

## **A NOTIFICAÇÃO E PROTESTO EXTRAJUDICIAL NOS CONTRATOS DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

César Leandro de Almeida Rabelo<sup>1</sup>

Cláudia Mara de Almeida Rabelo Viegas<sup>2</sup>

**RESUMO:** O presente tem por escopo trabalhar o instituto da Alienação Fiduciária, a mora e sua constituição como requisito próprio nas Ações de Busca e Apreensão, apresentando as controvérsias quanto a constituição da mora, inclusive através das notificações e protestos realizadas em cartório.

**Palavras-chave:** Notificação, mora, cartório, alienação fiduciária, busca e apreensão.

### **SUMÁRIO:**

**1 INTRODUÇÃO; 2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DECRETO-LEI 911/69 E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988; 3 DA CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA; 3.1 Da notificação extrajudicial; 3.2 Do Protesto do título; 4 DA NOTIFICAÇÃO E PROTESTO EXTRAJUDICIAL REALIZADA EM CIDADE DIVERSA DO DOMICILIO DO DEVEDOR; 5 CONCLUSÃO REFERÊNCIAS**

### **1 INTRODUÇÃO**

Trataremos no presente o instituto da alienação fiduciária e as particularidades existentes no Decreto-Lei 911/69, questionando, principalmente, a constituição em mora por meio de notificação ou protesto realizada por cartório situado em local diverso da residência do devedor.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Administração de Empresas e em Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Docência no Ensino Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais. Especialista em Direito Material e Processual do Trabalho pelo CEAJUFE - Centro de estudos da área jurídica federal. Mestrando em Direito Público pela Universidade FUMEC. Advogado do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade FUMEC.

<sup>2</sup> Bacharel em Administração de Empresas e Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Gama Filho. Especialista em Educação a Distância pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Especialista em Direito Público – Ciências Criminais. Tutora em EAD de direito do consumidor. Advogada.

O tema é objeto de grande controvérsia entre os estudiosos, operadores do direito e Tribunais de todo o país, gerando certa insegurança jurídica pela omissão do Decreto e falta de regulamentação expressa no ordenamento jurídico.

Assim, será demonstrado às particularidades do Decreto-Lei 911/69, sua adequação a Constituição da República de 1988, a conceituação de alienação fiduciária, as formas de constituição da mora e a explicitação dos institutos da notificação e do protesto via cartório.

Através da análise dos entendimentos externados pelos estudiosos e nas decisões dos Tribunais, objetiva-se demonstrar a plausibilidade da comprovação da mora, por notificação extrajudicial ou protesto de títulos emitidos por cartório de comarca diversa do domicílio do devedor, como forma de concretizar as demais disposições expressas no Decreto.

## **2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DECRETO-LEI 911/69 E A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988**

O Decreto-Lei 911/69 foi criado em meios de diversos acontecimentos históricos, o fim do regime militar, a democratização brasileira, a elegibilidade de um novo poder constituinte, que deu origem a uma nova Constituição da República.

A Constituição da República de 1988 foi criada resguardando diversas garantias, direitos individuais e coletivos, com intuito de afastar completamente o famigerado fantasma da repressão, e acabar com a ideologia militar que assombrava a população.

Mesmo diante de radicais mudanças, é praticamente impossível, num primeiro momento, romper com o passado, principalmente um passado não muito distante e que gerou diversos traumas a sociedade. Tudo que se inicia, principalmente um novo regime de governo democrático, depende, sobretudo, de verba para sustentar as drásticas mudanças e manter o mínimo de estabilidade econômica.

Assim, as instituições financeiras foram as principais financiadoras para o crescimento interno do mercado e circulação de divisas. Mesmo carregado de críticas pelo texto legal do período da ditadura, o Decreto 911/69 foi recepcionado pela Constituição da República de 1988:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. DECRETO-LEI Nº 911/69. NORMA RECEBIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. Decreto-lei nº 911/69. Norma recebida pela Constituição Federal de 1988. Precedente do Tribunal Pleno. Unificação de Jurisprudência, mediante edição de súmula. Desnecessidade. Observância do disposto no artigo 101 do Regimento Interno do Supremo Tribunal

Federal. Agravo regimental não conhecido. (RE-AgR 281029 / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA Julgamento: 24/04/2001 Órgão Julgador: Segunda Turma)

O Superior Tribunal Federal dirimiu a questão sustentando que o objetivo do Decreto era criar uma garantia financeira para fomentar o empréstimo a indivíduos que não possuem outros bens para dar como garantia, o que foi possibilitado através da alienação fiduciária.

