



---

**Súmula n. 72**



---

**SÚMULA N. 72**

---

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

**Referência:**

Decreto-Lei n. 911/1969, art. 2º, §§ 2º e 3º.

**Precedentes:**

REsp 3.900-RS (3ª T, 11.09.1990 – DJ 09.10.1990)

REsp 13.959-SP (3ª T, 29.10.1991 – DJ 02.12.1991)

REsp 16.242-SP (4ª T, 31.08.1992 – DJ 21.09.1992)

Segunda Seção, em 14.04.1993

DJ 20.04.1993, p. 6.769



---

**RECURSO ESPECIAL N. 3.900-RS (90.0006327-2)**

---

Relator: Ministro Eduardo Ribeiro  
Recorrente: Banco de Crédito Nacional S/A  
Recorrida: Metalúrgica Damasceno Ltda  
Advogados: Itamara Duarte Stockinger e outros  
José Vicente Filippon Siczkowski e outro

---

**EMENTA**

Recurso especial.

Tendo o acórdão dois fundamentos, cada um deles bastante, por si, para que subsistam suas conclusões, não se conhece do especial que ataca apenas um deles.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas:

Decide a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso especial, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Brasília (DF), 11 de setembro de 1990 (data do julgamento).

Ministro Gueiros Leite, Presidente

Ministro Eduardo Ribeiro, Relator

---

DJ 09.10.1990

---

**RELATÓRIO**

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: - Banco de Crédito Nacional S/A, com base no Decreto-Lei n. 911/1969, ajuizou ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente a Metalúrgica Damasceno Ltda. Determinada a execução da medida, liminarmente deferida, agravou de instrumento a ré.

Decisão unânime da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Estado do Rio Grande do Sul deu provimento ao agravo, fundando-se em que a coisa,

objeto da alienação fiduciária, por já integrar o patrimônio do financiado, não se prestaria a esta forma de garantia. Como segundo fundamento, colocou em relevo que não se comprovava a mora, pois a isso não se prestava o protesto de letra de câmbio não aceita.

No recurso especial, com base no art. 105, III, letras **a** e **c**, o autor, ora recorrente, alegou negativa de vigência aos arts. 37 e 523 do CPC, por não ter o agravante apresentado procuração.

Deu também como violados os arts. 467, 468, 471 e 474 que disciplinam a coisa julgada e art. 66 da Lei n. 4.728/1965, com redação dada pelo art. 1º do Decreto-Lei n. 911/1969, que trata da alienação fiduciária. Indicou, ainda, dissídio jurisprudencial.

O recurso foi admitido pela letra **c** do permissivo constitucional.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro (Relator): - Sustenta-se que negada vigência aos artigos 37 e 523 do Código de Processo Civil, uma vez que a agravante não teria apresentado procuração. De tal matéria não cuidou o acórdão, faltando, por conseguinte, o requisito do prequestionamento.

Alega mais o recorrente que violados os artigos 467, 468, 471 e 474 do Código de Processo Civil, posto que o acórdão recorrido teria afrontado a coisa julgada. Isto porque em medida cautelar, anteriormente ajuizada, ficara decidido que os empréstimos bancários, para capital de giro, comportam a garantia de alienação fiduciária.

A matéria, em primeiro lugar, não foi prequestionada, sobre ela não se tendo manifestado o aresto recorrido; em segundo, não se trouxe para os autos certidão do acórdão, acompanhado da prova do trânsito em julgado; em terceiro, a afirmação em que se ampara o recorrente não faz coisa julgada, em vista dos limites objetivos desta, estabelecidos pelo artigo 469 do CPC.

Acrescenta-se a isso uma outra circunstância. O acórdão fundou-se em duas razões de decidir, ambas aptas, por si, a fazê-lo subsistir. Uma delas diz com o tema versado no julgamento precedente. A outra, refere-se à não comprovação da mora, fundamento este não atacado no especial. É o que basta para fazê-lo inadmissível.

Essa circunstância faz dispensável o exame do outro tema de que se cogita no recurso, pertinente à destinação do financiamento. É que, ainda se aceitasse, como esta Turma, aliás, tem aceitado, ser válida a alienação fiduciária de bem, já integrante do patrimônio do devedor, o julgado subsistiria íntegro pelo outro fundamento.

Não conheço do recurso.

---

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 13.959-SP (91.0017518-8)**

---

Relator: Ministro Dias Trindade

Recorrente: Banco Bradesco de Investimento S/A

Recorrido: Polieno Reciclagem Plásticas Ltda.

