interpelação, notificação ou protesto. O parágrafo único do art. 397 dispõe de forma mais moderna [...]. Trata-se da denominada *mora ex persona*.” (VENOSA, 2013, p. 327).

Para o Código Civil a *mora ex re* esta no dispositivo do art. 397, *caput* e art. 398, enquanto a *mora ex persona* encontra-se no parágrafo único do art. 397.

Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor.

Parágrafo único. Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial ou extrajudicial.

Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Já entendido as diferentes formas de constituição em mora do devedor, *ex re* e *ex persona*, e suas características, resta observar seus efeitos sobre o devedor.

Primeiramente, o devedor constituído em mora é responsável por todo aquele prejuízo que deu causa ao credor, conforme dispositivo do art. 395 do Código Civil.

“Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Não somente pela prestação devida responde o devedor, além disso, faz-se necessário o pagamento de juros, correção monetária e outras eventuais despesas tidas pelo credor em virtude deste inadimplemento.

Além disto, caso tenha tornado inútil o cumprimento da obrigação para o credor, este pode optar por rejeitar o cumprimento e requerer em troca perdas e danos.

“Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

“Na responsabilização por todos os prejuízos causados ao credor, nos termos do art. 395 do Código Civil. O credor pode exigir, além da prestação,

juros moratórios, correção monetária, cláusula penal e reparação, juros moratórios, correção monetária, cláusula penal e reparação de qualquer outro prejuízo que houver sofrido, se não optar por enjeita-la, no caso de ter-se-lhe tornado inútil, reclamando perdas e danos (art. 395, parágrafo único)” (GONÇALVES, 2013, p. 391).

Esta indenização paga pelo devedor em virtude dos prejuízos decorrentes da mora não substitui o devido cumprimento da obrigação. Seu objetivo é apenas minimizar os estorvos tidos pelo credor pelo inadimplemento. Porém, esta indenização deve muito bem observada, para não caracterizar enriquecimento indevido pelo credor.

“O devedor moroso responde pelos prejuízos que a mora der causa. Ele paga, portanto uma indenização. A indenização não substitui o correto cumprimento da obrigação. Toda indenização serve para minorar os entraves criados ao credor pelos descumprimentos; no caso, cumprimento defeituoso da obrigação. Se houve tão só mora e não inadimplemento absoluto, as perdas e danos indenizáveis devem levar em conta o fato. No pagamento de dívida em dinheiro, por exemplo, os juros e a correção monetária reequilibram o patrimônio do credor. Situações poderão ocorrer, contudo, em que um *plus* poderá ser devido. Cada caso merece a devida análise. Nunca, contudo, a mora do devedor deve servir de veículo de enriquecimento indevido por parte do credor” (VENOSA, 2013, p. 328).

Outro efeito mora do devedor é responsabilidade pela impossibilidade da prestação.

Nesta situação, a indenização será ainda maior que a do caso visto à cima, o devedor em mora neste caso responderá por perdas e danos, contemplando todas as perdas efetivas do credor além de eventuais ganhos que deixou de lucrar.

“No caso de total inadimplemento, quando a obrigação é descumprida, a indenização deve ser ampla, por perdas e danos. As perdas e danos, como regra geral, abrangem o que o credor efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar (art. 402). É o princípio da *perpetuatio obligationes* que decorre do art. 399”. (VENOSA, 2013, p. 328).

Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se

estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Mesmo tratando-se de caso fortuito ou de força maior responde o devedor pela mora, entretanto, se o caso fortuito acontecesse com ou sem a insurgência do devedor em mora, a obrigação seria extinta sem que lhe acarrete qualquer ônus.

Vejamos o que dizer Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 328) a respeito deste assunto.

“Aqui, há um agravamento da situação do devedor. Terá ele o grande ônus de provas, se já estava em atraso, que a situação invencível ocorreria com ou sem mora. Imaginemos o caso de alguém que se comprometeu a entregar cabeças de gado. Não entregue o no dia aprazado, posteriormente o gado vem a contrair uma epidemia. O devedor responderá perante o credor, salvo se provar que a epidemia ocorreria de qualquer modo, ainda que a tradição tivesse ocorrido no termo.”

A mora por ato ilícito é *ex re*, se constitui apenas com a prática do ato, sem a necessidade que o credor tome alguma providência.

“Art. 398. Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.” (BRASIL. Código Civil, 2002).

Pelo o que consta no art. 390 do Código Civil, nas obrigações tidas como negativas a mora, ou o inadimplemento, ocorre desde o dia em que realizar o ato o qual devia se abster.

“Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster” (BRASIL. Código Civil, 2002).

Para Silvio de Salvo Venosa.

“Nas obrigações negativas, a mora ou inadimplemento ocorre para o devedor desde o dia em que praticou o ato de que prometera abster-se (art. 390). É constituição em mora de pleno direito, também” (VENOSA, 2013, p. 327)

Pode-se dizer que nas obrigações negativas a mora se entende pelo próprio inadimplemento da obrigação.

“Todavia, nas obrigações negativas a mora se confunde com o próprio inadimplemento da obrigação. Com efeito nessa modalidade não existe propriamente mora, porquanto qualquer ato realizado em violação da obrigação acarreta o seu descumprimento. É o caso de alguém que se obrigou a não revelar um segredo, por exemplo, e revelou. Clóvis Beviláqua, ao comentar o aludido art. 961 do Código de 1916, dizia que, “nas obrigações negativas, *no faciendí*, a mora confunde-se com a inexecução...” (GONÇALVES, 2013, p. 387).