A alienação fiduciária é um instituto jurídico onde ocorre a transferência da propriedade de um bem, móvel ou imóvel, de propriedade do devedor ao credor, como garantia de cumprimento de determinada obrigação, estando conceituada no art. 1º do decreto-lei 911/69, quando este alterou o art. 66 da Lei n. 4728/65:

“Art. 1º O art. 66 da Lei nº. 4.728, de 14 de julho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

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 todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal.” (BRASIL, Dec.lei 911/69, art. 1º)

Assim, alienação fiduciária ocorre nas aquisições de bens a crédito, onde aquele que oferece o crédito toma o próprio bem em garantia, ficando o comprador relativamente impedido de negociar o bem com terceiros. O bem passa a integrar o patrimônio do credor até o total cumprimento da obrigação, ficando o comprador, nesse período, com o direito de uso e fruição do bem.

Para o estudioso José Carlos de Oliveira Alves, a alienação fiduciária é um negócio jurídico pelo qual o devedor fiduciante transfere o domínio transitório e resolúvel, além da posse indireta da coisa móvel alienada ao credor fiduciário como garantia de um débito, ficando este com a posse direta e como depositário desta até o pagamento da dívida garantida, quando lhe é restituído o bem fiduciado.

Assim o devedor poderá usar e fruir do bem, e o credor fiduciário manterá o direito de haver a posse plena e integral no caso de inadimplemento. Na hipótese de descumprimento, caberá ao credor a realização da venda judicial ou extrajudicial do bem, aplicando o valor percebido para satisfazer o crédito, bem como as demais despesas de cobrança, sendo que somente será devolvido ao devedor o saldo remanescente, se existir.

A criação do Decreto-lei 911/69 foi um meio de gerar eficácia plena para recuperação de bens dados em garantia nos contratos firmados com gravame de alienação fiduciária, em casos de insolvência por parte do contratante.

O Decreto possibilita ao credor a tomada do bem alienado em caso de inadimplência e, tomado o bem, este poderá ser vendido para abatimento no montante ainda existente, independentemente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, conforme específica o art. 2º da norma:

“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.” (BRASIL, Dec.lei 911/69, art. 2º)

Observa-se que o legislador optou por proteger as instituições financeiras, tanto durante o contrato, vez que resguardam seu patrimônio até o cumprimento da obrigação, quanto em casos de inadimplementos, na medida em que possibilitam a alienação a terceiros para pagamento do débito.

Nos contratos de alienação fiduciária o devedor detém posse direta e responsabilidade sobre o bem, contudo, o credor mantém posse indireta, vinculada a um contrato cuja obrigação do devedor é permanecer em dia com suas obrigações, para não correr riscos do credor valer-se da Ação de Busca e Apreensão para reaver o bem, em caso de inadimplemento.

“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 à mora ou o inadimplemento do devedor.” (BRASIL, Dec. Lei 911/69, art. 3º)

Quanto a Ação de Busca e Apreensão de bens móveis sob alienação fiduciária Nelhim Chalhub afirma que:

“Trata-se de ação autônoma com regras específicas, não devendo ser confundida com a ação cautelar regulada pelos arts. 796 e seguintes do Código de Processo Civil. Visa a devolução do bem e a atribuição da propriedade e posse plena ao credor fiduciário e a isso se restringe, não tendo nenhuma relação com a ação de cobrança. A sentença condena o réu (devedor fiduciante) a devolver o bem e confirma a consolidação da propriedade no patrimônio do credor fiduciário.” (CHALHUB, 2006, p. 221)

A Ação Cautelar de Busca e Apreensão estabelecida nos artigos 839 a 843 do Código de Processo Civil Brasileiro, não é a mesma tratada no Decreto, visto que a Ação de busca e Apreensão nessa é autônoma e possui rito especial.

Nesse sentido, o professor Humberto Teodoro Junior entende que os procedimentos são distintos, uma vez que a ação de busca e apreensão cautelar visa efetivar medidas cautelares, ensejando na procura de pessoas ou coisas para mantê-las à disposição do juiz. Já a ação cautelar de busca e apreensão, visa assegurar a efetividade do processo principal, na medida em que não é meio de execução de medida satisfativa.

