



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
TRABALHO DE CONCLUSÃO DO CURSO DE DIREITO
VICTORIA MAIA FLYNN

**O DIREITO DE PREFERÊNCIA NOS CASOS DE CITAÇÃO POR EDITAL NA
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL**

GOIÂNIA, 2020

VICTORIA MAIA FLYNN

**O DIREITO DE PREFERÊNCIA NOS CASOS DE CITAÇÃO POR EDITAL NA
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).

Orientadores: Roberta Cristina de M. Siqueira e Germano Campos Silva

GOIÂNIA, 2020

VICTORIA MAIA FLYNN

**O DIREITO DE PREFERÊNCIA NOS CASOS DE CITAÇÃO POR EDITAL NA
ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BEM IMÓVEL**

Data da Defesa: de de 2020

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota

Examinador Convidado: Prof. Titulação e Nome Completo

Nota

DEDICATÓRIA

Primeiramente á Deus que me proporcionou sabedoria e discernimento.

*Aos meus pais Sean Patrick Flynn e Telma Porto Maia,
pelas lições de dedicação, educação e paixão a vida.*

À minha irmã Mariana Maia Flynn, fonte de inspiração e apreço.

*Ao meu mais especial amigo e confidente, Fernando Henrique Azevedo de Araújo,
por compartilhar o amor pelo direito.*

Aos demais amigos e familiares, que sempre me auxiliaram.

ADECIMENTOS

Esta dissertação, embora fruto de incontáveis horas solitárias, certamente não poderia ter sido concluída sem a ajuda e o estímulo de pessoas fundamentais. Sem a pretensão de apontar todos aqueles que, de alguma forma, colaboraram direta ou indiretamente com a elaboração deste trabalho, agradeço, em primeiro lugar ao meu chefe e futuro colega de profissão, Frederico Rodrigues, por todo aprendizado, inspiração ao tema, puxões de orelha e amizade ao longo destes anos.

Agradeço também a todos os meus professores orientandos, por quem tenho enorme apreço, pela segura orientação e pelos valiosos subsídios para a realização deste trabalho. Sou grata, igualmente, a meus amigos da graduação os quais fizeram grande parte da minha rotina. Por fim, não poderia deixar de agradecer o apoio incondicional dos meus familiares, que fazem de tudo pelo meu crescimento pessoal e profissional.

SUMÁRIO

RESUMO	7
INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I – ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	11
1.1 CONCEITUAÇÃO E BREVE ANÁLISE LEGAL.....	11
1.2 FORMAS DE CITAÇÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA CONSOANTE PREVÊ A LEI Nº 9.514 DE 1997	14
1.3 DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE	18
CAPÍTULO II – DO DIREITO A PREFERÊNCIA	22
2.1 CONCEITUAÇÃO E BREVE ANÁLISE HISTÓRICA.....	22
2.2 APLICAÇÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	24
CAPÍTULO III – EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS	27
3.1 JURISPRUDÊNCIA FAVORÁVEIS	27

3.2 NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA	33
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	38

RESUMO

O presente trabalho visa a demonstração da necessidade de notificação pessoal para exercício do direito de preferência na Alienação Fiduciária, principalmente nos casos de notificação edilícia para purgação da mora, haja vista a fragilidade deixada pela Lei quanto a aplicação da citação por edital na alienação fiduciária. Ressalta-se que a citação por edital na alienação fiduciária para purgação da mora, além de ser *juris tantum*, não comprova o status de local ignorado, incerto ou inacessível do devedor Fiduciante, o que debilita o exercício do direito a preferência, pois esta última, limita-se a uma simples carta dirigida ao endereço do devedor, que não necessita de confirmação de recebimento, e que sozinha não induz ciência do procedimento expropriatório corrente, causando assim uma consequente perda do bem imóvel, que poderia simplesmente ser evitada, se houvesse a necessidade de notificação pessoal para exercício do direito de preferência.

Palavras-chave: *Necessidade de notificação pessoal. Alienação fiduciária de bem imóvel. Direito de preferência.*

INTRODUÇÃO

A corrente monografia, subdividida em três capítulos, tem o intuito de demonstrar aos leitores, a necessidade da notificação pessoal dos Fiduciantes devedores, acerca dos leilões para o exercício do direito a preferência na alienação fiduciária, principalmente nos casos de citação por edital, uma vez que os devedores, se mostram sobejos a fragilidade quanto aos Fiduciários, já que acabam por não saberem do início do processo de consolidação da propriedade fiduciária e concluem-se por malograr seus imóveis em razão da citação editalícia.

Para tanto, o primeiro capítulo é totalmente voltado á Lei da Alienação Fiduciária de bens imóveis, número 9.514 de 1997, tanto em seus aspectos conceituais, como todo o procedimento executório realizado no Cartório de Registro de Imóveis. Já o segundo capítulo é direcionado ao tema direito de preferência, no que concerne ao conceito, brevíssima análise histórica e a relação do direito de preferência na alienação fiduciária. E por último, no terceiro capítulo desta monografia, demonstra-se a necessidade de da notificação pessoal dos Fiduciantes devedores para o exercício do direito a

preferência na alienação fiduciária de bens imóveis, através de jurisprudências favoráveis dos Egrégios Tribunais de Justiça do Brasil e Superior Tribunal de Justiça, bem como análise doutrinária.

O direito a purgação da mora e conseqüentemente o direito a preferência ao imóvel até a adjudicação em leilão são direitos inerentes ao Fiduciante que devem ser amparados pela lei e por conseguinte respeitados e aplicados.

No caso em tela, somente o direito a purgação da mora é protegido pela necessidade de notificação pessoal, tornando assim o exercício do direito a preferência árduo, já que acaba por aumentar a desigualdade entre o Fiduciante e o Fiduciário e de modo conseqüente fragiliza o direito do Devedor que na maioria das vezes, em razão da citação editalícia, não é “informado” do início do processo de consolidação da propriedade, e acaba por malograr o imóvel.

Sendo assim, o Fiduciante não fica sabendo do processo de consolidação da propriedade, já que fora citado por edital, o que perpassa ao não exercício do direito de preferência para arremate do imóvel na hora do leilão, exatamente em razão deste desconhecimento do processo expropriatório.

Tais fatos só corroboram para o esquecimento do instituto do direito de preferência, motivo pelo qual se perfaz necessário ser aclamado com a necessidade de notificação pessoal, a fim de que nenhum devedor fiduciante malogre o bem imóvel sem ter a oportunidade de exercer um direito a ele inerente.

Para que se responda ao problema apresentado, se atinja uma compreensão de sentido e das características do denominado “direito de preferência na alienação fiduciária” e se possibilite o diálogo refletindo sobre as condições de possibilidade de uma resposta intersubjetiva válida, (STRECK, 2014, p. 260) é necessário indicar a metodologia deste artigo.

Esclarece-se sobre a metodologia de procedimento e a de abordagem. A primeira utilizará o procedimento monográfico, com a análise da literatura jurídica e de

outras áreas do saber. A segunda se baseará em uma linha crítico-metodológica, lastreada em uma teoria crítica ¹ da realidade que compreende o Direito como problema e como uma “rede complexa de linguagens e de significados” (GUSTIN, 2013, p. 21).

Desta forma, o contemporâneo trabalho vêm, através de um complexo estudo da realidade vivida por diversos brasileiros, somado a literaturas jurídicas, demonstrar a indispensável necessidade de notificação pessoal do devedor fiduciante acerca dos leilões do bem imóvel, a fim de que exerça o seu direito de preferência, bem como certificar que a citação por edital para a purgação da mora é insuficiente e não garante o conhecimento por parte do Fiduciário acerca do processo de consolidação da propriedade, restando portanto ao devedor o direito a preferência no imóvel até a alienação em leilão, que somente será realizado com a notificação pessoal do Fiduciante.