Entendido a mora do devedor passa-se ao próximo instituto.

3.2.2 MORA CREDENCI OU ACCIPIENDI

Esta é a mora do credor. O credor constitui-se em mora quando, injustificavelmente recusa-se a receber a prestação devida dentro do tempo e no lugar em que ficou determinado em contrato.

Nas palavras do já citado Carlos Roberto Gonçalves (2013, p. 392, 393):

“Configura-se a mora do credor quando ele se recusa a receber o pagamento no tempo e lugar indicados no título constitutivo da obrigação, exigindo-se por forma diferente ou pretendendo que a obrigação se cumpra de modo diverso. Decorre ela, pois, de sua falta de cooperação com o devedor, para que o adimplemento possa ser feito de modo como a lei ou a convenção estabelecer.

Se o credor injustificadamente “omite a cooperação ou colaboração necessária de sua parte, se por exemplo não vai nem manda receber a prestação ou se recusa em recebê-la ou a passar recibo, a obrigação fica por satisfazer, verifica-se pois um atraso no cumprimento, mas tal atraso não é atribuível ao devedor e sim ao credor. É este que incorre em mora”.

Como a mora do credor não exonera o devedor, que continua obrigado, tem este legítimo interesse em solver a obrigação e em evitar que a coisa se danifique, para que não se lhe impute dolo”

O devedor neste caso deverá caracterizar a mora do credor, para isto faz-se necessário consignar o pagamento, deste modo eximindo sua obrigação pela guarda da coisa.

Para Silvio da Salvo Venosa (2013, p. 329):

“Como a mora do credor é ato ou fato, tal será irrelevante para o devedor que quer pagar e, portanto, deverá usar dos meios coercitivos para a caracterização da mora do credor”.

Ainda sobre o assunto, Venosa (2013, p. 330):

“Ocorre, todavia, que em certas situações fáticas a consignação por parte do devedor é a única forma que ele possui para desvencilhar-se da obrigação. Na prática, portanto, a utilidade consignação, nos termos do estatuído na lei, torna-se necessária. Só assim poderá o devedor, por exemplo, desonerar-se dos ricos pela guarda da coisa.”

É importante ressaltar que não existe concorrência de moras, a mora será ou do credor ou então do devedor. Nas palavras de Silvio de Salvo Venosa (2013, p. 330):

“Não pode haver concomitância de moras: a mora de um exclui a mora de outro. Ou seja, existe mora do credor ou mora do devedor. Caberá ao juiz fixar de quem é a mora”.

A mora do credor se dá com a incidência de quatro requisitos distintos.

O primeiro deles que a obrigação esteja vencida, até por que esta não pode ser exigida antes disso, e por conta disto não pode o devedor ser liberado de sua obrigação.

“Vencimento da obrigação, pois antes disso a prestação não é exigível, e, em consequência, o devedor não pode ser liberado. Se não há prazo, o pagamento pode se realizar-se a qualquer tempo, e mesmo antes do vencimento, salvo se se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes” (GONÇALVES, 2013, p. 393).

O segundo requisito para constituição em mora do credor é de que o devedor tenha oferecido pagamento ao credor e este, mesmo assim, o tenha recusado, ou ainda que o credor não tenha colaborado para que o pagamento seja efetuado.

“Oferta da prestação, reveladora o efetivo propósito de satisfazer a obrigação. Para que se configure a mora do credor é necessário que o retardamento da prestação provenha de um fato que lhe é imputável, ou seja, que a prestação lhe tenha sido oferecida e ele a tenha recusado ou não tenha prestado a necessária colaboração para sua efetivação. A mora *accipiendi* supõe que o devedor fez o que lhe competia: na data do vencimento e no lugar determinado para o pagamento ofereceu a prestação. Supõe, também, que o credor se absteve de colaborar, recusando a prestação ofertada” (GONÇALVES, 2013, p. 393).

Outro requisito é a recusa, de forma injustificada, do devedor. Assim, somente não incidirá em mora o credor que fundamentar legitimamente sua abstenção em receber a obrigação.

“Recusa injustificada em receber. Não basta somente a recusa. Para que o credor incorra em mora é necessário que ela seja objetivamente injustificada. Observe-se que o art. 335, I, do Código Civil refere-se a esse requisito essencial da mora, subordinando a consignação em pagamento ao fato de o credor, sem justa causa, recusar receber o pagamento, ou dar quitação na devida forma. Por conseguinte, não há mora *accipiendi* se a abstenção do credor tem fundamento legítimo e é, portanto, justificada, com sucede, por exemplo, quando o devedor oferece menos do que aquele tem direito, ou a oferta não é feita no momento ou lugar devido ou lhe é oferecido objeto defeituoso” (GONÇALVES, 2013, p. 393, 394).

Por último, é necessário que o credor seja constituído em mora.

“Constituição em mora, mediante a consignação em pagamento. Dispõe o art. 337 do Código Civil que cessam, para o consignante, os juros da dívida e os riscos, tanto que o depósito se efetue. Se o devedor não consignar, continuará pagando os juros da dívida que foram convencionados. Em regra, os riscos pela guarda da coisa cessam com a mora do credor” (GONÇALVES, 2013, p. 394).

Os efeitos da mora do credor esta disposto no art. 400 do Código Civil.

Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação. (BRASIL. Código Civil, 2002).

Pelo o que se observa no referido dispositivo, o devedor, fica se exonerado dos eventuais ônus pela guarda da coisa com a constituição em mora do credor.