Corroborando com o mesmo entendimento, Pontes de Miranda afirma que a busca e apreensão cautelar é medida que não constitui o conteúdo na sentença da ação principal, o que não ocorre na ação de busca e apreensão regida pelo decreto, visto que o conteúdo de sua sentença é precisamente a busca e apreensão do bem, independentemente, portanto, da instauração de ação principal.

A ação de busca e apreensão permite a antecipação de tutela, desde que comprovado o inadimplemento do devedor, sua constituição em mora, para que possa preencher os requisitos mínimos de “*fumus boni iuris*” e “*periculum in mora*”.

Caso não fosse encontrado o bem na posse do devedor, de acordo com a redação original do art. 4º do Decreto, o credor poderia intentar Ação de Depósito em um novo procedimento. Posteriormente, com advento da Lei 6.071/74, o procedimento foi facilitado, permitindo que a conversão fosse realizada dos próprios autos da ação de busca e apreensão:

“Art. 4º Se o bem alienado fiduciariamente não for encontrado ou não se achar na posse do devedor, o credor poderá requerer a conversão do pedido de busca e apreensão, nos mesmos autos, em ação de depósito, na forma prevista no Capítulo II, do Título I, do Livro IV, do Código de Processo Civil”. (BRASIL, Dec. Lei 911/69, art. 4º com redação dada pela Lei 6.071/74)

A possibilidade da utilização da Ação de Depósito, seja por conversão ou em procedimento próprio, estaria diretamente ligada com o art. 902, §1º do Código de Processo Civil:

“Art. 902. Na petição inicial instruída com a prova literal do depósito e a estimativa do valor da coisa, se não constar do contrato, o autor pedirá a citação do réu para, no prazo de 5 (cinco) dias  
I - entregar a coisa, depositá-la em juízo ou consignar-lhe o equivalente em dinheiro  
II - contestar a ação  
§ 1º No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único”. (BRASIL, CPC, art. 902)

Entretanto a matéria já bastante discutida e hoje pacificada pela Súmula vinculante 25 do STF, onde considera é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

Restando ao devedor apenas pagar integralmente a dívida, segundo os valores apresentados pelo credor, para ter restituído o bem, livre de ônus (Art. 3º, §2º do Dec. Lei 911/69, com redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

A possibilidade de purgação da mora, segundo os valores apresentados na inicial pelo credor, certamente não terá grande eficácia, visto que ninguém se torna inadimplente por vontade livre, mas por falta de condições de estar em dia com suas obrigações, podendo está condição, inclusive, ser de caráter temporário.

Exigir a purgação da mora, sem o direito de contestá-lo, pode ser considerado uma forma de repressão econômica legal, estabelecendo uma desigualdade na relação processual, uma vez que protege apenas um dos pólos do processo, mesmo que a legislação possibilite ao devedor a restituição em caso de pagamento a maior (Art. 3º, §4º do Dec. Lei 911/69, com redação dada pela Lei 10.931, de 2004).

A purga da mora será sempre privilégio de poucos, contrariando o princípio da boa-fé contratual, impedindo a possibilidade do inadimplente em cumprir a sua obrigação ou até negociar o débito. Com isso, o credor detém todos os meios mais danosos e severos para obrigar o devedor a cumprir com sua parte do contrato, sob as penas de perder o bem.

Assim sendo, a Busca e apreensão do Decreto 911/69 é uma medida satisfativa, com um fim em si próprio, que busca concretizar o direito do credor, que sempre será uma instituição financeira de grande porte.

### **3 DA CONSTITUIÇÃO DO DEVEDOR EM MORA**

Genericamente, compreende-se que a mora é o atraso ou o não cumprimento de obrigação pactuada. O doutrinador Silvio Venosa entende que o simples retardamento no cumprimento da obrigação não constitui o devedor em mora, sendo imprescindível que o atraso decorra de culpa do devedor.

