

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 – SÃO PAULO (98/0066202-2)

RELATOR : **MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR**
RECTE : WULF FALIM E CONJUGE
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA E OUTROS
RECDO : DELFIM S/A CREDITO IMOBILIARIO
ADVOGADO : ADHEMAR IERVOLINO E OUTROS
SUST. ORAL : ADHEMAR IERVOLINO (PELA RECORRIDA)

EMENTA

SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro.

- Procedem os embargos de terceiros opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a construtora.

- O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.

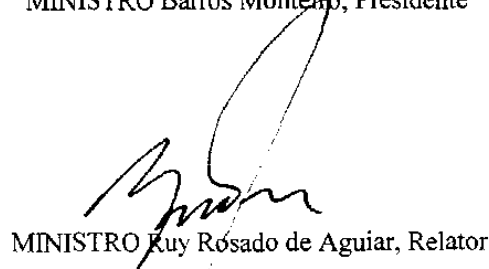
Recurso conhecido e provido.

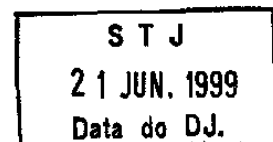
ACÓRDÃO

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, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros BUENO DE SOUZA, SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA e BARROS MONTEIRO. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro e CESAR ASFOR ROCHA.

Brasília-DF, 18 de fevereiro de 1999 (data do julgamento).


MINISTRO Barros Monteiro, Presidente


MINISTRO Ruy Rosado de Aguiar, Relator



RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SAO PAULO (98/0066202-2)

RELATOR : **MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR**
RECTE : WULF FALIM E CONJUGE
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA E OUTROS
RECDO : DELFIM S/A CREDITO IMOBILIARIO
ADVOGADO : ADHEMAR IERVOLINO E OUTROS

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

Wulf Falim e s/m opuseram embargos de terceiro à penhora realizada no processo de execução promovido por Delfin S/A – Crédito Imobiliário (em liquidação) contra a Unimov – Empreendimentos e Construções S/A, que recaiu sobre o apartamento nº 42 do Edifício Ouro Verde, situado na Alameda Tietê nº 588, em São Paulo/SP, alegando que são promissários compradores e possuidores do imóvel desde 08 de outubro de 1973, conforme escritura pública inscrita no Registro de Imóveis, outorgada pela Construtora Marcovena S/A, antecessora da executada Unimov – Empreendimentos e Construções S/A.

A sentença julgou procedentes os embargos de terceiro, declarando insubsistente a penhora.

A embargada apelou e a eg. Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, por votação majoritária, negou provimento ao recurso, extraíndo-se do v. acórdão o seguinte passo:

"...Todavia, no caso, não se pode falar em execução da unidade compromissada porque integra o edifício, cuja construção foi financiada e porque teriam os embargantes pago mal, pagando à 'UNIMOV'.

Com efeito, examinando-se o contrato de mútuo e garantia hipotecária, de fls. 110/123, verifica-se que a financiadora instituiu como sua mandatária a Construtora Marcovena S/A, que depois foi adquirida pela Unimov, que incorporou a obra, podendo compromissar as vendas e receber o preço das unidades para repasse em seguida.

É o que se vê das cláusulas 20 a 22, do contrato de financiamento, às fls. 118/119 dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido o repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque integrariam elas a garantia hipotecária.

Assim, face aos termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com seus compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à embargada.

Por tais motivos nega-se provimento ao recurso, mantendo a bem lançada sentença de primeiro grau." (fls. 510/511).

Opostos embargos de declaração, estes foram rejeitados.

A embargada Delfin opôs embargos infringentes, com fundamento no d. voto vencido, tendo a eg., Terceira Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil acolhido o recurso em acórdão com a seguinte fundamentação, no que interessa:

"É de se notar que do compromisso de compra e venda realizado entre os embargados e a mutuária construtora, devidamente registrado, consta expressamente a existência do ônus da hipoteca sobre o imóvel transacionado (fl. 53). F., na certidão expedida pelo 13º Cartório de Registro de Imóveis, da Capital há também menção expressa dessa garantia real" (fl. 54).

Assim, valendo-se do direito real hipotecário que possui gravando o imóvel, a embargante na execução que move à mutuária construtora fez efetivar penhora sobre o mesmo.