¹ O sentido de crítica, positiva ou negativa, para esta pesquisa não está necessariamente vinculado a uma específica linha teórica da Escola de Frankfurt, em seus vários vieses, embora deles se possam apreender ensinamentos deveras importantes, mas sim a uma perspectiva de testabilidade do sentido atribuído aos institutos jurídicos pelos intérpretes, operadores do direito e (ou) juristas, por meio das instituições (ou não) e a sua adequabilidade àquilo que se encontra na multiplicidade do real, rejeitando-se dogmas e pensando o Direito como problema. Sobre o assunto, por exemplo, veja: SANTOS COELHO, 2012.

CAPÍTULO 1

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

1.1 CONCEITUAÇÃO E BREVE ANÁLISE LEGAL

Criada em 1997, a Lei da Alienação Fiduciária (Lei nº 9.514/97) foi um grande avanço aos modelos de garantias reais existentes, como era a hipoteca, o penhor e a anticrese, pois nestes o titular da garantia tem um direito real sobre coisa alheia, enquanto na alienação fiduciária o devedor – fiduciante, transmite ao credor - fiduciário a propriedade imobiliária de maneira resolúvel, passando o imóvel a garantir a dívida e uma vez quitado, retorna a propriedade do Devedor – fiduciante.

Bem entende Melhim Chalub acerca da Alienação Fiduciária:

O negócio de natureza fiduciária é negócio bilateral composto por dois acordos que

criam uma situação *sui generis*, pela qual uma parte (alienante-fiduciante) transmite a propriedade de certos bens à outra parte (adquirente-fiduciário), que, embora passe a exercer os direitos de proprietários, erga omnes, assume, no campo obrigacional, nas suas relações com o fiduciante, o dever de dar aos bens adquiridos a destinação determinada pelo próprio fiduciante e com esta acordada na forma do citado pacto adjeto. (2009, p. 9/10)

Nas palavras de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves, alienação fiduciária é:

Como negócio jurídico bilateral, perfaz-se a alienação fiduciária quando o credor fiduciário adquire a propriedade resolúvel e a posse indireta de bem imóvel (excepcionalmente de imóvel), em garantia de financiamento efetuado pelo devedor alienante – que se mantém na posse direta da coisa -, resolvendo-se o direito do credor fiduciário com o posterior adimplemento da dívida garantida. (2020, p.1059)

Assim sendo, o Credor - fiduciário acaba por ser o proprietário do imóvel até a quitação da dívida, momento este que transformará o Devedor – fiduciante de, possuidor direto para único proprietário do bem imóvel.

Nas palavras de Henrique Rodrigues e Juliana Satti:

O bem dado em garantia passa a ter dois proprietários, um com direito à propriedade chamada fiduciária (o credor), e outro com a propriedade fiduciante (o devedor). Dessa maneira, nenhum deles tem a propriedade plena sobre o bem, o qual fica destacado ao atendimento específico da garantia. (2018)

Importante ressaltar que a alienação fiduciária não surgiu com a Lei nº 9.514, mas pelo contrário, o primeiro momento em que o Direito brasileiro admitiu e regulamentou a alienação fiduciária foi através da Lei nº 4.728 de 1965, mais especificamente no artigo 66, que disciplinava o mercado de capitais e estabelecia medidas para o seu desenvolvimento (ALVES, 1979, p. 7).

Ocorre, contudo, que tal *codex* limitava-se apenas a alienação de bens móveis, e nunca imóveis, além de que, não disciplinava o meio judicial pelo qual o Credor - fiduciário poderia executar o Devedor - fiduciante em caso de inadimplência, o que por si só já gerava tamanhas complicações.

A fim de sanar tal omissão, foi editado o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, que alterou a Lei nº 4.728/1965 e estabeleceu normas processuais e materiais sobre alienação fiduciária de bens móveis, cujo artigo 1º deu nova redação ao artigo 66 da Lei nº 4.728/1965.

Somente em 1997 com a criação da Lei nº 9.514 é que a Alienação fiduciária de bens imóveis foi regulamentada, com uma pequena alteração realizada pela Lei nº 13.465 de 2017, a qual é aplicada até os dias atuais.

Antes mesmo de ser regulamentada no Brasil, a alienação fiduciária já era praticada pelos brasileiros com inspiração nos Romanos, estes criadores deste modelo de garantia. A fidúcia para os romanos era um contrato pelo qual alguém (o credor - fiduciário) recebia de outrem (o devedor – fiduciante) a propriedade de um bem infungível, obrigando-se de acordo com o estabelecido no contrato (*pactum*) até o ato de entrega, em que poderia restituí-la ao fiduciante, ou a dar-lhe determinada destinação (RODRIGUES, 2014).

Assemelhando em diversos pontos com o direito romano, a Lei nº 9.514 de 1997 veio exatamente como um regulamentador da prática já existente, uma verdadeira necessidade dos brasileiros que praticavam a alienação fiduciária sem amparo legal para a sua execução.

Estudando-se a evolução das garantias reais no direito romano – da fidúcia à hipoteca -, verifica-se que, desde tempos remotos, houve a preocupação, ao se criarem os institutos da tutela ao crédito, de se conciliar a proteção do direito do credor - fiduciário com a menor soma possível de inconvenientes para o devedor – fiduciante (ALVES, 1979, p.1).

Desde que criada, a Alienação Fiduciária passou a ser uma das garantias preferidas dos bancos e credores em geral, dada a sua agilidade de execução, em casos de inadimplência do devedor – fiduciante. Quando comparada a outras modalidades de garantias imobiliárias, ela estabelece segurança jurídica nas relações de comércio, determinando diminuição no grau risco, inerente às operações comerciais.

Além disso, a alienação fiduciária é muito utilizada pela população em geral que em razão dos baixos juros, conseguiram obter dos bancos os empréstimos necessários para a aquisição do bem. Desta forma, a Alienação Fiduciária abrangiu o

leque de classes sociais anteriormente abarcada pelos Investidores e garantidores, possibilitando assim que até mesmo a menor classe social conseguisse a garantia imobiliária, e conseqüentemente assim, a possibilidade de aquisição de um imóvel.

A Alienação fiduciária foi realmente um avanço em vista as demais garantias reais existentes, uma vez que possibilitou uma abertura de empréstimos não antes existentes, além de facilitar o modo como a dívida é garantida, neste caso, pelo próprio bem imóvel tido como empréstimo, ou seja, a circulação de crédito imobiliário, sem obstáculos (CHALUB, 2009, p.235).

Este modelo de garantia real não é específico dos bancos, como muitos imaginam, pelo contrário, conforme aduz o artigo 22, §1º do mencionado *codex*, a alienação fiduciária pode ser contratada tanto por pessoa física, quanto pessoas jurídicas, sendo estas não necessariamente privativas das entidades que operam o Sistema Financeiro Imobiliário, como por exemplo as instituições financeiras.

Importante ressaltar que para a validade da Alienação Fiduciária, se perfaz necessário o registro da garantia na matrícula do imóvel em discussão, uma vez que ela dispensa a intervenção do judiciário e se desenrola perante o Cartório de Registro de Imóveis, ou seja, procedimento extrajudicial, tornando assim uma garantia de rápida constituição e conseqüentemente rápida execução.

1.2 FORMAS DE CITAÇÃO NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA CONSOANTE PREVÊ A LEI Nº 9.514 DE 1997.

Sendo então a Alienação Fiduciária uma garantia de vertiginosa execução, pela qual se desdobra no Cartório de Registro de Imóveis, necessário compreender como é realizada a efetivação desta garantia para assim se discutir a necessidade ou não da notificação pessoal, qual seja tema da pesquisa.

Inicialmente, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida consernente

a garantia fiduciária, tornar-se-á o devedor – fiduciante em mora e conseqüentemente insurgirá ao credor - fiduciário o direito ao início da execução.