“No primeiro caso, constituída a mora do credor, o devedor exonera-se dos ônus pela guarda da coisa. Não, contudo, se tiver agido com dolo. Por exemplo, o devedor deve entregar cabeças de gado; há mora do credor, e a partir daí deixa o devedor de alimentar o gado. Evidente que a lei não poderia acobertar a má intenção do devedor, sua má-fé, seu dolo. Porém, estando o credor em mora, todas as despesas pela conservação da coisa correm às duas expensas. A lei só exclui a responsabilidade do credor no caso de dolo, que não se confunde com culpa, nem mesmo a culpa grave” (VENOSA, 2013, p. 331).

Como se pode observar, agindo o devedor com dolo responde este pelo detrimento da coisa, excluindo assim a responsabilidade do credor, mesmo estando este devidamente constituído em mora.

Outro efeito da constituição em mora do credor que consta no dispositivo esta diretamente ligado com a primeira. Trata-se das despesas que o devedor tem por ter ficar com a coisa, ora, não tendo mais a responsabilidade de ter consigo a coisa não deve também custear estas despesas, ficando a cargo, então, do credor.

“A segunda consequência do dispositivo, as despesas pela conservação da coisa, é inferência direta da primeira: quem não tem mais responsabilidade pela guarda da coisa não deve arcar com o s custos de ter a coisa consigo ou sob sua responsabilidade. Como o devedor não esta em mora, nem por isso deve abandonar a coisa, pois estaria sujeito à pecha de agir

dolosamente. Se continua com a coisa, mas sob as expensas do credor, deve continuar a mantê-la, com o zelo necessário para que a *res debita* não se deteriore. É o zelo do homem médio que é requerido. Não pode cobrar do credor despesas efetuadas desnecessariamente na guarda e conservação da coisa. O caso concreto e o bom-senso do julgador, como sempre, darão a solução” (VENOSA, 2013, p. 331).

Responderá ainda o credor por eventual oscilação do preço da coisa. Havendo esta oscilação deverá ser pago o valor que for mais favorável ao devedor.

“A terceira consequência do artigo em estudo é a de sujeitar o credor a receber a coisa em sua mais alta estimação, se o seu valor oscilar entre o tempo do contrato e do pagamento. O que a lei quer dizer é que, na mora do credor, havendo oscilação de valores, o devedor pagará com o valor que lhe for mais favorável” (VENOSA, 2013, p. 331).

“Assim, o devedor deve entregar cem cabeças de gado no dia 30, ao valor de 100. O pagamento é feito no dia 15, por mora do credor. Nesse dia, a cotação do gado é 120. Deve o credor pagar a diferença. Paga o gado pela mais alta estimação. Se a oscilação for para menor, isto é, houver uma queda na cotação do gado, o credor moroso pagará o preço avençado, não podendo pagar menos” (VENOSA, 2013, p. 331).

3.2.3 Purgação da mora

O devedor ou credor incorrido em mora pode purga-la, extinguindo assim seus efeitos, dando cumprimento à obrigação, pagando eventuais prejuízos até o dia da oferta.

Entretanto, não será possível a purgação da mora quando tratar de inadimplemento absoluto, isto é, que não haja mais a utilidade no cumprimento da obrigação para a parte. Assim resolve-se a questão em perdas e danos. (art. 395, parágrafo único do Código Civil).

“Purgar ou emendar a mora é neutralizar seus efeitos. Aquele que nela incidiu corrige, sana a sua falta, cumprindo a obrigação já descumprida e ressarcindo os prejuízos causados à outra parte. Mas a purgação só poderá ser feita se a prestação ainda for proveitosa ao credor. Se, em razão do retardamento, tornou-se inútil ao outro contraente (caso de inadimplemento

absoluto), ou a consequência legal ou convencional for a resolução, não será possível mais pretender-se a emenda da mora” (GONÇALVES, 2013, p. 396).

Sobre a purgação da mora do devedor observa-se o ensinamento do renomado civilista brasileiro Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 299):

“Para emendar a mora *solvendi*, o devedor oferecerá a prestação, mais a importância dos prejuízos decorrentes até o dia da oferta, abrangendo os juros moratórios, e o dano emergente para o credor, acrescida daquilo que ele razoavelmente deveria ganhar, se a *solutio* fosse oportuna”.

Ainda Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 299), agora sobre o credor em mora.

“Se for do credor a mora, oferecer-se-á ele a receber a coisa no estado em que se encontrar, com todas as consequências dela”.

Conforme exposto, não havendo o cumprimento da obrigação no tempo (principalmente), lugar ou modo estipulado entre as partes, caracteriza-se mora.

3.3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A mora pode ser tanto do devedor (*Mora devendi* ou *solvendi*), sendo esta a mais comum, como também pode ser mora do credor (*Mora credenci* ou *accipiendi*).

Tanto uma quanto a outra possuem determinados elementos para que sejam caracterizadas. Enquanto a mora do devedor precisa que a prestação seja exigida, a inexecução culposa e que este seja constituído em mora, a do credor exige o vencimento da obrigação, que o devedor tenha de fato oferecido a prestação e que o credor a tenha recusado de forma injustificada.