Advogados: Ezio Pedro Fulan e outros e Vera Maria Marques de Jesus e outro

---

#### **EMENTA**

Civil. Processual. Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Consignatória.

1. A ação fiduciária se desenvolve a partir da efetivação da busca e apreensão, liminarmente deferida, a partir da prova da mora do devedor alienante, pelos meios previstos na lei. Ação consignatória em pagamento, proposta pelo devedor em mora, não tem a virtualidade de impedir que se efetive a busca e apreensão do bem alienado, começo de execução do contrato, sem contrariar o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, que institui o devido processo legal para a espécie.

---

#### **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Superior Tribunal da Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas como de lei.

Brasília (DF), 29 de outubro de 1991 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Dias Trindade, Relator

---

DJ 02.12.1991

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Trindade: Banco Bradesco de Investimento S/A interpõe recurso especial, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c** da Constituição Federal, de acórdão proferido pela Décima Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, que negou provimento a agravo de instrumento interposto contra despacho que sustou liminar concedida em ação de busca e apreensão movida contra Polieno Reciclagem Plásticas Ltda.

Diz o recorrente violados os arts. 2º, parágrafo 2º e 3º, parágrafo 1º do Decreto-Lei n. 911/ 1969, 160, I do Código Civil, sustentando inexistir ação de busca e apreensão sem deferimento da liminar, o que lhe vedaria o exercício do direito de ação, e que a ação consignatória proposta pelo recorrido após decorridos mais de cinco meses do vencimento da obrigação, não tem o condão de tornar inexistente a mora anteriormente constituída. Sustenta ainda a existência de dissídio jurisprudencial.

Recebido e processado o recurso, vieram os autos a este Tribunal.

É como relato.

### VOTO

O Sr. Ministro Dias Trindade (Relator): O dissídio com o acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná está devidamente comprovado, posto que, em situação fática em tudo igual à do caso em exame, restou decidido que a ação de consignação em pagamento não tem virtualidade para impedir o acesso do proprietário, em caso de alienação fiduciária em garantia, ao Judiciário, para pedir busca e apreensão do bem objeto do contrato respectivo.

Aqui, provada a mora, mediante carta por intermédio do Ofício de Títulos e Documentos, nasceu para o proprietário fiduciário a ação de busca e apreensão, específica para a hipótese, a qual se desenvolve a partir do deferimento liminar e efetivação da medida, de quando tem o réu aberta a possibilidade de defesa, nos limites legais.

A circunstância de haver o devedor alienante ingressado com ação consignatória, já em mora, não poderia ensejar a inversão moratória que o acórdão acolheu, para confirmar a revogação da liminar, tanto mais quando se trata de invocação da isencional do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, cujos pressupostos poderiam ser discutidos nos limites da ação de busca e apreensão e respectiva purgação da mora.

E, efetivamente, negar ou revogar a liminar de busca e apreensão, em caso de alienação fiduciária em garantia, significa impedir o acesso do proprietário fiduciário ao Judiciário, pelo meio próprio previsto em lei, o que importa em contrariar essa mesma lei.

Embora lícito ao devedor o acesso à consignatória, quando em mora o credor, no caso concreto era o devedor que já se achava em mora, não se apresentando possível o uso da ação de consignação em pagamento, para transmudar tal situação.

Isto posto, voto no sentido de conhecer do recurso e lhe dar provimento, para reformar o acórdão e prover o agravo, de sorte a, restabelecido o deferimento liminar da busca e apreensão, possibilitar o desenvolvimento dessa ação, independentemente da consignatória.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 16.242-SP**

---

Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo

Recorrentes: José Danelon e outros

Advogados: Cláudio Bini e outros

Recorrido: Banco Safra S/A

Advogado: Bráulio de Assis

---

#### **EMENTA**

Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Comprovação da mora. Alienante e mutuário. Exegese dos arts. 2º, § 2º, e 3º do DL n. 911/1969.

I - No mútuo garantido por alienação fiduciária, o mutuário nem sempre é o alienante depositário. Em casos tais, impõe-se ao credor, que deseja ajuizar ação de busca e apreensão, a comprovação da mora também em relação ao garante.

II - O vocábulo “devedor” empregado no DL n. 911/1969 deve ser interpretado extensivamente no sentido de abranger o terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem.

