

Agravo de Instrumento n. 2008.033522-0, de Concórdia  
Relator: Des. Subst. Altamiro de Oliveira.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. DECISÃO QUE DETERMINA A EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL POR AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR E, POR CONSEQUÊNCIA, COMPROVAÇÃO DA MORA. EQUÍVOCO DO MAGISTRADO. TENTATIVA DA CIENTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DEMONSTRADA. PROTESTO DO TÍTULO EFETIVADO, ART. 2º, § 2º, DO DEC-LEI 911/69. SUBMISSÃO DO ATO NOTARIAL À DISCIPLINA DO ART. 968 DO CÓDIGO DE NORMAS DA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. APRESENTAÇÃO DO DOCUMENTO PARA PROTESTO, PREFERENCIALMENTE, NO LUGAR DE PAGAMENTO DECLARADO NO DOCUMENTO OU, NA SUA FALTA, NO DOMICÍLIO DO DEVEDOR OU AINDA NAQUELE DO CREDOR. MORA NÃO CONFIGURADA, PROTESTO LEVADO A EFEITO POR CARTÓRIO SEDIADO EM LOCAL DESVINCULADO AO DO LUGAR DE PAGAMENTO, DOMICÍLIO DO DEVEDOR E SEDE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, CONSOANTE O ART. 267, INC. IV, NA FORMA DO § 3º, DO CPC. CUSTAS PROCESSUAIS SUPOSTAS NA INTEGRALIDADE PELO AGRAVANTE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

Não se desconhece a orientação emanada do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a emenda da inicial é direito subjetivo do autor, devendo tal medida sempre ser adotada pelo magistrado em detrimento do indeferimento ou extinção de plano do escrito inaugural (REsp. n. 38.812-0/BA). No entanto, cabe esclarecer que tal procedimento visa, tão-só, corrigir irregularidades que se apresentam no petitório inicial (arts. 283 e 284, do CPC), não sendo possível promover a correção de defeitos afetos aos pressupostos de constituição da ação – vício insanável –, no caso, a devida comprovação da mora anterior à propositura da demanda, por ser ato da interposição da ação, segundo a orientação da Súmula 72, do Tribunal precitado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2008.033522-0, da comarca de Concórdia (2ª Vara Cível), em que é agravante Banco Credibel S/A, e agravado Rosemir Michaelson:

ACORDAM, em Câmara Especial Regional de Chapecó, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento. Custas legais.

#### RELATÓRIO

Banco Credibel S.A., interpôs agravo de instrumento contra a decisão do Juiz da 1ª Vara Cível da Comarca de Concórdia que determinou a emenda da petição inicial, por entender não haver sido comprovada a mora do devedor, requisito essencial de constituição da ação.

Argumenta o agravante que restou firmado, em 27 de fevereiro de 2007, Contrato de Financiamento, n. 11-033380-07, para a aquisição de uma motocicleta Honda CG 125 Titan-ES, ano 2003, cor vermelha, placa LVY-8551, chassi 9C2JC30103R164269, a qual está gravada com alienação fiduciária.

Quanto à falta do requisito apontado na decisão verberada, afirma que após encaminhar notificação extrajudicial ao endereço dispensado pelo agravado no comprovante do ajuste, promoveu o protesto da nota promissória vinculada ao contrato, por meio do Cartório de Títulos e Documentos da Comarca de São José-SC, encontrando-se cumprido tal requisito, porquanto a constituição em mora foi levada a efeito conforme os ditames legais.

Com base nisso, propugna pelo conhecimento e provimento do recurso para que se considere como válida a mora do agravado mediante o documento acostado aos autos, bem como seja determinado o prosseguimento do feito nos seus ulteriores termos e desideratos.

O efeito suspensivo almejado foi concedido às fls. 39-43.

## VOTO

Trata-se de agravo de instrumento interposto com o escopo de ver reformada a decisão interlocutória proferida nos autos da ação de busca e apreensão, pela qual o magistrado, de ofício, determinou que o agravante juntasse, no prazo de 10 (dez) dias, comprovação de que o agravado foi constituído em mora, por ser requisito essencial à propositura da demanda almejada.

Conforme a documentação aposta aos autos, a instituição financeira agravante promoveu a notificação extrajudicial (fl. 26), a qual não teve êxito por haver o agravado mudado de residência, deixando seus familiares de informar o atual endereço.

Em vista disso, o agravante, munido de documento próprio, promoveu o protesto, perante o Cartório de Títulos e Documentos da Comarca de São José deste Estado, com o fito de então constituir o agravado em mora, requisito elementar da ação de busca e apreensão conforme a dicção do artigo 2º, § 2º, do Decreto-lei n. 911/69. Ei-lo:

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.