Ainda, o devedor constituído em mora será responsável por todos os prejuízos que causar ao credor e ainda por eventuais perdas e danos em caso de impossibilidade no cumprimento da obrigação. No caso de mora do credor, este

responderá pelo ônus do credor pela guarda da coisa, pelas despesas que tiver o credor em conservar a coisa, além arcar com eventual oscilação do preço da coisa.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL, CONSTITUIÇÃO EM MORA EM FACE DA LEI Nº 13.043/14

4.1 A CONSTITUIÇÃO EM MORA NAS AÇÕES DE BUSCA E APREENSÃO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Nos contratos de alienação fiduciária, a mora do devedor constitui-se *ex re*, isto é, decorre de forma automática ao vencimento das prestações assumidas pelo inadimplente.

A Lei nº 13.043 de 2014 trouxe algumas alterações, no âmbito da comprovação da mora, para as ações de busca e apreensão em contratos de alienação fiduciária.

Para comprovação da mora o antigo dispositivo do §2º do art. 2º da Lei 911/69 exigia que o credor encaminhasse uma notificação extrajudicial contra o devedor tão-somente por intermédio de cartório de registro e títulos e documentos ou pelo protesto do título.

§ 2º A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Entretanto, a nova redação do referido dispositivo, com a vigência da Lei nº 13.043 de 2014, a comprovação da mora passou a ser desburocratizada, sendo possível que o credor comprove a mora através de notificação extrajudicial pelos correios com aviso de recebimento (A. R.) para o endereço do devedor.

A nova redação do artigo ainda diz que é dispensada a assinatura do destinatário no referido aviso de recebimento.

§ 2o A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada com aviso de recebimento, não se exigindo que a assinatura constante do referido aviso seja a do próprio destinatário.

A relevância quanto ao assunto é tamanha, que obrigou até o Superior Tribunal de Justiça posicionar-se. Este, então, emanou seu posicionamento a respeito através da Súmula n. 72.

A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

Nesse sentido, passa-se então para a análise de jurisprudências sobre a constituição em mora do devedor nos Tribunais de Justiça da região Sul e Sudeste do Brasil.

Para tal, será utilizado como termo inicial da pesquisa o ano de 2015 e o termo final o ano de 2017, buscando pelas palavras “alienação fiduciária”, “constituição”, “mora”.

Utilizando o método de pesquisa dedutivo, através de pesquisa teórica e qualitativa, com base também em todo o material bibliográfico utilizado na presente monografia, busca-se levantar a questão da validade da constituição em mora, conforme exposto a seguir.

4.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Os Tribunais de Justiça vêm divergindo quanto à forma da aplicabilidade da norma. A divergência principal entre julgados dos tribunais de justiça é, especialmente, em casos onde não há assinatura do devedor na notificação extrajudicial, por quaisquer motivos.

Enquanto alguns desembargadores entendem ser válida a notificação extrajudicial não entregue como forma de caracterizar a constituição em mora do devedor outros tem entendimento contrário, não aceitando tal condição.

Sobre os julgados os quais os desembargadores decidiram de forma favorável para a instituição financeira, entendendo estar de fato o financiado constituído em mora, determinando assim o prosseguimento da ação de busca e apreensão, observamos:

Verifica-se ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – BUSCA E APREENSÃO – MORA – COMPROVAÇÃO POR MEIO DE NOTIFICAÇÃO ENVIADA AO ENDEREÇO FORNECIDO PELA DEVEDORA NO CONTRATO – OBRIGAÇÃO DA RÉ DE COMUNICAR A SUA ALTERAÇÃO DE ENDEREÇO – LIMINAR DEFERIDA – DECISÃO REFORMADA.

Agravo de Instrumento provido.

(TJSP - Agravo de Instrumento nº 2078558-59.2017.8.26.0000, Relator(a): Jayme Queiroz Lopes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/05/2017; Data de registro: 26/05/2017)

No caso acima apresentado o Desembargador Jayme Queiroz Lopes deu provimento ao Agravo de Instrumento da Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A face da decisão em primeiro grau em ação de busca e apreensão que a agravante move contra Irailde Sena de Andrade.

Na primeira instância o magistrado entendeu que o devedor não foi constituído em mora uma vez que a notificação extrajudicial anexada aos autos retornou com a informação “mudou-se”, não sendo a notificação recebida no endereço do devedor.

A Décima Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo tem já jurisprudência pacífica sobre o assunto:

“Alienação fiduciária. Ação de apreensão. Notificação por carta enviada ao endereço da devedora, mas a ela não entregue em razão da mudança de domicílio. Suficiência à concessão da liminar. Recurso Provido.” (AI nº 1.135.120-0/6, Rel. Des. Arantes Theodoro)

No recurso os desembargadores entenderam que a notificação extrajudicial foi encaminhada para o endereço fornecido pela ré no contrato celebrado com a instituição financeira.

Para o Des. Rel. Jayme Queiroz Lopes cabe à agravada comunicar sua mudança de endereço, fato que não ocorreu e frustrou a possibilidade de cumprimento da notificação que foi encaminhada de forma correta.

Assim, restou o recurso foi provido com o deferimento da liminar de busca e apreensão.

Em outro caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. COMPROVAÇÃO DA MORA. DETERMINAÇÃO PARA COMPROVAR A MORA EM RAZÃO DO NÃO RECEBIMENTO DA NOTIFICAÇÃO POR INFORMAÇÃO DO CORREIO DE QUE O DEVEDOR "MUDOU-SE". INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ CONTRATUAL, CABENDO AO DEVEDOR INFORMAR O NOVO ENDEREÇO AO CREDOR. PRESENÇA DO PRESSUPOSTO DA COMPROVAÇÃO DA MORA. DECISÃO AGRAVADA REFORMADA.