Da mesma forma, Orlando Gomes afirma que:

“há mora quando se retarda o cumprimento da obrigação, tornando-se impontual no pagamento da dívida ou de uma de suas prestações, sem que se torne definitivamente impossível o adimplemento.” (GOMES, 1975, p. 98)

Noutro sentido, prescreve o art. 394 do Código Civil de 2002 que:

“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, CC/2002, art. 394)

O texto legal demonstra duas possibilidades de considerar o devedor em mora, mas não é a observada pelo Decreto, cujo §2º do art. 2º do Decreto Lei 911/69, traz expressamente que:

“a mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, ou pelo protesto do título a critério do credor.” (BRASIL, Dec. Lei 911/69, art. 2º, §2º)

Segundo constante na disposição legal, a mora na alienação fiduciária decorre do simples advento do termo de pagamento sem o adimplemento da obrigação pelo fiduciante, o que autoriza o credor a promover a execução da garantia precedido do protesto do título ou da intimação ao devedor por carta registrada expedida por intermédio do Cartório de Títulos e documentos, na forma de notificação extrajudicial, para constituição da mora.

“Não é exigido por lei que a notificação para a constituição em mora do devedor traga o valor atualizado do débito. Suficiente, pois, ao atendimento da formalidade, a ciência que é dada ao inadimplente pelos meios preconizados no art. 2º, parágrafo 2º, do Decreto-lei n. 911/69.” (STJ, 4ª Turma, RESP 469406, Relator: Min. Aldir Passarinho Junior, j. 5.12.2002).

Para que fosse exigível a busca e apreensão do bem alienado, a comprovação da mora é determinante, tanto que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) sumulou a questão:

“Súmula 72 - A comprovação da mora é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente” (BRASIL, STF, súmula 72)

Assim, para propositura da Ação de Busca e Apreensão exige-se comprovação da mora do devedor, devendo a petição ser instruída com a prova da realização do protesto ou da notificação feita através do Cartório de Títulos e Documentos:

“A falta de prova da entrega da notificação no endereço do devedor impede a propositura da ação de busca e apreensão” (STJ, 4ª Turma, RESP 468348, Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.03.2003).

“Para a comprovação da mora do devedor, não basta que a notificação tenha sido expedida pelo Cartório de Títulos e Documentos: deve demonstrar-se que a carta tenha sido por ele recebida.” (STJ, 4ª Turma, RESP 111863, Min. Barros Monteiro, relator, j. 19.12.2002).

Importante destacar que são diversos os posicionamentos quanto à constituição da mora. Alguns estudiosos e operadores do direito compreendem que a comprovação da mora é pressuposto processual para ajuizamento da Ação de Busca e Apreensão, lado outro, existe os que entendem que a comprovação da mora constitui tão somente pressuposto para concessão da liminar de busca e apreensão.

Aqueles que entendem ser a comprovação da mora pressuposto processual incorreriam como consequência a extinção do processo, conforme entendimento do TJMG:

"A comprovação da mora é *conditio sine qua non* para poder o proprietário fiduciário dar curso à rescisão do contrato e requerer a busca e apreensão (art. 3º, caput, do Dec.-lei 911) do objeto da garantia fiduciária. Por outra, é pressuposto processual do pedido de busca e apreensão a comprovação da mora do devedor. Ou seja, somente admitir-se ação resilitória na mora caracterizada, se esta estiver provada". (TJMG, Apelação Cível nº. 1.0024.06.999557-9/001, publicado em 12/05/2009)

"Na alienação fiduciária a mora constitui-se ex re, mas a lei exige sua comprovação para fins de ajuizamento da Busca e Apreensão, hipótese em que, inexistindo, deverá a demanda ser extinta, por faltar-lhe pressuposto processual (requisito de validade objetivo intrínseco) e condição da ação (possibilidade jurídica do pedido)." (TJMG, Agravo de Instrumento de nº. 1..0452.08.040697-1/001, publicado em 16/02/2009)

Em que pese a existência de entendimento contrários as decisões acostadas, é forçoso dizer que a comprovação da mora não é pressuposto processual, mas tão só pressuposto para concessão da antecipação de tutela para busca e apreensão.

Considerando que a medida antecipatória, que exige a demonstração de “*periculum in mora*” e, principalmente, do “*fumus boni iuris*”, também visa atingir o mérito antes da instrução processual, é no mínimo incoerente dizer que a comprovação inadimplemento é pressuposto exclusivo da tutela de urgência.

### **3.1 Da notificação extrajudicial**

Notificar é uma maneira de constituir prova do recebimento pelo notificado, ou pelo menos, de se ter dado conhecimento do conteúdo de um documento levado a registro cartorial, mesmo que não o tenha assinado.



A notificação extrajudicial realizado pelos cartórios são meios de prova admitidos no direito, na medida em que os oficiais de registro ou seus prepostos são dotados de Fé Pública, o que implica na presunção de veracidade daquilo que ali for certificado, sendo sua desconstituição admitida apenas na existência de prova inequívoca em contrário.