[...]

§ 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. Grifado.

Em complemento ao dispositivo supracitado, decidiu-se no Superior Tribunal de Justiça:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MEDIDA

LIMINAR. CONSTITUIÇÃO EM MORA DO DEVEDOR. DECRETO-LEI N. 911/69. 1. A concessão de medida liminar em ação de busca e apreensão decorrente do inadimplemento de contrato com garantia de alienação fiduciária está condicionada tão-só à mora do devedor, que deverá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor (art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69). [...] (REsp. 1093501/MS, rel. Min. João Otávio de Noronha, j. Em 15.12.08).

A título de precaução, deve-se sobrelevar que a intimação do protesto por via editalícia se trata de medida excepcional, apenas se justificando quando preenchidos os requisitos previstos na Lei n. 9.492/1997, especificamente em seu artigo 15.

A propósito:

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.

No entanto, conquanto cumpridos todos os dizeres expostos acima, verifica-se que não foram atendidos os preceitos do artigo 968 do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Santa Catarina, que dispõe:

Art. 968. Os documentos de dívida serão apresentados ao oficial de protestos do lugar do pagamento nele declarado, ou, na sua falta, do domicílio do devedor, indicado no próprio título, ou, faltando ainda tal indicação, do domicílio do credor [...].

Ora, a efetivação do protesto do título vinculado à relação material deve ocorrer nos locais citados no dispositivo mencionado, sendo vedado ao credor protestar o título em comarca desvinculada ao ajuste, razão pela qual deve ser mantida a medida adotada pelo Magistrado, embora por fundamento diverso, já que o recorrente promoveu o protesto em comarca alheia às facultadas na lei.

A respeito do tema, retira-se dos ensinamentos de Amador

Paes de Almeida:

O protesto deve ser tirado no local onde deva ser exigida a obrigação. Esta é a regra geral. Todavia, não há obstáculo legal a que os interessados elejam outro local, que poderá ser o lugar indicado para o aceite, o domicílio do sacado e, inclusive, indicação alternativa de lugares, hipótese em que ficará a critério do portador o direito de escolha (Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, São Paulo, Saraiva, 1987, 11ª ed., pág. 250).

Com base nas informações dispostas nos autos, vê-se que o agravante tem sede na cidade São Paulo-SP, o agravado, embora em local incerto e não sabido, informou seu domicílio na cidade de Concórdia-SC, tendo a Cédula de Crédito Bancário sido firmada na cidade de Chapecó-SC e previsto o pagamento "à sua ordem" (preâmbulo – fl. 25). Consequentemente, não há motivo para a efetivação do protesto em local diverso – Comarca de São José-SC –, que não possui qualquer vínculo ao avençado, tornando-se minguada a constituição da mora do devedor.

É da inteligência deste Tribunal:

Se a mora é comprovada pelo protesto do título vinculado ao contrato firmado, deve ele, para sua eficácia legal, ser tirado no local onde deva ser exigida a obrigação ou no local da contratação ou, então, no do domicílio do devedor, não sendo lícito ao credor protestar o título em comarcas sem qualquer vinculação com o ajuste celebrado ou com o título emitido. Assim, de nenhum efeito, para fins de comprovação da mora, se apresenta o protesto realizado em lugar que não guarde qualquer relação com o contrato, com o título ou com o domicílio das partes (Ap. Cív. n. 98.007302-2, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos).

Diante da invalidade do ato à comprovação da mora do devedor fiduciante por falta das formalidades legais, nos moldes do Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça, a extinção do processo por ausência de pressuposto básico da ação (art. 267, inc. IV, do CPC) é medida que se impõe.

Não se desconhece, aliás, a orientação emanada do

Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a emenda da inicial é direito subjetivo do autor, devendo tal medida sempre ser adotada pelo magistrado em detrimento do indeferimento ou extinção de plano (Resp. n. 38.812-0/BA). No entanto, cabe esclarecer que tal procedimento visa, tão-só, corrigir irregularidades que se apresentam no petítório inicial (arts 283 e 284, do CPC), não sendo possível promover a correção de defeitos afetos aos pressupostos de constituição da ação – vício insanável, no caso, a devida comprovação da mora anterior à propositura da demanda, por ser requisito indispensável ao ajuizamento da ação, segundo a orientação da Súmula 72, do Tribunal precitado.

Numa análise perfunctória do caso, salienta-se que de logo o juiz pode se aperceber que os fatos narrados, em tese, estão comprovados, mas jamais o autor lograria acolhimento para o seu pedido, porque, como já dito, “o momento processual para a comprovação da mora é o ato da interposição da ação, e não *a posteriori*.” (REsp. n. 236.497-0/GO, rel. Min. Humberto Gomes de Barros).