III - O escopo da lei, ao exigir a comprovação documental da mora para o aforamento da ação de busca e apreensão, é essencialmente prevenir que o alienante venha a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia sem, antes, inequivocadamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida garantida e, assim, retomar-lhes a propriedade plena.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Ministros Barros Monteiro e Athos Carneiro. Ausentes, por motivo justificado, os Ministros Bueno de Souza e Fontes de Alencar.

Brasília (DF), 31 de agosto de 1992 (data do julgamento).

Ministro Athos Carneiro, Presidente

Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Relator

---

DJ 21.09.1992

#### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo: Cuida-se de ação de busca e apreensão ajuizada pelo recorrido contra Solar Imóveis S/C Ltda., Zaqueu Mathias de Lara e José Danelon.

A pessoa jurídica ré figura como devedora principal de contrato de mútuo, Zaqueu Mathias de Lara como garante do referido contrato e avalista de nota

promissória ao mesmo vinculada e José Danelon, por seu turno, além de ocupar a mesma posição de Zaqueu Mathias de Lara em ambos os títulos, deu como garantia, em alienação fiduciária, dois tratores de sua propriedade, assumindo a condição de fiel depositário.

O MM. Juiz, dando pela legitimidade passiva de todos os réus, julgou procedente o pedido para consolidar nas mãos do banco autor a propriedade e posse plena e exclusiva dos veículos.

Interposta apelação, a egrégia Sétima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo deu-lhe parcial provimento para “julgar o autor carecedor da ação relativamente aos apelantes Solar Imóveis S/C Ltda. e Zaqueu Mathias de Lara, por falta de legitimidade passiva” (fls. 88).

Oferecidos embargos declaratórios por José Danelon, único réu não excluído, a Câmara julgadora, no que interessa, assim se pronunciou:

O embargante não participa legalmente como sócio da pessoa jurídica co-ré da ação de busca e apreensão, a qual foi notificada para os fins do art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/1969, na condição de única mutuária devedora, nos termos do contrato de mútuo com alienação fiduciária em garantia. De se retificar, nesse tópico, o v. acórdão, para o que se recebe em parte o recurso.

Após admitir não ser José Danelon sócio da empresa mutuária, asseverou que tal circunstância não tinha o condão de alterar a parte dispositiva do acórdão embargado, na medida em que, pelas razões consignadas na r. sentença, nessa parte mantida,

o interveniente dador da garantia e avalista José Danelon não é o único devedor. Devedora principal é a Solar Imóveis S/C Ltda., que foi regularmente notificada ao pagamento da parcela vencida do contrato (fls. 12). E a lei não exige a notificação do avalista, nem do interveniente garante para que possa o credor fiduciante ajuizar ação de busca e apreensão (fls. 51).

Afinal, explicitou:

... a credora apelada, ora embargada, não estava obrigada pela comprovação da mora junto ao apelante interveniente do contrato, ora embargante. A resolução do mútuo, em decorrência do inadimplemento, operou-se de pleno direito, conquanto não fosse o embargante sócio da pessoa jurídica devedora, a quem a credora notificou regularmente de acordo com o Decreto-Lei n. 911, de 1º.10.1969.

Irresignado, José Danelon manifestou recurso especial, alegando vulneração do § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969, além de dissídio jurisprudencial com julgados do Supremo Tribunal Federal. Sustenta, em síntese, que os contratos de mútuo e alienação fiduciária não se confundem e que ele, recorrente, como devedor deste último, é que deveria ter sido regularmente notificado da mora.

Inadmitido o processamento do apelo na origem, subiram os autos por força de agravo que provi.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo (Relator): Dispõe o *caput* e o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911/1969:

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.

§ 1º (...)

§ 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 de título, a critério do credor.

A princípio, causa estranheza o fato de o legislador, embora determinando incidente o princípio *dies interpellat pro homine*, tal como previsto no art. 960, CC, tenha, logo em seguida, exigido a comprovação da mora por meio de carta registrada ou protesto.

Moreira Alves, buscando conferir adequada exegese ao dispositivo em questão, obtempera:

Tendo em vista que os débitos garantidos pela propriedade fiduciária são a termo, a parte inicial desse dispositivo, na esteira do princípio consignado no art. 960, *initio*, do Código Civil, declara que, no caso, a mora é *ex re*, ou seja, ocorre independentemente de qualquer interpelação judicial ou extrajudicial pelo credor *dies interpellat pro homine*.