Assim o Supremo Tribunal Federal decidiu:

PODER CERTIFICANTE DO SERVENTUÁRIO DE JUSTIÇA - FÉ PÚBLICA A função certificante, enquanto prerrogativa institucional que constitui emanção da própria autoridade do Estado, destina-se a gerar situação de certeza jurídica, desde que exercida por determinados agentes a quem se outorgou, *ministerio legis*, o privilégio da fé pública. (AG. REG. EM AG. DE INST. OU DE PETICAO-AGRA-146785 / DF, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, DJ - 15-05-98 PP-00046 EMENT VOL-01910-02 PP-00268, j.22/04/1997 - Primeira Turma).

PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DAS CERTIDÕES EMANADAS DOS ÓRGÃOS AUXILIARES DO JUÍZO. As declarações emanadas dos servidores estatais que atuam no âmbito das Secretarias dos Tribunais judiciários, consubstanciadas em certidões exaradas em razão de seu ofício, revestem-se essencialmente em função da fé pública de que gozam tais agentes auxiliares do Juízo de presunção *iuris tantum* de legitimidade e de veracidade (RTJ 133/1235), prevalecendo, sempre, aquilo que nelas se achar atestado, até que se produza prova idônea e inequívoca em sentido contrário. (AG. REG. EM AG. DE INST. CRIMINAL - AGCRA-375124 / MG, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, j.: Segunda Turma)

A importância do serviço de notificação extrajudicial está exatamente na credibilidade que lhe é depositada, principalmente por parte daquele que o solicita, visto que objetiva constituir ou isentar-se de deveres, independentemente de demanda judicial.

Não obstante aparentar simplicidade, na maioria dos casos é árduo o cumprimento da diligência de notificação extrajudicial. Não são raros os casos em que se torna impossível a efetivação da notificação pessoal, por diversas as razões, fazendo com que uma parte das notificações resta frustradas, sendo possível sua realização a pessoa diversa do notificado, desde que residente no mesmo domicílio.

Assim afirma o estudioso Liberato Póvoa:

“A forma de constituir em mora o devedor (registro de carta através do Cartório) é outra discriminação em favor do mais forte, pois basta que a carta seja expedida para considerar aberto o caminho para a busca e apreensão, pouco importando que o devedor a receba.” (PÓVOA, 1999, p. 98)

Não sendo diferente o entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) conforme decisões seguintes:

DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO - INTERPRETAÇÃO DE NORMAS LEGAIS - INVIABILIDADE. 1. O Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais acolheu parcialmente pedido formulado em apelação, ante fundamentos assim sintetizados (folhas 49 e 50): CERCEAMENTO DE DEFESA - PROVA DESNECESSÁRIA - PRELIMINAR AFASTADA - ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - BUSCA E APREENSÃO - CONVERSÃO EM DEPÓSITO - COMPROVAÇÃO DA MORA - SUFICIENTE A ENTREGA DA NOTIFICAÇÃO NO ENDEREÇO INFORMADO NO CONTRATO OU NO LOCALIZADO PELO CREDOR - PRISÃO CIVIL - TRIBUNAL DE ALÇADA DE MINAS GERAIS - CÂMARAS CIVIS REUNIDAS - UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA - INADMISSIBILIDADE - APELO PARCIALMENTE PROVIDO.(...) A doutrina e a jurisprudência, inclusive do STJ, têm admitido que, sendo a notificação entregue no endereço constante do contrato assinado pelo devedor, considera a doutrina e a jurisprudência, inclusive do STJ, têm admitido que, sendo a notificação entregue no endereço constante do contrato assinado pelo devedor, considera-se suficientemente comprovada a mora. O TASP sumulou a matéria, sob o nº 29. "A comprovação da mora, a que alude o § 2º do art. 2º do Dec Lei 911/69, pode ser feita pela notificação da carta no endereço do devedor, ainda que não tenha obtido assinatura de seu próprio punho." (STF\_ AI 602162 / MG , Relator: Ministro Marco Aurélio, Publicado em : 08/02/2007).