Apesar da Lei em seu artigo 26, *caput*, definir como instantânea a mora do Devedor – fiduciante no momento em que este deixa de efetuar o pagamento da garantia, a execução desta somente poderá ocorrer após uma série de passos, previstos nos consecutivos parágrafos do mencionado artigo. Assim sendo, após a constituição da mora do devedor – fiduciante, deverá o credor - fiduciário comparecer ao Cartório de Registro de Imóveis e requerer ao Oficial a consolidação da propriedade fiduciária, ou seja, o credor - fiduciário requesta para que o imóvel dado em garantia passe então efetivamente para o seu nome, tornando-se assim factual proprietário.

Assina Orlando Gomes (1975, p. 51), que a Lei exige a notificação do devedor – fiduciante, sendo desnecessária qualquer interpelação, salvo o caso em que não houver prazo assinado, “para que o credor se documente, praticando ato que torne inequívoco o comportamento do devedor – fiduciante”.

Importante ressaltar que, antes mesmo do Credor - fiduciário requerer o pedido de intimação do devedor – fiduciante, devem as partes respeitarem o prazo de carência previsto no contrato firmado, pelo qual o devedor – fiduciante poderá reallizar o pagamento da dívida. Esta carência é obrigatória em todos os contratos e segue uma referência de 30 a 60 dias.

Como exigência legal, o devedor – fiduciante será intimado pessoalmente através do Oficial do cartório para que no prazo de 15 dias possa purgar a mora, ou seja, satisfazer a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, os juros convencionais, as penalidades e os demais encargos contratuais, os encargos legais, inclusive tributos, as contribuições condominiais imputáveis ao imóvel, além das despesas de cobrança e de intimação.

A purgação da mora nada mais é do que a desvinculação da obrigação anteriormente adquirida pelo devedor – fiduciante em razão da quitação das parcelas já vencidas. No caso em tela, com a purgação da mora, resolve-se a propriedade fiduciária.

Tal intimação far-se-à pessoalmente ao devedor – fiduciante, seu representante legal ou procurador regularmente constituído, seja ela pelos correios através de AR, ou seja pelo próprio Oficial do Cartório, o qual constará o aviso de recebimento. Tal intimação é imprescindivelmente pessoal justamente em razão do grande risco que o Devedor – fiduciante corre ao não realizar o pagamento da dívida, pois em se tratando de bens imobiliários, a perda a que se trata este modelo de garantia, que em sua grande maioria, são as próprias residências dos devedores – fiduciantes.

Em caso do devedor – fiduciante não ser encontrado pelo Oficial do cartório, e havendo suspeita motivada de ocultação, far-se-a a intimação de qualquer pessoa da família ou vizinho do devedor – fiduciante, de que, no dia útil imediato, retornará ao imóvel, a fim de efetuar a intimação, na hora que designar, aplicando-se subsidiariamente o Código de Pocesso Civil, no que concerne a citação por hora certa, ou, nos condomínios edilícios ou outras espécies de conjuntos imobiliários com controle de acesso, poderá o Oficial intimar o funcionário da portaria responsável pelo recebimento de correspondência, o qual valerá da mesma maneira que os demais.

Empenhado o Oficial do cartório na intimação, mas não efetivado, poderá o credor - fiduciário requerer a citação por edital do devedor – fiduciante, conforme aduz o artigo 26, §4º da Lei nº 9.514/97:

Art.26 (...)

§ 4º Quando o fiduciante, ou seu cessionário, ou seu representante legal ou procurador encontrar-se em local ignorado, incerto ou inacessível, o fato será certificado pelo serventuário encarregado da diligência e informado ao oficial de Registro de Imóveis, que, à vista da certidão, promoverá a intimação por edital publicado durante 3 (três) dias, pelo menos, em um dos jornais de maior circulação local ou noutro de comarca de fácil acesso, se no local não houver imprensa diária, contado o prazo para purgação da mora da data da última publicação do edital.

Ocorre que a citação editalícia a que se trata o parágrafo mencionado, muitas vezes, não recai sobre um devedor – fiduciante em local ignorado, incerto ou inacessível, mas pelo contrário, o que ocorre é que procedida a tentativa de citação pessoal do devedor – fiduciante ou de seus familiares, conforme mencionado, e restando negativa a citação, o

devedor – fiduciante já é arrolado como em local ignorado, incerto ou inacessível, sem mesmo achar-se nestas situações.

Ora, tal prática faz-se extremamente absurda, pois o que verifica-se não é a incerteza quanto ao local de residência do Devedor – fiduciante, mas sim a sua ausência no momento de entrega da notificação pelo Oficial do cartório. Muitas vezes, inclusive, tal entrega se faz em horários comerciais, ou seja, em momentos que claramente o devedor – fiduciante não estará e por não serem encontrados, são caracterizados como se estivessem em local ignorado, incerto ou inacessível e acabam sendo citados por edital, antes mesmo de uma nova tentativa de localização em horário diverso, ou de citação por hora certa.

Apesar da citação editalícia ser excepcional, tal medida na alienação fiduciária é tratada mais como convencional e diária.

No caso em tela, não podemos dizer que foram esgotadas todas as tentativas, e muito menos alegar que estão em local ignorado, incerto ou inacessível, quais sejam requisitos básicos para o requerimento de citação por edital. O que realmente ocorre é que o simples fato do devedor não ser encontrado em sua residência já induz a citação por edital.

Consoante aduz o Código de Processo Civil em seu artigo 256:

Art. 256. A citação por edital será feita:

I - quando desconhecido ou incerto o citando;

II - quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar o citando;

III - nos casos expressos em lei.

§ 1º Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória.

§ 2º No caso de ser inacessível o lugar em que se encontrar o réu, a notícia de sua citação será divulgada também pelo rádio, se na comarca houver emissora de radiodifusão.

§ 3º O réu será considerado em local ignorado ou incerto se infrutíferas as tentativas de sua localização, inclusive mediante requisição pelo juízo de informações sobre seu endereço nos cadastros de órgãos públicos ou de concessionárias de serviços públicos. (BRSIL, 1967)

Como se percebe da citação acima, nenhum dos requisitos da citação editalícia é realmente preenchido, implicando em dispêndio com devedor – fiduciante.

Apesar de ser um facilitador, o instituto da citação por edital por outro lado é bastante prejudicial aos devedor – fiduciantees, pois ele afronta o contraditório, a ampla defesa e a paridade entre as partes, princípios básicos que regem o ordenamento jurídico, em especial a Carta Magna de 1988.

Além do mais, a menor que seja das possibilidades de alguém perder um bem imóvel, como a sua própria residência, já deveriam ser motivos ensejadores para uma maior proteção e atenção, o que não é.

Sendo assim, percebe-se a fragilidade deixada pela Lei quanto aos modelos de citação e conseqüentemente a aplicação da citação por edital na alienação fiduciária, que corroboram para a bola de neve que a consolidação da propriedade na Alienação Fiduciária pode se tornar, bem como fragilizam o exercício do direito de preferência.

1.3 DA CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE

Após todo o processo de citação do devedor – fiduciante, transcorrido o prazo de 15 dias para a purgação da mora e não efetuado o pagamento da dívida, poderá o Credor - fiduciário requerer ao Oficial competente do Cartório de Registro de Imóveis que officie tal fato e conseqüentemente seja procedida a consolidação da propriedade em nome do credor - fiduciário para que assim possa ser dado seguimento ao processo de execução fiduciária.

Para que seja realizada a consolidação da propriedade são indispensáveis a juntada por parte do credor - fiduciário de alguns documentos, como o imposto de transmissão *inter vivos* (ITBI), o comprovante de requerimento da consolidação da propriedade, o contrato entre as partes, e principalmente o ofício ou edital que comprove a notificação do devedor – fiduciante.

Procedida a consolidação da propriedade, o imóvel dado em garantia passa a ser de propriedade do credor - fiduciário que, em razões legais, é obrigado a adjudicá-lo em leilão.

Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho:

Quando a alienação fiduciária em garantia tem por objeto bem imóvel, não é o caso de busca e apreensão ou depósito. Os direitos do credor fiduciário tornam-se efetivos por meio da consolidação, em seu nome, da propriedade. Essa consolidação decorre da falta de emenda da mora, perante o Registro de Imóveis, pelo devedor regularmente intimado (Lei nº 9.514/97, art. 26) - (2011, p.171):

Bem como de Melhim Chalub (2009, p.254) “Frustrada a condição para aquisição da propriedade pelo devedor – fiduciante, consolida-se a propriedade no devedor – fiduciante, mediante averbação na matrícula do imóvel, caso o devedor – fiduciante não purgue a mora no prazo de notificação que receber do credor - fiduciário.”

A Lei da Alienação Fiduciária é expressa quanto á atribuição do imóvel dado em garantia, uma vez que o credor - fiduciário, apos a consolidação da propriedade, não pode automaticamente usufrir do bem como se seu fosse, nem mesmo tê-lo para si, uma vez que o interesse do credor - fiduciário é apenas receber o valor pecuniário da garantia, devendo portanto levá-lo a leilão, com ressalva dos efeitos dação em pagamento (artigo 26, §8º da Lei nº 9.514).

Sendo assim, a Lei nº 9.514 de 1997 trouxe a necessidade do bem imóvel ser levado a praça por duas vezes. Não havendo arrematante após os dois leilões, escolherá o Alienante a melhor forma de desfazer-se do bem, ou apenas tê-lo para si.

O primeiro leilão realizar-se-á no prazo de 30 dias da data da consolidação da propriedade, como estabelece o artigo 27 do respectivo *codex* (CHALUB, 2009, p. 261). Neste prazo, deverá o credor - fiduciário cientificar o devedor – fiduciante acerca do leilão.

A publicidade a qual trata-se a Lei, nada mais é do que a possibilidade de terceiros terem ciência da ocorrência do leilão para uma decorrente arrematação, bem como do devedor – fiduciante exercer seu direito de preferência no imóvel, uma vez que

deve ser comunicado através de correspondência dirigida ao endereço constante do contrato, conforme artigo 27, §2-A da Lei nº 9.514 de 1997 e tratado no próximo capítulo.

Dado publicidade, será realizado o primeiro leilão, qual será posto pelo valor da avaliação do imóvel e somente poderá ser arrematado por um montante igual ou superior à avaliação. Em caso de não arrematação, será marcado um segundo leilão nos próximos 15 dias, também sobre a mesma publicidade.

No segundo leilão o valor do imóvel será arrematado pelo maior lance oferecido, desde que este valor seja igual ou superior ao valor da dívida, das despesas, dos prêmios de seguro, dos encargos legais, inclusive tributos, e das contribuições condominiais.

Arrematado, o credor - fiduciário agora chamado apenas de credor, deverá até 5 dias posteriores a arrematação efetuar a entrega ao devedor – fiduciante, chamado de devedor – fiduciante, dos valores que excederem a dívida, considerando-se nela compreendido o valor da indenização de benfeitorias, depois de deduzidos os valores da dívida e das despesas e encargos com os leilões e tal fato importará em recíproca quitação.

Agora, caso o valor da dívida seja superior ao valor arrematado do imóvel, este fato também importará em quitação com o devedor – fiduciante, uma vez que esta modalidade de garantia real possibilita que o credor - fiduciário assuma de maneira anterior o risco do bem imóvel ser arrematado por valor menor que a dívida e conseqüentemente assim, este tem ciência que em caso de não pagamento o bem dado como garantia deve satisfazer a dívida, sob pena de ficar sob prejuízo.

Fato é, realizado o leilão e havendo um arrematante, o Credor - fiduciário que havia sido citado por edital, e intimado dos leilões com apenas um encaminhamento para o endereço do contrato (sem necessidade de confirmação de recebimento), deverá se retirar do bem sem ao menos ter tido ciência e oportunidade de reaver o imóvel em tempo.

Sendo assim, o instituto facilitador que seria a Alienação fiduciária, acaba por ser um destruidor de sonhos, já que não oportuniza ao devedor – fiduciante a possibilidade de verdadeiramente reaver o seu bem consolidado, uma vez que a prática se dá sob a

égide da citação por edital e da desnecessidade de notificação pessoal para o exercício do direito de preferência.

CAPÍTULO 2

DO DIREITO A PREFERÊNCIA

2.1 BREVE ANÁLISE HISTÓRICA E CONCEITUAÇÃO

A primeira concepção acerca do direito de preferência, surgiu por volta de 753 antes de Cristo, através do “*pactum protimiseos*” do direito romano. Ocorre, que foi somente através do ordenamento jurídico português, com as Ordenações Filipinas é que o Brasil começou a implementar esta modalidade de cláusula especial, exatamente porque, a sua aplicação era (e ainda é) extremamente utilizadas no dia-a-dia, através, por exemplo, do negócio jurídico da compra e venda. (JUNIOR, Otávio Luiz, 2008, p.375)

No Brasil, as duas grandes fontes do direito de preferência, inclusive que deram origem ao instituto no país, são a Lei (Código Civil e legislação extravagante) e o negócio jurídico, não havendo assim, por conseguinte, direito de preferência que não decorra de uma previsão legal ou algum negócio Jurídico. Nas palavras de Paulo Luiz Netto Lobo “não há direito de preferência tácito. Depende da existência de cláusula expressa, em virtude de consistir em forte restrição ao tráfego jurídico e à liberdade contratual” (2003, p. 171)

No ordenamento jurídico pátrio, o direito de preferência, tratado de modo assistemático pelo legislador, poderia ser representado por um grande mosaico. No que tange aos direitos legais de prelação, as normas encontram-se dispersas no código civil (BRASIL, 2002) e em legislações especiais, quando, por alguma razão, considerou-se prudente atribuir essa espécie de direito a certos sujeitos, nas mais variadas situações. (LGOW, 2012)

O direito de preferência convencional, também denominado pacto de preferência, não há, no Brasil, regramento legislativo geral a respeito, havendo, apenas, previsões legais esparsas de direito de preferência que podem ser contratados pelas partes, a exemplo do pacto de preempção e do pacto inserido em acordos de acionistas de sociedades anônimas. A rigor, entretanto, não há necessidade de previsão legislativa expressa para cada espécie de pacto de preferência, na medida em que tal pactuação é expressa da própria autonomia privada. (CHALRÉO, 2012)

Em razão de suas profusas aplicações, nos mais diversos negócios jurídicos existentes, não se tem um conceito apenas para o direito de preferência, haja vista a sua alteração consoante o modelo jurídico optado.

Contudo, em breves palavras, podemos entender por direito preferência sendo a possibilidade de alguém ter preferência sob um bem em face de terceiros, seja em razão do seu *status* com o bem, seja por questões parentais. Importate frisar que o “bem”, ora mencionado, pode tanto corresponder a imóveis, quanto a móveis, dependendo apenas do objeto da transação jurídica.

Dentre os diversos direitos de preferência existentes, podemos enaltecer

alguns os quais sua utilização se dá de maneira mais convencional e habitual para os brasileiros.

No que concerne a relação com status com o bem, podemos exemplificar a preempção, do latim *pactum protimiseos*, que, nas palavras de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, “é uma espécie de pacto adjeto à compra e venda que assegura ao vendedor o direito de prelação (preferência), em igualdade de condições com terceiros, caso o comprador do bem, móvel ou imóvel, decida vendê-lo ou dar em pagamento.” (CHAVES, 2020, p. 841), Caio Mário também diz que tal direito corresponde a um “pacto acessório à compra e venda, pelo qual o adquirente obriga-se a oferecer o bem comprado a quem lhe vendeu, a fim de que este “use do seu direito de prelação em igualdade de condições” (PEREIRA, p. 216), o direito de preferência na locação, em que o locatário tem preferência na aquisição, caso o locador venha a alienar o bem locado, ou na venda a quem lhe vendeu, ou seja, o comprador, tão somente, se obriga a conceder uma preferência a quem lhe vendeu o bem e o caso da alienação fiduciária, pelo qual o fiduciante possui o direito de adquirir o bem levado a leilão de volta.