Agravo de instrumento provido, com observação.

(TJSP - Agravo de Instrumento - Nº 2064806-20.2017.8.26.0000, Relator(a): Cristina Zucchi; Comarca: Ibiúna; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/05/2017; Data de registro: 09/05/2017)

A Desembargadora Cristina Zucchi deu provimento ao Agravo de Instrumento da Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A face da decisão em primeiro grau em ação de busca e apreensão que a agravante move contra Benedito Pinto de Moraes.

Em primeiro grau o juiz determinou que a instituição financeira emendasse a inicial para comprovar a mora, uma vez que a notificação extrajudicial enviada ao endereço informado pelo agravado retornou com a informação “mudou-se”, sob pena de ser julgado extinto o feito sem resolução do mérito.

Para a Des. Rel. Cristina Zucchi, acompanhada por seus colegas Egrégios Desembargadores da 34ª Câmara de Direito Privado, não há que se falar em favorecer o devedor que deixa a informar mudança de endereço ao credor, especialmente quando se trata financiamento de bem móvel.

A notificação extrajudicial endereçada ao endereço fornecido pelo agravado no contrato de alienação fiduciária celebrado com a embargante é considerada válida para constituição em mora, mesmo que ela seja devolvida com sem a entrega, com a informação que o réu se mudou.

Para os egrégios desembargadores, deve ser observado o princípio da boa-fé contratual, competindo ao devedor comunicar eventual mudança de endereço ao agente financiador. Não agindo desta forma responde o devedor por sua negligência.

Decisão anulada, recurso provido.

No mesmo sentido:

TJPR - AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.402.926-6, DA COMARCA DE UMUARAMA - 1ª VARA CÍVEL E DA FAZENDA PÚBLICA.

AGRAVANTE: COOPERATIVA DE CRÉDITO DE LIVRE ADMISSÃO DA REGIÃO DE UMUARAMA SICOOB ARENITO.

AGRAVADO: T. B. CAMINHÕES E TRANSPORTES LTDA ME.

RELATOR : DES. LUIS SÉRGIO SWIECH

Trata-se de **Agravo de Instrumento** contra a r. decisão de fls. 25-TJ, que em Ação de Busca e Apreensão (autos nº 0005121-32.2015.8.16.0173), determinou a emenda à inicial, para que a autora traga prova da regular constituição em mora da ré, sob pena de extinção do processo, sem resolução de mérito. **Assim, resta incontroverso que, a priori, houve a regular constituição em mora da devedora/agravada, por não ter informado à agravante/credora a mudança de seu endereço**, razão pela qual é desnecessário emendar à inicial.

Verificando-se estar a decisão agravada em confronto com o entendimento majoritário da jurisprudência pátria a respeito, consoante paradigmas citados, é caso de pronunciamento monocrático de plano.

Portanto, conforme as disposições do artigo 557, "caput" do CPC, **DOU PROVIMENTO ao Agravo de Instrumento interposto, cassando-se a decisão recorrida, considerando comprovada a mora da ré/agravada.**

Decisão monocrática (grifei)

Agravo de instrumento interposto por Cooperativa de Crédito de Livre Admissão da Região de Umuarama Sicoob Arenito, em ação de Busca e Apreensão que move em face de T. B. Caminhões e Transportes Ltda Me, contra decisão de primeira instância que determinou a emenda da inicial para que a autora comprove a regular constituição em mora da agravada.

A agravada acostou aos autos do processo originário notificação extrajudicial com aviso de recebimento encaminhada ao endereço fornecido pelo devedor em contrato de alienação fiduciária sem a efetiva entrega devido ao motivo: "Mudou-se". Para o magistrado esta notificação não caracterizou a constituição em mora do devedor.

Entretanto o Rel. Des. Luis Sérgio Swiech da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, entendeu que com base no princípio da lealdade que

rege os negócios jurídicos, é dever das partes comunicar eventuais mudanças em seus dados cadastrais.

Por isso, considerou incontroversa a constituição em mora da devedora devido ao fato de não ter comunicado a instituição financeira da sua mudança de endereço, sendo assim é desnecessário a emenda da inicial.

Recurso provido, decisão recorrida.

Outro exemplo:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de busca e apreensão. Alienação fiduciária. Decisão agravada que indeferiu pedido de liminar busca e apreensão de veículo, sob fundamento da não constituição em mora. Inteligência do art. 2º, do Decreto -Lei 911/69 e do verbete sumular n. 55, do TJRJ. Aplicação da Teoria da Expedição. Carta, com aviso de recebimento, enviada para endereço constante do contrato. Precedentes desta Corte. A devolução da notificação extrajudicial por estar o devedor fiduciário ausente no endereço constante no contrato não pode ensejar o indeferimento da liminar pleiteada, pois o credor fiduciário, ora agravante, encaminhou a missiva para o endereço que constava no contrato. Decisão reformada.

RECURSO PROVIDO.

(TJRJ - Agravo de Instrumento 0010698-70.2017.8.19.0000, Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor, Rel. CELSO SILVA FILHO julg. 26/04/2017).

Na ação em primeira instância, o juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Niterói não deu como preenchido o pressuposto da constituição em mora, para deferimento da liminar de busca e apreensão, pelo encaminhamento de notificação extrajudicial ao endereço fornecido pela agravada Maria das Graças Madeira De Sá, sendo que foi devolvida a notificação pelo fato de o devedor estar ausente no endereço.

Não satisfeito com a decisão a Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, entrou com agravo de instrumento para reformar tal decisão interlocutória.