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - MORA - CONSTITUIÇÃO - INADIMPLENTO DA OBRIGAÇÃO - COMPROVAÇÃO - ENTREGA DA NOTIFICAÇÃO NO ENDEREÇO DO DEVEDOR - VALIDADE - PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO, PARA ESTE FIM.I - Na ação de busca e apreensão, cujo objeto é contrato de financiamento com garantia fiduciária, a mora do devedor constitui-se quando este não paga a prestação no vencimento;II - Para a comprovação da mora, é suficiente a entrega da notificação no domicílio do devedor, não se exigindo, por conseguinte, que ela seja feita pessoalmente;III - Recurso especial provido. (STJ, Resp de nº. 1051406, Relator: Ministro Massami Uyeda, Publicado em 05/08/2008)

Observa-se que estudiosos e operadores do direito, inclusive os tribunais superiores, se posicionam no sentido de que para comprovação da mora basta que a notificação extrajudicial seja entregue no endereço do devedor, não sendo obrigatória a entrega pessoal.

### **3.2 Do protesto do título**

Os títulos de crédito são hábeis a demonstrar a existência de compromisso firmado entre o credor e o devedor e, na hipótese de inadimplemento, o credor está legalmente assegurado para realização do protesto público.

O protesto é uma forma de caracterizar o descumprimento pelo devedor, dotado de credibilidade por um órgão de autoridade e fé pública, com respaldo na legislação específica, possuindo legitimidade e gerando efeitos ao meio jurídico, evitando a impunidade e atitudes de má-fé, restaurando a moralidade e seriedade em qualquer transação comercial.

Conforme já exposto, o Decreto-Lei 911/69 possibilita ao credor comprovar a mora por meio do protesto do título. A lei que regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos (Lei nº 9.492 de 10/09/97) dispõe em seu art. 1º que:

“Art. 1º - Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”.  
(BRASIL, Lei nº 9.492/97, art. 1º)

Entretanto ocorrem diversas discussões relacionados a intimação do devedor em casos de protesto. A intimação de protesto é realizada pessoalmente junto ao devedor e, caso não seja localizado, será feito através de editais, nos termos do art. 15 da lei de protestos:

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. (BRASIL, Lei nº 9.492/97, art. 15)

A legislação específica restringiu as circunstâncias possibilitam o protesto do título com intimação editalícia. Embora conste expressamente a possibilidade da realização de edital quando o devedor residir fora da competência territorial do tabelionato, a norma mantém-se silente quanto a praça competente para se protestar o título ou documento de dívida.

O ilustre desembargador Wagner Wilson, no julgamento do recurso de apelação onde o devedor pretendia reformar a decisão que julgou improcedente o pedido de anulação do protesto, firmou entendimento que na omissão do título, o protesto deverá ser realizado no lugar da emissão, onde se presume ser o local de domicílio do devedor:

"1. Lugar do protesto. No silêncio da LUG aplica-se a norma do § único do art. 28 do Decreto n.º 2.044/1908, pela qual o protesto deve ser tirado no 'lugar indicado na letra para aceite ou para o pagamento.' (...) Quando a nota promissória omite o lugar do pagamento, este será o lugar da emissão, que se presume ser o lugar do domicílio do emitente (LUG, art. 76, al. 3ª), e onde deve ser tirado o protesto. (...) A efetivação do protesto em lugar distinto do determinado pela lei corresponde a ato anulável, além de ensejar a responsabilidade civil do apresentante e do Tabelião de protesto pelos danos causados pela irregularidade cometida". (TJMG, Apelação Cível 1.0145.07.377239-7/001, publicado em 03/09/2008)

Os benefícios do protesto são inúmeros, inclusive pela desnecessidade de provocação do poder judiciário, na medida em que o devedor apontado pelo serviço de protesto cartorial poderá comparecer pessoalmente ou não, e quitar seus débitos para evitar transtornos maiores.

#### **4 DA NOTIFICAÇÃO E PROTESTO EXTRAJUDICIAL REALIZADA EM CIDADE DIVERSA DO DOMICILIO DO DEVEDOR**

Nos contratos de alienação fiduciária a inadimplência do devedor acarreta a sua rescisão, antecedida por notificação ou protesto cartorário constituindo a mora, nos termos do art. 2º, §2º, do Dec.Lei 911/69.

Contudo, existe uma controvérsia acerca da validade da notificação extrajudicial ou do protesto do título realizada em cartórios situado em comarca distinta daquela em que reside o devedor fiduciário, para fins de comprovação da mora para ajuizamento da ação de busca e apreensão com fulcro no descumprimento do contrato de financiamento garantido por alienação fiduciária.