Já sob o aspecto das questões parentais, observa-se que sua aplicação se dá na grande maioria dos casos quando existe um condomínio entre os herdeiros, e um deles pretende alienar sua quota parte. Neste caso, os demais herdeiros possuem preferência na aquisição da quota a ser vendida em relação a terceiros, exatamente em razão do instituto do direito de preferência.

Fato é, que o direito de preferência tem aplicação nas mais diversas áreas negociais, sendo um instituto essencial a garantia de direitos básicos, já que garante a uma determinada pessoa a possibilidade de adquirir um bem preferencialmente das demais, ou seja, uma verdadeira regalia protegida por Lei ou negócio jurídico.

2.2 APLICAÇÃO NA ALIEAÇÃO FIDUCIÁRIA

Primeiramente, deve-se enaltecer, que o instituto do direito de preferência, conforme mencionado em tópico anterior, é extremamente utilizado e atrelado ao contrato de alienação, em especial o de compra e venda, contudo, é possível instituir preferência na celebração de outros negócios jurídicos desde de que com ela compatíveis, como é o caso da alienação fiduciária em discussão.

Assim, nada impede que as partes, via pacto de prelação, ou até mesmo a lei, estabeleçam relações jurídicas de preferência envolvendo contratos de locação, contrato de arrendamento, contrato de prestação de serviço, entre outros.

De outro lado, certos tipos contratuais, por sua natureza, são incompatíveis com os elementos essenciais do direito de preferência, a exemplo dos contratos gratuitos, como a doação. Nesta hipótese como inexistente contraprestação do donatário, não há como o preferente equiparar a sua oferta, além de que, a paridade de condições é inerente ao instituto. (LGOW, 2012)

No caso em tela, o direito de preferência na alienação fiduciária nasce com a Lei número 9.514 de 1997, a partir do momento em que a propriedade que era resolúvel, deixa de ser do devedor fiduciante, e é consolidada em nome do credor fiduciário, e este último fica obrigado a realizar a venda do bem em leilões.

Neste momento, conforme expressa previsão legal, especificamente artigo 27 de Lei número 9.514 de 1997, é obrigatório ao fiduciário realizar os leilões para expropriação do bem fruto da alienação fiduciária, bem como, também é exigido no parágrafo 2º-A do mesmo artigo, que o fiduciário dê ciência ao devedor fiduciante acerca das datas e horários dos leilões, a fim de que o último exerça o direito de preferência sob o imóvel e o adquira de volta.

Assim, o direito de preferência na alienação fiduciária decorre de previsão legal, e deve ser protegido em todos os seus aspectos, principalmente no que concerne a ofertar efetiva aplicação.

Quando a lei especifica a necessidade de tornar os leilões públicos, após a consolidação da propriedade, isto inclui também a publicidade do exercício do direito de

preferência do imóvel, exatamente porque, é possível (e na maioria dos casos é o que ocorre) que a notificação pessoal para purgação da mora e de conhecimento do processo de consolidação da propriedade em nome do fiduciário, ocorra através de notificação editalícia, o que, como já analisado em capítulo anterior, não dá ciência alguma do procedimento, acabando o devedor fiduciante por ter seu imóvel malgrado sem sua ciência.

Desta forma, a única maneira de se garantir a ciência do devedor fiduciante acerca das datas e horários dos leilões, bem como acautelar o exercício do direito de preferência é através da notificação pessoal.

O parágrafo segundo A, do artigo 27 da Lei de Alienação Fiduciária de bens imóveis, traz apenas a menção da necessidade de encaminhamento de correspondência ao endereço constante do contrato, para dar ciência ao devedor fiduciante dos leilões, e conseqüentemente, este exercer o direito de preferência, conforme:

Art. 27. Uma vez consolidada a propriedade em seu nome, o fiduciário, no prazo de trinta dias, contados da data do registro de que trata o § 7º do artigo anterior, **promoverá público leilão para a alienação do imóvel**

2º -A. Para os fins do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, as datas, horários e locais dos leilões serão comunicados ao devedor **mediante correspondência dirigida aos endereços constantes do contrato, inclusive ao endereço eletrônico**. (Incluído pela Lei nº 13.465, de 2017).

Ocorre que tal comunicação deve ser entendida pela notificação pessoal do devedor fiduciante. Entendimento contrário cairia em contradição, pois como poderá o Fiduciante exercer o direito de preferência conforme preconiza o artigo 27, §2-A da Lei 9.514 de 1997, se o endereço constante do contrato, fora dado, no momento da primeira notificação para purgação da mora, como local incerto e não sabido pelo Oficial do cartório?? Novamente incorrerá na não ciência do devedor acerca do processo de execução da garantia fiduciária, e o direito de preferência cairá por água.

Visando então a garantia do exercício ao direito de preferência, que é abarcado pela Lei, perfaz-se necessário que a notificação seja pessoal ao fiduciante acerca das datas e horários dos leilões, o que é defendido.

CAPÍTULO 3

EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA NA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS

3.1 JURISPRDÊNCIAS FAVORÁVEIS

A demonstração da necessidade de notificação pessoal para o exercício do direito de preferência, vem ganhando espaço entre o Egrégios Tribunais brasileiros, conforme ementas abaixo arroladas:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROCEDIMENTO DE CONSOLIDAÇÃO DE PROPRIEDADE PROMOVIDO SOB O REGRAMENTO DA LEI N. 9.514/97. SENTENÇA QUE ACOLHE A PRETENSÃO DO CREDOR FIDUCIÁRIO. INSURGÊNCIA DO RÉU. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR FIDUCIANTE ACERCA DO LEILÃO EFETUADO. MATÉRIA INCONTROVERSA NOS AUTOS. **IMPRESINDIBILIDADE DA NOTIFICAÇÃO PESSOAL, TENDO EM VISTA O DIREITO DE PREFERÊNCIA** FACULTADO AO DEVEDOR FIDUCIANTE PARA A AQUISIÇÃO DO IMÓVEL ATÉ A DATA DA REALIZAÇÃO DO SEGUNDO LEILÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CORTE ESTADUAL. "Nos contratos de alienação fiduciária de coisa imóvel, regidos pela Lei nº 9.514/97, **é necessária a intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial**. Precedentes" (AgInt no AREsp 1109712 / SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. em: 24/10/2017). PLEITO DE ANULAÇÃO DO PROCEDIMENTO DE CONSOLIDAÇÃO EM RAZÃO DA NÃO PUBLICAÇÃO DE EDITAL EM JORNAL DE MAIOR CIRCULAÇÃO NO LOCAL DO IMÓVEL. INSUBSISTÊNCIA. PUBLICAÇÃO NO PERIÓDICO "DIÁRIO CATARINENSE". JORNAL DE AMPLA CIRCULAÇÃO, INCLUSIVE NO LOCAL DO IMÓVEL. FINALIDADE DA NORMA ALCANÇADA. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. "Não havendo prejuízo para a parte contrária, tampouco ao próprio processo, e percebendo que o ato atingiu a sua finalidade, é excessivo e indesejável apego ao formalismo declarar o ato nulo, impedindo a geração dos efeitos jurídico-processuais programados pela lei. Fundamentalmente, esse aproveitamento do ato viciado, com as exigências descritas, representa o princípio da instrumentalidade das formas, que naturalmente tem ligação estreita com o princípio da economia processual." (Manual de direito processual civil - volume único. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 247). RECURSO PROVIDO PARA CASSAR A SENTENÇA E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O SEU REGULAR PROCESSAMENTO, COM A DESIGNAÇÃO DE NOVA HASTA PÚBLICA. (TJ-SC - AC: 03002313720188240144 Rio do Sul 0300231-37.2018.8.24.0144, Relator: Carlos Adilson Silva, Data de Julgamento: 07/05/2020, Primeira Câmara de Direito Comercial)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ALIENAÇÃO EXTRAJUDICIAL. LEILÃO. **NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS DEVEDORES**. IMÓVEL ARREMATADO. NULIDADE. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. 1. A Lei nº 13.465/2017 promoveu uma alteração na Lei nº 9.514/97 para impor ao credor fiduciário o dever de comunicar ao devedor os horários e locais dos leilões mediante correspondência dirigida aos endereços constantes dos contratos, inclusive ao endereço eletrônico (artigo 27, § 2º-A). 2. A finalidade da norma é facultar ao devedor o direito de preferência na aquisição do imóvel pelo preço correspondente ao valor da dívida, somado aos encargos e despesas do imóvel, desde que o faça no período compreendido entre a averbação da consolidação da propriedade fiduciária e a realização do segundo leilão (§ 2º-B). 3. **Não obstante à alteração legislativa da Lei nº 9.514/97 pela Lei nº 13.465/2017, em observância ao devido processo legal, constitui requisito indispensável à validade da alienação do imóvel a intimação pessoal do devedor acerca da data, local e hora do leilão a ser realizado,**