Entretanto, em continuação, o citado § 2º estabelece que a mora poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor. Qual o sentido dessa norma? Em outras palavras: se o credor, ocorrida a mora do devedor (e ela, por ser *ex re*, verifica-se independentemente de interpelação judicial ou extrajudicial), não a comprovar por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou por protesto de título, qual a consequência jurídica dessa omissão? Orlando Gomes, ao examinar essa matéria, acentua que, não obstante a mora resulte do simples inadimplemento da obrigação pelo devedor, e, portanto, sem que se faça necessária qualquer interpelação, a expedição da carga registrada por meio do Cartório de Títulos e Documentos ou o protesto de título fornecem ao credor o documento hábil para que ele possa propor a ação de busca e apreensão da coisa alienada fiduciariamente, embora seja certo que, para a utilização de outros meios pelos quais poderá alcançar a satisfação do crédito, não se exija tal comprovação. Por essa tese, o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911 se vincula à parte final do art. 3º do mesmo Diploma, o qual reza:

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.

A nosso ver, é correta essa interpretação, apesar de, à primeira vista, poder parecer demasiado rígida, não só em face da expressão poderá parecer ser comprovada que se encontra no § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911, como também do fato de que outras provas há - como a confissão, por escrito, da mora *debitoris* - de valor pelo menos igual ao da expedição de carta registrada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos. A restrição, porém, se explica, porque, dessa prova, dependerá a concessão liminar da busca e apreensão, à semelhança do que sucede, em se tratando de compra e venda com reserva de domínio, como se vê do *caput* do art. 1.071 do Código de Processo Civil: "Ocorrendo mora do comprador, provada com o protesto do título, o vendedor poderá requerer liminarmente e sem audiência do comprador, a apreensão e depósito da coisa vendida".

Para todos os outros efeitos, a mora do devedor - que é *ex re* - pode ser demonstrada por qualquer meio probatório, sendo que o credor, exceção feita à busca e apreensão disciplinada no Decreto-Lei n. 911, pode intentar outra ação, com a simples alegação da ocorrência da mora.

Quanto ao inadimplemento absoluto, não há, na lei, a mesma restrição. Se ele se verificar, o credor, para requerer contra o devedor a busca e apreensão, terá de comprová-lo na inicial, sem, contudo, estar limitado àqueles dois meios de prova acima referidos, pois o § 2º do art. 2º do Decreto-Lei n. 911 alude, apenas, à mora. E, tratando-se de restrição, não há que se estender a regra a hipótese não prevista nela ("Da Alienação Fiduciária em Garantia", Forense, 3ª ed., 1987, cap. IV, n. 31, p. 208-210).

Seguindo essa mesma orientação, o Tribunal de Alçada de Minas Gerais assentou:

A ação de busca e apreensão e a sua conversão em ação de depósito têm como pressuposto a regular comprovação da mora, com a notificação realizada na pessoa do devedor. Não observada a norma, impõe-se a extinção do processo (RJTAMG 40/104).

Em idêntica diretriz a jurisprudência deste Tribunal e do excelso Pretório, conforme se depreende dos julgados a seguir, o segundo dos quais colacionado pelo recorrente como paradigma:

Ação fiduciária se desenvolve a partir da efetivação da busca e apreensão, liminarmente deferida, a partir da prova da mora do devedor alienante, pelos meios previstos na lei (REsp n. 13.959-SP, Relator o Sr. Ministro Dias Trindade, DJ de 02.12.1991).

Alienação fiduciária. Mora.

Para a ação de ajuizamento da ação de busca e apreensão não basta a mora do devedor, é preciso sua comunicação por carta expedida pelo Cartório dos Títulos e Documentos, com a comprovação de seu recebimento pelo devedor, ou o protesto do título.

Recurso extraordinário conhecido pela letra **d** e desprovido (RE n. 93.299-PR, Relator o Sr. Ministro Cunha Peixoto, DJ de 28.11.1980, publicado na RTJ 102/682).

O que se pretende, por meio deste recurso especial, é exatamente uma definição sobre quem deve ser considerado “devedor” para os efeitos da comprovação a que se referem os arts. 2º, § 2º, e 3º do Decreto-Lei n. 911/1969.

*In casu*, houve a interpelação extrajudicial da devedora principal da obrigação garantida (mútuo), que não figurava como alienante, posição esta ocupada pelo interveniente José Danelon, ora recorrente. Sustenta este, em sua impugnação recursal, que ele, na condição de fiduciante e depositário dos bens dados em garantia, deveria ter sido comunicado da mora, na medida em que mútuo e alienação fiduciária não se confundem e que devedor desta última, acessória, é quem, alienando fiduciariamente bens de sua propriedade, garante o cumprimento do contrato principal.