Os estudiosos e operadores do direito que sustentam entendimento sobre a impossibilidade de constituição em mora por cartório situado em cidade distinta da residência do devedor, se fundamentam que o procedimento adotado evidencia flagrante abuso por impor dificuldade de conhecimento dos fatos e do débito ao devedor, que seria a parte hipossuficiente da relação contratual.

Ainda, sendo considerada irregular a forma, não haveria configuração da mora e afetaria o princípio do devido processo legal, bem como o curso regular da Ação de Busca e Apreensão ajuizada.

Tal impedimento decorreria do disposto nos artigos 8º e 9º da Lei 8.935/2004, que regulamenta os serviços notariais e de registro, devendo os mesmos ser interpretados conjuntamente:

“Art. 8º É livre a escolha do tabelião de notas, qualquer que seja o domicílio das partes ou o lugar de situação dos bens objeto do ato ou negócio.” (BRASIL, Lei 8.935/2004, art. 8º)

“Art. 9º O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação”. (BRASIL, Lei 8.935/2004, art. 9º)

Apesar de o credor ter autonomia livre para optar pelo Tabelionato que melhor lhe aprouver na prestação do serviço, esse terá atuação restrita ao âmbito da sua competência territorial e funcional, sob pena da ineficácia do ato praticado, estando a livre escolha limitada ao território de atuação cartorial.

Nesses casos, tanto a notificação extrajudicial quanto o protesto do título deveriam ser realizados por cartórios situados na comarca de residência do devedor, sob pena de violação

dos direitos constitucionais do devedor, justamente em face da interpretação sistemática a serem dadas as normas dispostas na Lei 8.935/94.

Em posicionamento contrário, a justificativa daqueles que defendem pela possibilidade de notificação extrajudicial e protesto do título por meio do cartório situado em local diverso do domicílio do devedor fiduciante é baseada na fé pública o oficial que certifica a entrega da correspondência no endereço do notificado e dos meios utilizados pelos tabelionatos.

A notificação e protesto cartorial não são atos essenciais à constituição de mora, uma vez que poder haver demonstração por outros meios, ainda que judiciais. A constituição da mora extrajudicial é, tão só, pressuposto processual para justificar o ajuizamento da Ação de Busca e Apreensão.

Ademais, a constituição da mora realizada por cartório, seja em comarca diversa ou na mesma daquela em que reside o devedor, é plenamente aceitável em virtude da fé pública outorgada aos oficiais cartorários e seus prepostos.

Seria até contraditório inadmitir a atuação cartorial na constituição da mora, uma vez que o próprio Poder Judiciário, em procedimentos judiciais, admite citações e intimações por via postal com aviso de recebimento, que é bem menos formal que o procedimento cartorial.

Sendo o AR meio hábil a comprovar recebimento de citação ou intimação judicial, não há que se questionar a notificação e protesto realizado por cartório, que é dotado de credibilidade e fé pública, ainda que esse esteja situado em local diverso da residência do devedor.

Tal possibilidade não só facilita a comprovação da mora, como amplia o campo de atuação dos cartórios a uma abrangência por todo território nacional, desburocratizando a providência de demonstração da mora do devedor, coadunando com o princípio da celeridade e efetividade, que é primordial em todo o ordenamento jurídico na atualidade.

Assim o credor não precisaria dirigir-se a outro Município ou Estado da Federação para constituir em mora devedor que lá resida, podendo fazê-lo por intermédio dos cartórios da localidade onde mantenha sede ou, inclusive, onde se estabeleceu a eleição de foro nos termos do próprio contrato.

De outra forma não tem sido os julgados:

"Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Notificação recebida por pessoa que não o devedor – Validade – Mora configurada. A notificação recebida no domicílio contratual do réu, é datada de validade e eficácia, porque tratando-se de carta com 'AR', presume-se que a pessoa notificada levou ao conhecimento do devedor o teor da notificação." (JTACSP-LEX 166/210).

"Para a propositura da ação de busca e apreensão de bem vinculado a contrato de alienação fiduciária não basta a mora do devedor, decorrente de inadimplemento da obrigação líquida em seu termo, sendo necessária, também, a sua notificação pessoal, por carta expedida Cartório de Títulos e Documentos" (TJSC - AC 96.002399-2, de Turvo. Rel. Des. Eder Graf.)