apenas se admitindo a intimação por edital na hipótese de não ser conhecido o seu paradeiro. Precedentes do c. STJ e deste e. TJDFT. 4. A legislação de regência objetiva proteger os devedores **Fiduciantes, mesmo depois de constituídos em mora, ao garantir o direito de preferência para adquirir o imóvel financiado**, por preço correspondente ao valor da dívida acrescido de despesas e imposto. Dessa forma, a ausência de notificação dos devedores quanto à ocorrência dos leilões torna passível de anulação essa fase do procedimento de execução extrajudicial de bem imóvel. 5. Recurso conhecido e parcialmente provido. (TJ-DF 07006299720198070000 DF 0700629-97.2019.8.07.0000, Relator: CARLOS RODRIGUES, Data de Julgamento: 01/08/2019, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 13/08/2019 . Pág.: Sem Página Cadastrada.)

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO ANULATÓRIA DE LEILÃO EXTRAJUDICIAL – INTIMAÇÃO PARA PURGAR A MORA – DEMONSTRADA – **INTIMAÇÃO DA REALIZAÇÃO DO LEILÃO E PARA QUE O DEVEDOR PUDESSE EXERCER O DIREITO DE PREFERÊNCIA** – NÃO COMPROVADA – ANULAÇÃO DEVIDA – RETOMADA DO IMÓVEL – ARREMATANTES DE BOA-FÉ – DESCABIMENTO – CONVERSÃO DA OBRIGAÇÃO EM PERDAS E DANOS – APELO PROVIDO. Nos termos do art. 26, da Lei n. 9.514/97, vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário; sendo que, no presente caso, o autor foi devidamente intimado para purgar a mora, mas se ficou inerte. Conforme entendimento sedimentado da Corte Superior, para que um bem imóvel seja levado a leilão extrajudicial, **deve ocorrer a intimação pessoal do devedor, ainda que a propriedade já esteja consolidada em favor do credor**, por força do que dispõem o art. 39, da Lei n. 9.514/97 (em sua redação original, já que a Lei n. 13.465, de 11 de junho de 2017, é posterior aos leilões que foram realizados neste feito) e os arts. 29 a 41, do Decreto-Lei n. 70/66; hipótese não verificada no presente feito, devendo o pedido de anulação ser julgado procedente. Tendo em vista que o imóvel foi arrematado por terceiros, de boa-fé, antes do ajuizamento da ação anulatória, a obrigação de fazer deve ser convertida em perdas e danos, através de uma ação autônoma a ser proposta em face da instituição financeira. (TJ-MS - AC: 08005802120188120013 MS 0800580-21.2018.8.12.0013, Relator: Des. Marcos José de Brito Rodrigues, Data de Julgamento: 29/01/2020, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 30/01/2020)

"ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE IMÓVEL - AÇÃO ANULATÓRIA - FALTA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA DOS DEVEDORES SOBRE A REALIZAÇÃO DOS LEILÕES EXTRAJUDICIAIS - NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL - INTELIGÊNCIA DO ART. 27, § 2º-A, DA LEI Nº 9.514/97, COM AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI Nº 13.465/2017 - AGRAVO PROVIDO. **Segundo os termos da Lei nº 9.514/97, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.465/2017 afigura-se imprescindível notificar pessoalmente os devedores a respeito das datas dos leilões extrajudiciais**". (TJSP – AgInst - 2014318-27.2018.8.26.0000 26ª Câmara de Direito Privado - Relator Renato Sartorelli – Publicação 13/03/2018)

Ação anulatória - **execução extrajudicial** - instrumento particular de venda e compra de imóvel **com garantia de alienação fiduciária** - réu - consolidação da propriedade - realização dos dois leilões obrigatórios - arrematação em segunda hasta - nulidade - reconhecimento - autora - ausência de intimação - alienação fiduciária - constituição anterior à edição da lei 13.465/17 que alterou a lei de

alienação fiduciária (9.514/97) - questão - decisão em incidente de resolução de demandas repetitivas 2166423-86.2018.8.26.0000 (tema 26) - **aplicação do art. 36, parágrafo único, do decreto-lei 70/66 - entendimento também pacificado pelo superior tribunal de justiça - imprescindibilidade da intimação pessoal da devedora sobre as datas dos leilões.** Purgação da mora - autora - possibilidade até a assinatura do auto de arrematação, mediante o pagamento do débito atualizado, dos encargos legais, contratuais e demais despesas com os atos para a consolidação da propriedade invalidada (art. 26, § 1º, da lei 9.514/97) - precedentes. Apelo da autora provido. (TJSP – Apelação Cível 1027016-45.2019.8.26.0001 – 27ª Câmara de Direito Privado – Relator Tavares de Almeida – Publicação 30/06/2020)

Alienação fiduciária. Bem imóvel. Ação anulatória de leilão extrajudicial de imóvel. Sentença de improcedência. Apelo dos autores. Ausência de intimação *pessoal* dos devedores sobre a realização do leilão. **Necessidade da intimação, conforme jurisprudência do C. STJ e deste E. Tribunal. Descumprimento do disposto no art. 27, § 2º-A e B, da Lei nº 9.514/97, com a redação dada pela Lei 13.465/2017, vigente à data da realização do leilão. Nulidade do procedimento de execução extrajudicial,** observada a manutenção da consolidação da posse e propriedade dos imóveis em favor do credor *fiduciário*, que não é objeto dos autos. Sentença reformada. Ação procedente. Inversão do ônus da sucumbência. Apelo provido. (TJSP – Apelação Cível 1005042-92.2019.8.26.0019 – 26ª Câmara de Direito Privado – Relator Carlos Dias Motta – Publicação: 23/06/2020)

Ademais, alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça acerca da necessidade de notificação pessoal para purgação da mora, consoante:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. **BEM IMÓVEL. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEVEDOR FIDUCIÁRIO.** PRECEDENTES. AGRAVO IMPROVIDO. **1. O entendimento desta Corte é de que é cabível a purgação da mora mesmo após a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário. Nesse contexto, é imprescindível a intimação pessoal do devedor acerca da realização do leilão extrajudicial.** 2. A dispensa da intimação pessoal só é cabível quando frustradas as tentativas de realização deste ato, admitindo-se, a partir deste contexto, a notificação por edital. Precedentes. 3. Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp 1344987/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2018, DJe **06/12/2018**)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. **LEI Nº 9.514/1997. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL.**

LEILÃO EXTRAJUDICIAL. DEVEDOR FIDUCIANTE. NOTIFICAÇÃO PESSOAL.