Neste comenos, retira-se da jurisprudência:

[...] Sendo a mora do devedor condição imprescindível ao pedido de busca e apreensão, inexistindo esta, dá-se a impossibilidade jurídica do pedido, que pode ser decretada de ofício. Precedentes. II. Agravo desprovido. (AgRg no REsp n. 824480 / RS, rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, j. em 18.5.06).

Em caso análogo, já decidiu esta Corte Estadual:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. BUSCA E APREENSÃO. DECRETO-LEI 911/69. MORA NÃO CONFIGURADA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INEXITOSA. REALIZADA EM ENDEREÇO QUE NÃO CORRESPONDE AO INDICADO NO CONTRATO. INVALIDADE DO ATO. VÍCIO INSANÁVEL. VIOLAÇÃO AO § 2º DO ARTIGO 2º DO DECRETO-LEI N. 911/69. FALTA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PROCESSO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. APLICAÇÃO DO § 3º DO ARTIGO 267 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PREJUDICADO. (AI n. 2007.059784-1, de Itajaí, rel. Des. Lédio Rosa de Andrade, j.

em 8.7.08).

E mais:

BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. DECRETO-LEI 911/69. CONSTITUIÇÃO EM MORA. CIENTIFICAÇÃO DO INTERESSADO PELA VIA FICTA PARA FINS DE PROTESTO. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO AVISO DE RECEBIMENTO RELACIONADO À NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIMENTO DO SUCESSO OU INSUCESSO DA CIENTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR. IRREGULARIDADE QUE OBSTA A CARACTERIZAÇÃO DA MORA. (AI n. 2007.014654-1, de Balneário Camboriú, Rel. Des. José Carlos Carstens Köhler, j. em 14.3.08).

Ainda:

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. MORA NÃO COMPROVADA NOS TERMOS DA LEI. EMENDA DA INICIAL DETERMINADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGATIVA DE PROVIMENTO. EXTINÇÃO, DE OFÍCIO, DO PLEITO DE APREENSÃO.

A comprovação da mora do devedor é pressuposto indeclinável da ação de busca e apreensão de bem alienado, comprovação essa que deve acompanhar a respectiva inicial. Não atendido esse pressuposto, ou produzida a prova de modo deficiente, a solução a ser emprestada ao feito não é, de forma alguma, a oportunização à credora para que efetue a indispensável comprovação ou para que notifique o devedor na forma da lei, mas a extinção da ação (AI n. 2007.006570-8, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. em 4.10.07).

E:

[...]. A constituição do devedor em mora é condição essencial à ação de busca e apreensão, a teor da súmula 72 do STJ, sem a qual deve ser extinto o processo, ante a não perfectibilização da notificação extrajudicial. (Ap. Cív. n. 2006.038078-6, de Palhoça, rel. Des. Marco Aurélio Gastaldi Buzzi, j. em 14.6.07).

Não discrepa o entendimento dispensado pelo e. Tribunal de

Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL. Busca e apreensão. Extinção sem Resolução do mérito. Comprovação da mora. Inexistência. Emenda da inicial. Impossibilidade. Recurso não provido. (Ap. Civ n. 0477467-2 de Umuarama, rel. Juiz Conv. Albino Jacomel

Guerios, j. em 9.5.08).

Verificada a irregularidade do protesto do título, nos moldes do art. 968 do CNCGJ, repita-se, inválido será, para fins de constituição da mora, o instrumento apresentado à fl. 27, o que acarreta, por conseguinte, a falta de pressuposto elementar da ação, ensejando impreterivelmente a extinção do feito sem resolução de mérito, conforme determina o inciso IV do artigo 267, do Código de Processo Civil, na forma do § 3º da mesma Norma Instrumental.

A título de ilustração, colaciona-se os comentários de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e perempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por "qualquer grau de jurisdição" os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267) (Código de Processo Civil Comentado. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. p. 630).

Ineficaz a comprovação levada a efeito nos presentes autos, configurando vício insanável, impõe-se, de ofício, a extinção do feito sem resolução de mérito nos termos acima predispostos.

Como corolário do exposto, não tendo o agravado dado azo à extinção da demanda, haja vista que nem mesmo a relação jurídico-processual restou formalizada, deve o agravante suportar na sua integralidade o pagamento das custas processuais relativas a presente processo.

## DECISÃO

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

O julgamento, realizado no dia 23 de abril de 2009, foi presidido Exmo. Sr. Desembargador Edson Ubaldo, com voto, e dele participou o Exmo. Sr. Desembargador Cesar Abreu.

Chapecó, 23 de abril de 2009.

Altamiro de Oliveira  
RELATOR