Cumpra, aqui, anotar a imprecisão técnica com que se houve o legislador ao formular o Decreto-Lei n. 911/1969, a gerar dúvidas e requer cautela redobrada por parte do intérprete.

Com efeito, o referido diploma legal, que disciplina a alienação fiduciária, conquanto mencionado em alguns artigos “alienante ou devedor”, como pessoas possivelmente distintas, no mais das vezes os considerou indissociáveis, como se o devedor da obrigação garantida fosse sempre o alienante. Deixou de contemplar, de forma específica, a situação em que os bens dados em garantia pertencem a pessoa diversa do devedor do mútuo.

Tecendo comentários a respeito do tema, o mesmo *Moreira Alves* leciona:

Mas não nos restringimos, apenas, a combater a interpretação restritiva que se pretende dar ao vocábulo devedor usado no Decreto-Lei n. 911 (e já o era na Lei n. 4.728). Vamos além. Entendemos que se deve interpretar esse termo extensivamente, no sentido de abranger não somente o devedor, mas também terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem. Essa exegese, que não destoaria da letra mesma do Decreto-Lei n. 911, não contraria a finalidade da Lei n. 4.728, que criou a alienação fiduciária em garantia como providência para favorecer o desenvolvimento do mercado de capitais. Ademais, não invalida essa interpretação o fato de o Decreto-Lei n. 911, em outras passagens aludir apenas a devedor, pois é comum o legislador mencionar somente a hipótese mais corrente, que, no caso, será a de o devedor ser o alienante. Enfim, o art. 28 do Decreto-Lei n. 413, de 09 de janeiro de 1969, referindo-se aos bens vinculados à cédula de crédito industrial por força de penhor cedular, hipoteca cedular, ou alienação fiduciária, admite expressamente que esses bens sejam de terceiro. Com efeito, no capítulo “Das Garantias da Cédula de Crédito Industrial”, logo após os dispositivos que regulam o penhor cedular, a hipoteca cedular e a alienação fiduciária, encontra-se, como dispositivo final, o citado art. 28 que reza, no *caput*, sem qualquer restrição: “Os bens vinculados à cédula de crédito industrial continuam na posse imediata do emitente, ou do Terceiro Prestante da Garantia Real, que responderá por sua guarda e conservação como fiel depositário, seja pessoa física ou jurídica. Cuidando-se de garantia constituída por terceiro, este e o emitente da cédula responderão solidariamente pela guarda e conservação dos bens gravados”. E, no parágrafo único, onde determina que não se aplica o disposto neste artigo ao penhor cedular que tenha por objeto “letras de câmbio, promissórias, duplicatas, conhecimentos de embarques, ou conhecimento de depósitos, unidos aos respectivos *warrants*”, esclarecendo que isso ocorre “inclusive em consequência do endosso”, continua a não fazer restrição alguma quanto à alienação fiduciária (ob. cit., cap. II, n. 14, p. 100-101).

O *caput* do art. 2º, ao determinar que, vendido o bem alienado fiduciariamente, o credor aplique o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e, em havendo saldo restante, o entregue ao devedor, por óbvio quis referir-se ao alienante e não ao devedor do mútuo. Se assim não fosse, chegaríamos ao absurdo de contemplar o mutuário inadimplente com eventual excesso obtido

na venda dos bens do garante. Nessa hipótese, o devedor do mútuo, além de não cumprir com sua obrigação, receberia o remanescente do dinheiro da venda. E o alienante além de pagar a dívida do mutuário, ainda estaria obrigado a repassar-lhe o que sobejasse do produto da alienação dos bens que dera em garantia.

Tais considerações mostram-se relevantes à determinação do exato sentido da norma *sub examen*.

Do exposto, deduz-se:

a) que, não obstante indistintamente considerados pela lei, devedor e alienante podem ser pessoas diversas;

b) que o vocábulo “devedor” empregado no DL n. 911/1969 deve ser interpretado no sentido de abranger o terceiro que se disponha, alienando fiduciariamente coisa própria, a garantir débito de outrem;

c) que a comprovação da mora faz-se necessária tão-soramente para o ajuizamento da busca e apreensão contra o depositário do bem cuja propriedade resolúvel foi transferida ao credor.

Daí a conclusão de que o objetivo da lei, ao exigir a comprovação documental da mora ou inadimplemento para o aforamento da ação de busca e apreensão, foi essencialmente prevenir que o alienante viesse a ser surpreendido com a subtração repentina dos bens dados em garantia, sem, antes, inequivocadamente cientificado, ter oportunidade de, desejando, saldar a dívida garantida e, assim, conservá-los em seu poder.