Assim sendo a constituição da mora é procedimento de considerável importância não só para ajuizamento da Ação de Busca e Apreensão, como para dar oportunidade ao devedor de cumprir a obrigação antes das vias judiciais, retomando a normalidade contratual, não importando que a notificação extrajudicial ou o protesto seja realizado em cartório de comarca distinta da residência do devedor, bastando que se torne pública a mora para que providências cabíveis possam ser tomadas por qualquer das partes.

## 5 CONCLUSÃO

O contrato de alienação fiduciária detém considerável função social na medida em que facilita a indivíduos a aquisição de determinados bens que servirão como garantia de cumprimento das obrigações ali pactuadas.

Ocorrendo o inadimplemento, a notificação extrajudicial ou protesto do título possibilita ao credor o ajuizamento de Ação de Busca e Apreensão face o devedor que deverá purgar a mora e retornar a normalidade do contrato, ou perderá a posse do bem.

A constituição da mora é de extrema importância por possibilitar ao devedor a oportunidade de cumprir a obrigação antes da cobrança judicial, evitando a perda da posse do bem dado em garantia.

Dentre as diversas formas de constituição da mora, as mais controversas são a notificação ou protesto cartorial realizada em comarca distinta da residência do devedor.

O entendimento de que essa forma de notificação e os protestos seriam nulos tem-se demonstrado inadmissível por apego ao formalismo, incompatível com o regramento legal, consistindo uma afronta aos princípios processuais da efetividade e celeridade.

Em que pese o posicionamento favorável as práticas cartoriais de notificação e protesto, mesmo advindo de comarca diversa da residência do devedor, o Poder Judiciário está abarrotado com demandas com a mesma discussão.

Mesmo entendendo ser desnecessário, dada a fé pública que são dotados os cartórios, enquanto não houver um dispositivo legal expresso ou súmula visando a resolução da controvérsia, os debates permaneceram, contribuindo para morosidade excessiva e aumento nas demandas judiciais, prejudicando as partes.

## REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Da alienação fiduciária em garantia**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BRASIL. **Lei n. 5869 de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2011.

BRASIL, **Decreto-lei n. 911 de 1º de outubro de 1969**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2011.

CERNICCHIARO, Luiz Vicente. **Prisão civil e alienação fiduciária**. Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil, Porto Alegre, v.1, n.3, p.62-64, jan./fev. 2000.

CHALHUB, Melhim Namem. **Negócio Fiduciário**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **A purgação da mora nos contratos de alienação fiduciária de bens móveis**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, v.17, n.66, p.91-105, abr. 2008.

ESTEVEZ, Rafael Fernandes. **A ação de busca e apreensão fundada em alienação fiduciária em garantia a luz da lei 10.931/04**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 55, n.355, p.59-70, mai. 2007.

FIUZA, César. **Alienação fiduciária em garantia: de acordo com a Lei 9.514/97**. Rio de Janeiro: Aide, 2000.

FORGIARINI, Giorgio. **Aspectos relevantes da alienação fiduciária em garantia**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3108>. Acesso em: 09 de maio de 2011.

GODOY, Minéia. **Alienação Fiduciária**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, no 181. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1326>> Acesso em: 15 de maio de 2011.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 21.ed. atualização e notas de Humberto Teodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NEGRÃO, Theotonio. **Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor**. 30. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.985.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Código civil comentado e legislação extravagante**: atualizado até 15 de junho de 2005. Nelson Nery Júnior, Rosa Maria de Andrade Nery. 3.ed. rev., atual. e ampl. da 2.ed. do Código Civil anotado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. v.3. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA, Luiz Augusto Beck da. **Alienação fiduciária em garantia: história, generalidades, aspectos processuais, ações, questões controvertidas, legislação e jurisprudência**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SILVA, Renata C Moreira. **No que consiste a propriedade fiduciária**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2128246/no-que-consiste-a-propriedade-fiduciaria-renata-cristina-moreira-da-silva>. Acesso em 09 de maio de 2011.

SIMÃO, José Fernando. **Alienação fiduciária e purgação da mora: decreto-lei 911/69 e lei 10.931/04**, direito intertemporal. Jornal Carta Forense, 03 out de 2006. Disponível em: < <http://www.carteforense.com.br/Materia.aspx?id=509> >. Acesso em: 09 de maio de 2011.

SOUZA, Adriano Stanley Rocha. **Direito das Coisas. Coleção Direito Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: teoria geral das obrigações e dos contratos**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2006.