O entendimento da Vigésima Terceira Câmara Cível do Consumidor foi de que neste caso adota-se a teoria da expedição, conforme a Súmula 55 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

“AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO
 ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA
 COMPROVAÇÃO DE MORA

"Na ação de busca e apreensão, fundada em alienação fiduciária, basta a carta dirigida ao devedor com aviso de recebimento entregue no endereço constante do contrato, para comprovar a mora, e justificar a concessão de liminar."

Entende-se que para comprovação da mora independe do recebimento pessoal pelo devedor da notificação, sendo que neste caso a mora é *ex re*, ou seja, decorre do simples vencimento do prazo para o adimplemento das obrigações contratadas.

Perante isto, a posição do Des. Rel. Celso Silva Filho, seguido pelos demais Egrégios Desembargadores, foi de que a devolução da notificação extrajudicial devido o agravado estar ausente no endereço que consta no contrato de alienação fiduciária, não justifica o indeferimento da liminar de busca e apreensão.

O agravante adotou as medidas que lhe cabiam, sendo assim aceita-se que o agravante efetivou a comprovação da mora.

Decisão impugnada, recurso provido.

Em outros casos, analisamos agora o entendimento dos tribunais os quais julgaram em favor dos financiados, descaracterizando a constituição em mora destes e por consequência resultando a extinção da ação de busca e apreensão.

Segue ementa:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI N. 911/69. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O FEITO, SEM ANÁLISE DO MÉRITO, COM FULCRO NO ART. 267, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973, ANTE A AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA. RECURSO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. ALEGADA VALIDADE DA NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA MORA. CORRESPONDÊNCIA ENVIADA AO ENDEREÇO DO DEVEDOR. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA ENTREGA. REGISTRO DE QUE O DEVEDOR MUDOU-SE. FINALIDADE NÃO ATINGIDA PELO ATO. MORA NÃO COMPROVADA. SENTENÇA EXTINTIVA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n.

2016.022598-6, de Herval D'Oeste, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 19-05-2016)

A Quinta Câmara de Direito Comercial, pela Desembargadora Soraya Nunes Lins não deu provimento para a apelação cível do Banco Santander Brasil S/A contra sentença que extinguiu ação de busca e apreensão movida em face de Olga da Rosa.

O Juiz de primeira instância não acolheu a constituição em mora da devedora alegada pela instituição financeira, a notificação extrajudicial com aviso de recebimento foi enviada ao endereço fornecido pela apelada em contrato de alienação fiduciária, porém não foi entregue devido: Mudou-se.

Não satisfeito com a decisão a instituição financeira apelou para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

A Rel. Desa. Soraya Nunes Lins destaca que pela Súmula 72 do STJ "A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente"

Entende ainda a Quinta Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que para comprovação da mora faz-se necessário que haja a efetiva entrega da notificação no endereço do devedor, mesmo que não recebida com ele, porém devido sua mudança tal entrega não ocorreu no endereço de fato do devedor.

No ver dos Egrégios Desembargadores, tal entendimento vai em concordância com jurisprudência pacífica do nosso tribunal:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO IV, DO CPC, ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DA MORA. RECURSO DO AUTOR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MORA PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO À LUZ DO § 2º DO ART. 2º DO DECRETO-LEI 911/69. SÚMULA 72 DO STJ. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL QUE NÃO FOI EFETIVAMENTE ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR, ANTE A INFORMAÇÃO DE QUE ESTE SE MUDOU. ATO QUE NÃO ATINGIU A SUA FINALIDADE. MORA NÃO COMPROVADA. EMENDA À INICIAL FACULTADA AO AUTOR PELO JUÍZO A QUO

ANTES DE PROLATAR A DECISÃO EXTINTIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.077942-4, de Itajaí, desta relatoria, j. 12-11-2015)

Compreende então que a notificação acostada aos autos não comprova sua efetiva entrega. Desta forma não foi a devedora constituída em mora.

Sentença mantida, recurso desprovido.

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. ART. 267, INCISO IV, DO CPC, ANTE A NÃO COMPROVAÇÃO DA MORA. RECURSO DO AUTOR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MORA PARA AJUIZAMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO À LUZ DO § 2º DO ART. 2º DO DECRETO-LEI 911/69. SÚMULA 72 DO STJ. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL QUE NÃO FOI EFETIVAMENTE ENTREGUE NO ENDEREÇO DO DEVEDOR, ANTE A INFORMAÇÃO DE QUE ESTE SE MUDOU. ATO QUE NÃO ATINGIU A SUA FINALIDADE. MORA NÃO COMPROVADA. EMENDA À INICIAL FACULTADA AO AUTOR PELO JUÍZO A QUO ANTES DE PROLATAR A DECISÃO EXTINTIVA. AUSÊNCIA DE NULIDADE PROCESSUAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 2015.077942-4, de Itajaí, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 12-11-2015).

Ainda a Quinta Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, negou provimento a apelação cível do Banco Volkswagen S/A que visava a reforma de sentença que extinguiu sem resolução de mérito em ação de busca e apreensão que movia em face de Paulo das Neves Motta.

A sentença de primeiro grau julgou o feito extinto sem resolução do mérito, uma vez que o devedor não foi devidamente constituído em mora.

Foi encaminhado pela apelante notificação extrajudicial com aviso de recimento para o endereço fornecido pelo devedor em contrato de alienação fiduciária, entretanto esta não foi entregue ante a informação que o apelado havia se mudado.