NECESSIDADE.1. A teor do que dispõe o art. 39 da Lei nº 9.514/97, aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere a Lei nº 9.514/1997. **2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, entendimento que se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/1997.**3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1718272/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2018, DJe 26/10/2018)

Neste mesmo sentido também estão os trechos dos inteiros teores dos julgados: Agravo Interno em Recurso Especial número 1344987, São Paulo, Agravo Interno em Recurso Especial número 1344987 São Paulo, Recurso Especial número 1447687, Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul número 08392175320138120001, Recurso especial número 1.032.835, em sequência, conforme:

Com efeito, conforme asseverado na decisão agravada, a jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que é cabível a purgação da mora mesmo após a consolidação da propriedade do imóvel em nome do credor fiduciário. Nesse contexto, **é imprescindível a intimação pessoal do devedor acerca da realização do leilão extrajudicial.** (...) Cabe ressaltar que a dispensa da intimação pessoal só é cabível quando frustradas as tentativas de realização deste ato, admitindo-se, a partir deste contexto, a notificação por edital. (AgInt no AREsp 1344987/SP)

Quanto ao mais (artigos 39, inciso II, da Lei nº 9.514/97 e 31 do Decreto-Lei nº 70/66), cinge-se a controvérsia a perquirir se imprescindível a intimação pessoal do devedor acerca do local, dia e hora da realização do leilão extrajudicial, realizado sob o rito da Lei nº 9.514/97, sob pena de invalidade da arrematação. (...) Para o Tribunal de origem, era desnecessária a intimação pessoal da devedora da data do leilão extrajudicial. Sob a ótica da Corte local, "o § 1º do artigo 26 da Lei nº 9.514/97 determina apenas a intimação da devedora fiduciária para satisfazer a prestação vencida e as que se vencerem até a data do pagamento, não acenando em direção a nenhuma outra necessidade de intimação, mesmo porque, não havendo a purga

da mora, a propriedade do imóvel consolidar-se-á em favor do credor fiduciário, não remanescendo ao devedor nenhum direito sobre o bem nem lastro para se opor à consumação da alienação, restando apenas ao fiduciante o direito de auferir eventual saldo sobejante do produto da alienação se efetivamente for consumada" (e-STJ fl. 436). Com efeito, segundo o disposto no artigo 26, caput, da Lei nº 9.514/97, "Vencida e não paga, no todo ou em parte, a dívida e constituído em mora o fiduciante, consolidar-se-á, nos termos deste artigo, a propriedade do imóvel em nome do fiduciário". (...) De fato, não há no dispositivo legal acima transcrito, nem no subsequente - que trata do leilão propriamente dito - nenhuma referência expressa à necessidade de intimação pessoal do devedor acerca de local, dia e hora da realização do leilão extrajudicial. (...) Em tal âmbito, **a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial** (REsp 1447687)

Também afirmou que sequer foi notificado dos leilões extrajudiciais, e somente veio a saber da expropriação quando o arrematante ligou na portaria de seu prédio para se informar da unidade residencial. Quanto a esta questão, entendo que houve irregularidade que acarreta a manutenção da sentença que nulificou o procedimento, posto que inexistiu comprovada notificação do devedor acerca do leilão extrajudicial, o que acarreta a nulidade do ato. Referido posicionamento resultou em recente modificação da Lei n.º 9.514/97, (...) Sob tal enfoque, embora sob diversos fundamentos, o provimento judicial recorrido deve ser mantido porque realmente não se demonstrou o cumprimento de todos os procedimentos extrajudiciais para a notificação do devedor na alienação fiduciária, o que acarreta a nulidade de todo o procedimento de leilão extrajudicial realizado. (TJ-MS 08392175320138120001)

(...) Assim sendo, tem-se que, no caso concreto, o banco não observou nenhuma das duas intimações necessárias para validar o procedimento executivo, o que enseja a declaração de sua nulidade. (fl. 419-420) **Com efeito, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que, nos contratos de alienação fiduciária de coisa imóvel, regidos pela Lei nº 9.514/97, como no presente caso, é necessária a intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial.** Nesse passo, "nos contratos de alienação fiduciária regidos pela Lei nº 9.514/97, ainda que realizada a regular notificação do devedor para a purgação da mora, é indispensável a sua renovação por ocasião da alienação em

hasta extrajudicial" (in AREsp nº 1.032.835-SP, rel. Min. Moura Ribeiro, in DJ 22.03.2017)

Sendo assim, nítido é o direito do Fiduciante em ter o seu direito de preferência garantido pela necessidade de notificação pessoal, não havendo razão pela omissão legal.

3.2 NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL PARA O EXERCÍCIO DO DIREITO DE PREFERÊNCIA

A notificação pessoal é imprescindível para a ciência da ocorrência tanto dos leilões quanto de quaisquer outros atos da alienação fiduciária, em razão do colossal prejuízo que o devedor pode ter. Tal necessidade decorre da sua inequívoca possibilidade do pagamento da dívida mesmo após a consolidação da propriedade, justamente para fazer cumprir o objeto principal do contrato e ocorrer sua extinção natural.

Sendo assim, mesmo após a consolidação da propriedade, é possível ao devedor fiduciante evitar a perda do imóvel exercendo o seu direito de preferência através da aquisição do imóvel pelo valor da dívida.

Ora, a perda do bem de família é fato que deve ser extremamente evitado, e o direito de preferência é garantia para que o respectivo não ocorra. Desta forma, a notificação pessoal se perfaz integralmente necessária, pois somente esta dará validade a ciência das datas dos leilões e conseqüentemente a garantia do direito.

Ademais, o simples fato do devedor ter sido citado por edital na fase de purgação da mora, antes mesmo da consolidação da propriedade, já deveria tornar a notificação pessoal para o exercício do direito a preferência obrigatório, haja vista que esta é a única modalidade que efetivamente dá conhecimento ao Fiduciante do processo de execução, conforme já analisado.

Justamente para assegurar este direito de preferência possibilitando o pagamento do valor total do saldo devedor do contrato (quitação) – diferente da primeira intimação que é apenas para pagamento do valor em mora – que o legislador “ouviu” a jurisprudência há muito consolidada incluiu a determinação do §2º-A do mesmo artigo, o qual exige a comunicação do devedor fiduciante sobre as datas e horários dos leilões.

Tal comunicação, como mencionado e fundamentado em capítulo anterior de número 2.2, deve ser entendida pela notificação pessoal do devedor fiduciante, e qualquer entendimento contrário cairia em contradição.

Tanto este deve ser este o entendimento, que até no julgamento realizado pelo Superior Tribunal de Justiça (Agravo Interno no Recurso Especial número 1718272/SP), o qual a ementa fora colacionada *in verbis*², a perempção é de que deve prevalecer sim a notificação pessoal do devedor acerca dos leilões, exatamente porque somente isto comprovará a convocação da mesma para o exercício do direito de preferência, consoante trechos do inteiro teor:

De fato, não há no dispositivo legal supratranscrito, nem no subsequente - que trata do leilão propriamente dito -, nenhuma referência expressa à necessidade de intimação pessoal do devedor acerca de local, dia e hora da realização do leilão extrajudicial.

No entanto, o artigo 39 da Lei nº 9.514/1997 dispõe, sem margem de dúvidas, que às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere essa lei, aplicam-se as disposições dos artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966.

² AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE EXECUÇÃO EXTRAJUDICIAL CUMULADA COM CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. LEI Nº 9.514/1997. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE COISA IMÓVEL. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. DEVEDOR FIDUCIANTE. NOTIFICAÇÃO PESSOAL. NECESSIDADE. 1. A teor do que dispõe o art. 39 da Lei nº 9.514/97, aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966 às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere a Lei nº 9.514/1997. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se encontra consolidada no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial, entendimento que se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/1997. 3. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp 1718272/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/10/2018, DJe 26/10/2018)

Confira-se:

Art. 39. Às operações de financiamento imobiliário em geral a que se refere esta Lei: I - não se aplicam as disposições da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, e as demais disposições legais referentes ao Sistema Financeiro da Habitação - SFH; II - aplicam-se as disposições dos arts. 29 a 41 do Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.

Os artigos 29 a 41 do Decreto-Lei nº 70/1966, por sua vez, preveem o procedimento de leilão extrajudicial de imóvel submetido à execução hipotecária de que trata o decreto.

Em tal âmbito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito se consolidou no sentido da necessidade de intimação pessoal do devedor acerca da data da realização do leilão extrajudicial.

(...)

Logo, observa-se que também o Decreto-Lei nº 70/1966 não é incisivo quanto à necessidade de intimação pessoal do leilão extrajudicial e, apesar disso, ainda que a lei não seja clara a respeito, a formalidade da intimação pessoal do devedor para o leilão extrajudicial foi amplamente acolhida pela jurisprudência.