Na execução, por exemplo, o executado é citado para pagar ou oferecer bens à penhora. Dá-se-lhe a oportunidade de saldar o débito exequendo, antes da constrição judicial sobre seus bens.

Isso, porém, não ocorre com a busca e apreensão, tal como disciplinada pelo Decreto-Lei n. 911/1969. O art. 3º desse diploma legal determina a concessão liminar da medida, *inaudita altera parte*, desde que comprovada a mora do devedor. Por intermédio do procedimento extrajudicial (carta registrada ou protesto) é que, portanto, confere-se ao alienante a oportunidade de, pagando a dívida, reaver a propriedade integral dos bens dados em garantia.

Assim, dada a possibilidade de deferimento liminar da busca e apreensão, impõe-se verificar se o possuidor direto dos bens alienados fiduciariamente, inequivocadamente cientificado da mora, prefere realmente entregá-los ao credor para futura venda a terceiros, ou, ao contrário, prefere saldar a obrigação garantida e, assim, implementando a condição a que está sujeita a resolubilidade da propriedade fiduciária, obter a restituição do pleno domínio sobre os mesmos.

Teleologicamente, a norma em questão procurou resguardar o fiduciante (alienante) de inadvertidamente sofrer os efeitos da busca e apreensão, por vezes danosos e causadores de prejuízos irreparáveis.

No caso em tela, *verbi gratia*, o recorrente, tendo alienado fiduciariamente dois tratores para garantir dívida de outrem, viu-se, em razão da mora deste, surpreendido com a visita do oficial de justiça portando mandado de busca e apreensão. Esses tratores, muito provavelmente, estavam sendo utilizados na lavoura e sua falta pode ter-lhe acarretado graves conseqüências. Tivesse sido cientificado da mora ou do inadimplemento da devedora do mútuo poderia ter optado por quitar o débito, subrogando-se no crédito, a teor do art. 6º do Decreto-Lei n. 911/1969.

Quanto ao particular, ainda o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal observa:

Ademais, se o alienante for terceiro que não o próprio devedor (e, por conseqüência, tiver havido garantia de terceiro), e se ele, alienante, pagar o débito, será um terceiro interessado, mas se sub-rogará apenas no crédito, uma vez que não poderá sub-rogar-se na propriedade fiduciária, como garantia contra o não pagamento por parte do devedor, por ser sua a coisa alienada fiduciariamente. É certo que, nesse caso, a propriedade plena do bem, que até então garantia a dívida, retorna ao terceiro alienante. Este, se o crédito em que se sub-rogou era garantido apenas pela propriedade fiduciária, se torna mero credor quirográfico; se havia outras garantias ou privilégios, sub-rogar-se-á neles, por força do art. 988 do Código Civil. (ob. cit., cap. III, n. 30, p. 205).

Entendo, portanto, que se impunha a comunicação ao garante. A exigência legal de comprovação da mora dirige-se, em *ultima ratio*, ao alienante depositário, réu da ação de busca e apreensão, que não necessariamente é o devedor do mútuo. Este, porque responsável principal pela quitação das parcelas ou do total da dívida, ao não promovê-la, passa a ter consciência de sua mora. A carta registrada ou protesto ao mesmo endereçado destina-se tão-somente a fazer prova, para fins meramente processuais. Já em relação ao garante, além do escopo, probatório, a providência notificatória traz-lhe ao conhecimento a circunstância de encontrar-se em mora o devedor principal do mútuo e, por decorrência, competir-lhe: ou pagar a dívida, subrogando-se no crédito, ou entregar os bens alienados fiduciariamente ao credor. A inércia é que faz surgir a mora em relação ao alienante depositário e legitima o credor fiduciário a propor a ação de busca e apreensão.

De tal circunstância decorre o entendimento de que na expressão “devedor”, constante o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/1969, está englobado o alienante, devendo a comprovação da mora ser efetivada também em relação a ele.

A propósito, o próprio acórdão recorrido, às fls. 86, reconhece:

A rigor, a despeito de respeitável opinião em contrário, o *devedor* aludido no art. 3º do Decreto-Lei n. 911 é o alienante do bem que se pretende obter por via da ação em apreço.

Em face do exposto, conhecendo do recurso, dou-lhe provimento para, julgando o recorrido carecedor da ação, extinguir o processo sem julgamento do mérito, invertendo o ônus da sucumbência em relação ao recorrente.