Salienta a Desa. Soraya Nunes Lins que de acordo com a Súmula 72 do STJ, a mora é um pressuposto processual da busca e apreensão em alienação fiduciária “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.”

Conforme entendimento desta Câmara devido a notificação extrajudicial não ter sido entregue devidamente ao endereço do devedor, não é válida a constituição em mora do devedor. Posicionamento que segue o entendimento dos demais julgadores do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Ressalta ainda que embora não seja exigido que a correspondência seja recebido pessoalmente pelo devedor é preciso que o ato cumpra sua finalidade, ou seja, tenha sido entregue no endereço do devedor, o que não houve neste caso.

Sentença mantida, recurso sem provimento.

Em outro caso:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AUSÊNCIA DE CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO INFRUTÍFERA DO MUTUÁRIO. DOCUMENTO NÃO ENTREGUE, PORQUE AUSENTE O DEVEDOR. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Cível n. 0301831-73.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rodrigo Antônio da Cunha, j. 20-10-2016).

O Banco Itaucard S/A apelou de sentença em primeira instância, a qual o magistrado julgou extinta a ação de busca e apreensão, sem resolução de mérito, movida em face de Paola Indart Tavares.

O apelante encaminhou notificação extrajudicial com aviso de recebimento para o endereço da apelada, porém não foi recebida por esta e nem por terceiro pelo motivo de: “Ausente”. Por este motivo não demonstrou a constituição em mora do devedor.

Súmula 72 do STJ: “A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.” Com este instrumento normativo inicia o voto do Rel. Des. Rodrigo Cunha da Terceira Câmara de Direito Comercial.

Justifica o Rel. Des. Rodrigo Cunha da Terceira Câmara de Direito Comercial que já é entendimento jurisprudencial deste tribunal negar provimento a recursos neste sentido.

O entendimento destes julgadores é de que a notificação extrajudicial juntada aos autos restou infrutífera, uma vez que não houve recebimento pela agravada e nem por terceiro, embora encaminhada ao endereço fornecido pela devedora em contrato de alienação fiduciária.

Sentença mantida, recurso desprovido

No mesmo sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE DEFERIU A LIMINAR. INSURGÊNCIA DO DEVEDOR. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DEVOLVIDA COM A INFORMAÇÃO "AUSENTE". NECESSIDADE, NA HIPÓTESE, DE ENCAMINHAMENTO DO TÍTULO A PROTESTO ATRAVÉS DE INTIMAÇÃO POR EDITAL. INOBSERVÂNCIA PELO CREDOR FIDUCIÁRIO. CONSTITUIÇÃO EM MORA NÃO CONFIGURADA. EXEGESE DO ART. 2º, § 2º, DO DECRETO-LEI N. 911/1969 E ART. 15, § 1º DA LEI N. 9.492/97. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 485, IV, DO CPC/15. ÔNUS SUCUMBENCIAL A SER SUPOSTADO PELA PARTE AUTORA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 4013828-93.2016.8.24.0000, de Içara, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 18-05-2017).

Agravo de instrumento interposto por Heraldo Paz contra decisão, em ação de busca e apreensão movida por Aymoré Crédito, Financiamento e Investimento S/A, que em primeira instância deferiu a liminar de busca e apreensão do bem.

A notificação extrajudicial com aviso de recebimento foi endereçada para o endereço do agravante, porém retornou sem a devida entrega, tendo como status de retorno a informação: "Ausente".

Conforme sumula 72 do STJ um dos requisitos indispensáveis para a propositura da ação de busca e apreensão é a prévia constituição da mora.

Em consonância com o §2º do art. 2º da Lei 911/69 alterado pela Lei nº 13.043 de 2014, não se exige de fato a notificação pessoal do devedor, sendo que a

simples carta registrada com aviso de recebimento já é instrumento hábil para propositora da ação de busca e apreensão.

Porém o entendimento do Rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, seguido pelos demais desembargadores da Primeira Câmara de Direito Comercial é de que a notificação extrajudicial enviada pela agravada não configura a constituição em mora do devedor. Sendo que foi devolvido com a informação “Ausente”, depois de frustrada três tentativas.

A posição adotada por estes julgadores é de que ante as tentativas sem êxito da entrega da notificação extrajudicial, cabe a instituição financeira promover o protesto do título, via edital, conforme disposto no art. art. 15, § 1º, da Lei n. 9492/97.

Art. 15. A intimação será feita por edital se a pessoa indicada para aceitar ou pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante.

§ 1º O edital será afixado no Tabelionato de Protesto e publicado pela imprensa local onde houver jornal de circulação diária (BRASIL. Lei n. 9492/97).

Desta forma, em concordância com casos semelhantes já julgados pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, restou revogada a liminar de busca e apreensão e determinado a extinção do feito por ausência de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, nos termos do art. 485, IV do CPC.

Recurso provido.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se com a presente monografia que o legislador, ao modificar o §2º do art. 2º da Lei 911/69 buscou de fato facilitar a vida das instituições financeiras no que se refere à devida comprovação da constituição em mora do devedor.

A busca e apreensão do bem objeto de financiado é garantida ao credor fiduciário desde que este comprove a devida constituição em mora do inadimplente.

Os Egrégios Tribunais de Justiça não possuem um entendimento pacífico sobre a validade, ou não, da notificação extrajudicial encaminhada ao endereço fornecido pelo devedor em contrato de alienação fiduciária, que retorna sem recebimento.

