



ACÓRDÃO

Hipoteca - Ação declaratória de extinção proposta por arrematante contra o credor hipotecário - Arrematação em processo de execução promovido por outro credor, quirografário - Admissibilidade da extinção - Imprescindibilidade, porém, da intimação do credor hipotecário, da penhora e da praça - Arts. 615, inciso II, e 698, ambos do CPC - Intimação da penhora não diligenciada ao tempo da constrição - Impossibilidade de ser convalidada com a intimação para a praça, sob pena de o credor não poder defender seus direitos - Alienação ineficaz para o credor, que já ajuizou ação declaratória de nulidade - Extinção da hipoteca inviável - Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 1.141.574-4, da Comarca de Lins, sendo apelante Banco Nossa Caixa S/A. e apelado Kleber Dantas Júnior.

ACORDAM, em Décima Segunda Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

A r. sentença de fls. 214/217, cujo relatório fica incorporado, julgou procedente a pretensão do autor contra o réu, em ação declaratória de extinção de hipoteca

4



280
5

sobre imóvel que adquiriu em hasta pública e estava gravado em razão de negócio jurídico entre o réu e Della Libera Construtora Ltda., inclusive porque o réu, intimado na qualidade de credor hipotecário, não opôs objeção.

Irresignado, o vencido interpõe recurso de apelação, expondo que o ato de arrematação concretizado no processo de execução que Ideisio da Silva Dantas e outros intentaram contra Della Libera Construtora Ltda. não foi precedido da observância das prescrições legais, pois, na sua qualidade de credor hipotecário, deixou de ser validamente intimado, de modo a nulificar a alienação judicial; a intimação em questão foi feita na pessoa de gerente de uma de suas agências, sem poderes para recebê-la, e, não bastasse, era imprescindível ser intimado da penhora e das praças, mas isso não ocorreu. De outro lado, aduz que, na hipótese de ser válida a intimação, a hipoteca subsiste porque a arrematação se deu em processo de execução promovido por credor quirografário, nos termos do art. 849, inciso VII, do Código Civil/16.

Recurso recebido e contra-arrazoado, a fls. 260/273 o apelado juntou documentos.

É o relatório.



Ressalte-se que a documentação juntada pelo recorrido a fls. 260/273 não é nova e não traz fato novo para o reexame.

As peças são apenas reproduções de acórdão e decisões proferidas nos autos do Agravo de Instrumento n. 972.667-2 que está apensado ao processo, no original e na sua íntegra. No recurso em referência, deu-se provimento a fim de que a ação agora em grau de apelação tivesse regular seguimento, não obstante o ajuizamento pelo credor hipotecário de ação de anulação da arrematação.

Assim, prossegue-se no reexame.

A r. sentença impugnada reputou válida e eficaz a intimação do apelante para a praça do imóvel gravado com hipoteca, conquanto ultimada na pessoa do gerente da agência da cidade e comarca na qual a alienação judicial se processou. Essa validade e eficácia, de acordo com a r. sentença, supriu qualquer falta que tivesse ocorrido ao tempo da penhora, caso ficasse comprovado - e isso não ficou - que o credor hipotecário deixou de ser intimado da penhora.

Iniciemos pelo fim, uma vez que o apelante suscita a subsistência da hipoteca porque a arrematação se concretizou em processo de execução promovido por credor quirografário e não por credor hipotecário.

4



287
1

Falta-lhe razão, nesse ponto.

Washington de Barros Monteiro, há muito, já mencionava a existência de controvérsia acerca do tema, mas prelecionava que: "O art. 849, n. VII, deve ser entendido, porém, em consonância com o art. 826; mas se o credor hipotecário, apesar de notificado da venda judicial, não comparece para dizer de seu direito, válida será a arrematação feita em execução promovida por credor quirografário, que assim produzirá a extinção da hipoteca" ("Curso de Direito Civil - Direito da Coisas", Ed. Saraiva, 1979, 19ª ed., 3º vol., pág. 435, alínea "g").

Araken de Assis, em obra recente, corrobora essa solução e lembra Pontes de Miranda ao sentenciar que, realizada a intimação do credor hipotecário, "os direitos reais limitados se atendem no preço" ("Manual do Processo de Execução", Ed. RT, 2002, 8ª ed., pág. 748, n. 232.11).

Portanto, cumpridas as formalidades dos arts. 615, inciso II, e 698, a arrematação transfere o bem livre e desembaraçado ao arrematante, "purgado" dos direitos reais de garantia, que se sub-rogam no preço da arrematação (cf. STJ - 3ª Turma, RESP 40.191-7-SP, 14.12.93, rel. Min. Dias Trindade, RSTJ 57/433).

A hipoteca não subsistirá, dar-se-á o efeito purgativo, se válida a intimação do credor hipotecário na execução promovida por outro credor.



283
1

Resta verificar se, "*in casu*", o apelante foi validamente intimado e, nesse ponto, assiste-lhe razão.

Antes de mais nada, não se deve menosprezar a intimação do credor hipotecário nos termos do art. 615, inciso II, do CPC, isto é, do ato de penhora, validando-a se intimado da praça posterior.

A consequência da falta de intimação é a ineficácia da alienação coativa, relativamente a esse credor, consoante o art. 619. Perante o arrematante há nulidade (art. 694, parágrafo único, inciso IV, combinado com o art. 698).

O que se tem tolerado é a falta de intimação para a praça, se o credor hipotecário foi, antes, intimado da penhora e ingressou no processo.

Moacyr Amaral Santos lecionava sobre a necessidade de ser intimado da penhora o credor hipotecário no processo de execução promovido por outro credor, de modo que, sabedor do processo instaurado, possa voluntariamente intervir, em defesa de seus direitos: "*Se não houver intimação, ocorrerá nulidade não cominada da execução*" ("*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*", Ed. Saraiva, 1979, 3ª ed., 3º vol., pág. 310, n. 927, alínea "b").



A intimação da penhora é pressuposto de validade; sem ela, o processo de execução é eivado de nulidade.

Ora, o banco apelante não foi intimado da penhora, não pode intervir e defender seus interesses; a intimação que se fez foi para a praça, insuficiente, ineficaz, sem a força da convalidação daquela que deveria precedê-la à época da penhora.

A peça juntada a fls. 31/32 é a prova cabal de que os terceiros exequentes só requereram a intimação do apelante, para os fins do art. 615, inciso II, do CPC, depois da designação de praça que por algum motivo não se realizou e ensejou pedido de redesignação. A intimação deixou de ser contemporânea à penhora.

No dizer de Moacyr Amaral Santos, não intimado o credor hipotecário, "conforme a regra do art. 615, n. II, a alienação, em execução promovida por outro credor, será ineficaz, isto é, não produzirá efeito em relação àquele, cujos direitos permanecem intactos e, pois, poderá exercer a preferência que por lei lhe for atribuída, caso não opte pela declaração da nulidade da execução" (ob. e pág. cit.).

No particular, é sabido que o apelante optou pela declaração de nulidade por meio de ação (fls. 172/183).



Diante disso, é inviável a declaração de extinção da hipoteca acolhida na r. sentença.

A inversão do resultado opera a inversão nos ônus da sucumbência fixados na r. sentença.

Isto posto, dá-se provimento ao recurso, invertidos os ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento o Desembargador **AMADO DE FARIA**, e dele participaram os Desembargadores **RUI CASCALDI (Revisor)** e **JOSÉ TARCISO BERALDO**.

São Paulo, 19 de outubro de 2005.


CERQUEIRA LEITE
Relator