Sendo assim, havendo previsão legal de aplicação do artigo 36, parágrafo único, do Decreto-Lei nº 70/1966 ao procedimento previsto na Lei nº 9.514/1997, e sendo pacífica, no âmbito daquele decreto, a jurisprudência no sentido da necessidade de intimação pessoal da data do leilão extrajudicial, conclui-se pela incidência desse entendimento aos contratos regidos pela Lei nº 9.514/1997.

Ademais é cristalino entendimento dado pelos tribunais paradigmas de que apesar de não ser expresso na Lei 9.514/97 a necessidade da notificação pessoal acerca dos leilões, tal imposição se perfaz extremamente necessária, exatamente em razão do exercício do direito de preferência, bem como da necessidade de ciência por parte do Fiduciante da execução fiduciária, uma vez que a própria citação por edital não a faz.

Por todo o exposto, resta claro que a notificação pessoal é indispensável para a Alienação Fiduciária, seja ela para purgação da mora, como já é realizada, seja ela para o exercício do direito de preferência, devendo a notificação pessoal ser adotado pelo

ordenamento jurídico, evitando assim a perda de diversas propriedades fiduciárias e a consequente segurança jurídica esperada por todos.

CONCLUSÃO

A notificação pessoal é imprescindível para a ciência da ocorrência de qualquer situações constitutiva de um bem, uma vez que trata-se de evidente possibilidade de perda, no caso em tela, de um bem imóvel. Assim sendo, não pode ser substituída por qualquer outra forma de notificação e muito menos deixada de lado, como ocorre no direito de preferência em casos de citação por edital na alienação fiduciária.

A crítica que se faz é de que a citação por edital apesar de ser um avanço e um facilitador para os credores que tentam de todas as maneiras possíveis encontrarem os

devedores, é uma medida excepcional, e portanto não pode ser utilizada sem parâmetros ou requisitos como está sendo realizado na Alienação fiduciária.

Não se pode ouvir que a citação por edital para a purgação da mora, não dá ciência ao fiduciante-devedor do processo de consolidação da propriedade fiduciária, além de que, tal instituto vem sendo procedido de maneira completamente incorreta pelos Oficiais do Cartório, já que não observam requisitos básicos elencados pelo Código de Processo Civil para a utilização da citação edilícia, como por exemplo, a excepcionalidade.

Desta forma, não tendo o devedor-fiduciante conhecimento acerca do processo executório, perfaz-se necessário a realização de uma nova notificação pessoal para que o devedor possa, no momento da alienação do bem, qual seja, quando dos leilões, realizar o exercício do direito de preferência sobre o bem, e conseqüentemente assim adquiri-lo novamente.

É o que já entende alguns Egrégio Tribunais brasileiros, conforme fora demonstrado acima através de ementas e decisões monocráticas arroladas, contudo, ainda não é o entendimento majoritário, o que gera enorme insegurança jurídica aos fiduciates., bem como dificulta o exercício e aplicação do direito de preferência.

Sendo assim, se perfaz extremamente necessário a uniformização por parte do Superior Tribunal de Justiça da interpretação do artigo 27, §2º-A da Lei número 9.514 de 1997, a fim de que o fiduciante tenha segurança e ciência de todas as fases do processo expropriatório de seu imóvel, e assim garanta o exercício do direito de preferência através da notificação pessoal, principalmente nos casos de citação por edital, já que como visto, esta não induz ao conhecimento, devendo necessariamente ocorrer a notificação pessoal, como direito fundamental do fiduciante-devedor para o fiel exercício do direito de preferência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDERS, Henrique Rodrigues, BUSSO, Juliana Satti. *Alienação fiduciária de imóveis, como está e para onde vamos?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI275756,11049-Alienacao+fiduciaria+de+imoveis+como+esta+e+para+onde+vamos> >. Acesso em: 27/06/2020

ANGÉLICO, Américo Izidoro. *Direito de Preferência*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/174735/direito-de-preferencia> >. Acesso em: 15/05/2020

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT – NBR 10520 DE 2002; NBR 14274 DE 2011;

BRASIL. Lei número 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm >. Acesso em: 30 jan. 2020.

BRASIL. Lei número 13.105, 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo CIVIL. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm#art1045 >. Acesso em: 30 jan. 2020

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial número 1344987-SP*. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. DJE: 06/12/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/623426898/agravo-em-recurso-especial-aresp-1344987-sp-2018-0205154-1?ref=serp> >. Acesso em 15 de Março de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Interno no Recurso Especial número 1718272-SP*. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. DJE: 26/10/2018. JusBrasil, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/643486402/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1718272-sp-2018-0005403-9?ref=serp> >. Acesso em 23 de Abril de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial número 1433031-DF (2013/0399263-2)*. Relator: Ministra Nancy Andrighi (T3 - Terceira Turma). DJE: 18/06/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25130962/recurso-especial-resp-1433031-df-2013-0399263-2-stj/certidao-de-julgamento-25130965?ref=serp> >. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial número 1462210-RS (2014/0149511-0)*. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. 18 de novembro de 2014. DJE: 25/11/2014. JusBrasil, 2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153671064/recurso-especial-resp-1462210-rs-2014-0149511-0/certidao-de-julgamento-153671082?ref=serp> >. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível número 1027016-45.2019.8.26.0001*. Relator: Desembargador Tavares de Almeida (27ª Câmara de Direito Privado). DJE: 30/06/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/893596937/apelacao-civel-ac-10270164520198260001->

sp-1027016-4520198260001/inteiro-teor-893596990?ref=serp>.Acesso em 10 de julho de 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação Cível número 1005042-92.2019.8.26.0019*. Relator: Desembargador Carlos Dias Motta (26ª Câmara de Direito Privado). DJE: 23/06/2020. JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/226820906/processo-n-1005042-9220198260019-do-tjsp?ref=goto> >.Acesso em 15 de julho de 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. *A execução do crédito com garantia fiduciária e a relação de consumo*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/330383/a-execucao-do-credito-com-garantia-fiduciaria-e-a-relacao-de-consumo>>. Acesso em:15/05/2020

CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária, Negócio Fiduciário*. Rio de Janeiro: Gen Forense

CHAVES, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Atlas

CHAVES, Cristiano, ROSENVALD, Nelson. *Manual de Direito Civil Volume Único*. São Paulo: JusPodivm

FILHO, Bruno José Berti. *A alienação fiduciária de coisa imóvel e os leilões após a consolidação da propriedade imobiliária*. Disponível em: <https://www.irib.org.br/noticias/detalhes/artigo-a-alienacao-fiduciaria-de-coisa-imovel-e-os-leiloes-apos-a-consolidacao-da-propriedade-imobiliaria-undefined-por-bruno-jose-berti-filho> >. Acesso em: 09/01/2020

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Gen, Forense.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa.; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey.

LGOW, Carla Wainer Chalhó. *Monografia Jurídica: Direito de Preferência*. Rio de Janeiro: Centro de ciências sociais da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume III*. Rio de Janeiro: Gen, Forense.

SICCARDI, Fabiana Peixoto. *Alienação fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto*. Disponível em: <https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/12008/12008.PDF> >. Acesso em: 27/06/2020

STRECK, Lênio Luiz. *Compreender direito: desvelando as obviedades do discurso jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

STRECK, Lênio Luiz. *Dicionário de hermenêtica: quarenta temas fundametalns da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte(MG): Letramento: Casa do Direito.

ZUCHI, Lucas Felipe. *Alienação fiduciária de imóveis: a (in)aplicabilidade do adimplemento substancial e a (in)constitucionalidade do procedimento extrajudicial*. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53105/alienacao-fiduciaria-de-imoveis-a-in-aplicabilidade-do-adimplemento-substancial-e-a-in-constitucionalidade-do-procedimento-extrajudicial> >. Acesso em: 09/01/2020