Para os Eméritos Desembargadores que entendem ser válida a referida notificação, baseiam este entendimento em princípios contratuais como o da boa-fé ou lealdade.

Aqueles que aderem a esta posição, interpretam de forma literal o dispositivo da nova redação do §2º do art. 2º da Lei 911/69, a qual diz que é dispensada a assinatura do destinatário no referido aviso de recebimento.

Em contrapartida, para os Desembargadores que tem posição contrária a esta, a simples expedição de notificação para o endereço do devedor não constitui este em mora.

Nesta linha, o entendimento é de que pela Sumula 72 do Superior Tribunal de Justiça a constituição em mora do devedor é indispensável para a busca e apreensão do bem.

Nesse sentido, a notificação extrajudicial sem recebimento não cumpre sua finalidade, descaracterizando a constituição em mora do devedor. Devendo o autor buscar outros meios para satisfazer este pressuposto.

Por fim, por esta análise, percebe-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina adota uma posição mais conversadora e tem um entendimento já consolidado quanto a este tema, defendendo o interesse da parte mais fraca na relação jurídica, o financiado. Enquanto Tribunais de Justiça como de São Paulo tendem a julgar favor das instituições financeiras.

Não é possível fazer uma ponderação e dizer qual o entendimento que deve ser adotado para o julgamento, pois de um lado encontra-se princípios

contratuais relevantes do outro se tem a interpretação da norma com base em súmula do STJ e analogia.

Pois bem, os julgadores possuem a liberdade de interpretar o dispositivo que consta na Lei 911/69 da maneira que lhe parecer mais adequada para a situação.

Enquanto não houver um entendimento pacífico sobre o tema fica as partes a mercê desta interpretação que cada desembargadores tem a respeito deste instituto.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 28. O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 72. A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente.

_____. BRASIL. **Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969**. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

_____. **Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965**. Disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4728.htm.

_____. **Lei nº 10.931, de 02 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei no 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis no 4.591, de 16 de dezembro de 1964, no 4.728, de 14 de julho de 1965, e no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CHALHUB, Melhin Namem. **Negócio Fiduciário**: alienação fiduciária, cessão fiduciária, securitização, decreto-lei 911 de 1969, lei 8.668 de 1993, lei 9.514 de 1997. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

DANTZGER, Afranio Carlos Camargo. **Alienação Fiduciária de Bens Imóveis**. 2. ed. São Paulo: Método, 2007.

DA SILVA, Luiz Augusto Beck. **Alienação Fiduciária em Garantia**. 5ª edição. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, volume 4: direito das coisas. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ , Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, v. 4. 19. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. v.5.6.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Teoria Geral das Obrigações, vol. 2. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JUSTO, António dos Santos. **Direito Privado Romano - II** (Direito das Obrigações). Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

LIMA, Otto de Sousa. **Negócio Fiduciário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: teoria geral das obrigações, volume II. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA,Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. v.4. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Fábio Queiroz. **Fidúcia**: origem, estrutura e tutela no Direito Romano. Revista Justiça e História, Porto Alegre, v.10, n. 19/20, 2010.

PÓVOA, José Liberato Costa. **Busca e apreensão**: teoria, prática, jurisprudência. 5.ed. Curitiba: Juruá, 2006.

RESTIFFE NETO, Paulo. **Garantia fiduciária**: direito e ações: manual teórico e prático com jurisprudência. 3. Ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**: processo de execução e cumprimento da sentença, processo cautelar e tutela de urgência. Vol. 2. 42.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 7ª edição. Volume 3. São Paulo. Editora Atlas S.A. 2007.

WALD, Arnold. **Direito Civil, Contratos em Espécie**. 18ª edição. Volume 3. São Paulo. Editora Saraiva. 2009.

WALD, Arnoldo. **Do regime legal da alienação fiduciária de imóveis e sua aplicabilidade em operações de financiamento de bancos de desenvolvimento**. Revista de Direito Imobiliário, n. 51, 2001.

JURISPRUDÊNCIA

BRASIL. **Tribunal de Justiça do São Paulo**. Agravo de Instrumento nº 2078558-59.2017.8.26.0000, Relator(a): Jayme Queiroz Lopes; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 25/05/2017; Data de registro: 26/05/2017

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento - Nº 2064806-20.2017.8.26.0000, Relator(a): Cristina Zucchi; Comarca: Ibiúna; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/05/2017; Data de registro: 09/05/2017

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Paraná**. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.402.926-6, DA COMARCA DE UMUARAMA - 1ª VARA CÍVEL E DA FAZENDA PÚBLICA. Acesso em mar 2017

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento - Nº 2064806-20.2017.8.26.0000, Relator(a): Cristina Zucchi; Comarca: Ibiúna; Órgão julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 03/05/2017; Data de registro: 09/05/2017

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Agravo de Instrumento 0010698-70.2017.8.19.0000, Vigésima Terceira Câmara Cível Consumidor, Rel. CELSO SILVA FILHO julg. 26/04/2017

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2016.022598-6, de Herval D'Oeste, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 19-05-2016

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 2015.077942-4, de Itajaí, rel. Des. Soraya Nunes Lins, j. 12-11-2015

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Apelação Cível n. 0301831-73.2015.8.24.0023, da Capital, rel. Des. Rodrigo Antônio da Cunha, j. 20-10-2016

BRASIL. **Tribunal de Justiça de Santa Catarina**. Agravo de Instrumento n. 4013828-93.2016.8.24.0000, de Içara, rel. Des. Paulo Ricardo Bruschi, j. 18-05-2017