O insigne Clóvis Bevilacqua após analisar o instituto da hipoteca nos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, passa a considerá-lo à luz do nosso direito, afirmando que adere à coisa gravada, seguindo-a por toda a parte, sendo exclusiva, provida de ação real, prevalecendo contra todos (Direito das Coisas – II Vol. –

5º Ed. – Pág. 131 – Forense – S/D – Rio). Traz como consequência ao credor o denominado direito de seqüela.

O preclaro juiz prolator do voto vencido analisou a questão sub judice com acerto e precisão dando-lhe o único enfoque possível, data venia dos votos vencedores, à luz do direito pátrio.

Já o eminente Lafaiete definia a hipoteca como sendo direito real constituído em favor do credor sobre imóvel do devedor ou de terceiro, tendo por fim sujeitá-la, exclusivamente ao pagamento da dívida, sem todavia tirá-la da posse do dono (Direito das Coisas – 172 A 278).

O art. 810, I e II, do CC ao dispor que os imóveis e seus acessórios podem ser objeto de hipoteca, refere-se aqueles do art. 43, I e II, e do art. 61, III, do mesmo estatuto legal.

Este Sodalício por diversas vezes teve a oportunidade de apreciar casos semelhantes aos dos presentes autos, figurando em um dos pólos da ação a embargante, e a e. Quarta Câmara, tendo como relator o eminente juiz Octaviano Santos Lobo, na Apel. nº 506.906/1-SP, decidiu que:

'Diante da publicidade do registro da hipoteca, inscrita em 05/01/73 (fls. 109), não podiam os adquirentes, quer ignorá-la, quer pactuar como se não existisse ou o gravame fosse ônus de outrem ... Inoponível, portanto, o direito possessório invocado, com base em direito de cessão de compromisso de compra e venda de imóvel, uma vez que é prevalente o regramento especial do direito hipotecário sobre a regra genérica do art. 1.046 do CPC: insuscetível de tutela a posse ou propriedade, a teor do art. 1046 do CPC, quando ao ingressar na posse do imóvel, já havia a publicidade do registro hipotecário anterior, por cuja 'ignorantia neminem excusat'; o ingresso na posse e propriedade do apartamento pela embargante deu-se ciente, presumidamente, a adquirente, do débito hipotecário que eventualmente poderia ter executado, não pode a embargante beneficiar-se agora da própria negligência, quando da aquisição do imóvel, devendo assumir os riscos do negócio, pela forma e ousadia realizada'.

Assevera o ilustre relator que a credora hipotecária é terceira quanto ao pactuado, alheia às obrigações que só vinculam os contratantes embargados e mutuária construtora, assumindo os primeiros os riscos da segunda não cumprir com o que prometeu, ou seja, assumir a responsabilidade pela liquidação do débito para com a mutuante embargante.

Mesmo que se conclua ter a embargante anuído tacitamente com a venda da unidade autônoma para os embargados, não está por tal motivo afastado o ônus real que

grava o imóvel, eis que não se insere nas hipóteses de sua extinção elencada no art. 849 e seus incisos do CC.

Alfonso de Cossio Y Corral, jurista espanhol em completo e profundo estudo sobre o direito hipotecário ensina que:

'Como todo complejo normativo, el ordenamiento hipotecario se funda en una serie de principios generales que dotan a sus normas de un sentido unitario. Tales principios no son axiomas inconcusos, sino más bien creaciones técnicas, instrumentos idóneos para conseguir en la realidad las finalidades específicas perseguidas por la institución registral: esta finalidad se legitima por consideraciones éticas y utilitarias, esto es, por la necesidad de proteger la buena fe y, en medida en que lo sirven eficazmente, lo legitiman también los principios creados por la técnica jurídica para su logro, siempre que los mismos no lesionen otros intereses superiores de mayor rango.' (Instituciones de Derecho Hipotecario - 1ª Ed. - pág. 34 e segs. - Civitas - 1986 - Madrid).

Apesar das graves censuras e objeções que juristas de renome fazem ao indigitado instituto, tendo alguns afirmado que se trata de instituto repugnante à ética, está inserido em nosso sistema jurídico, tendo sido bem absorvido pelo mundo negocial, apresentando-se como um gravame, em virtude do qual um imóvel fica sujeito, em proveito do credor, ao pagamento de um crédito que lhe pertence, influência direta do BGB, parágrafo 1.113.

As demais questões suscitadas na impugnação, entre elas a referente à aplicação da Lei nº 8.009/90 refogem por completo do objeto da divergência, contudo quanto a tal matéria, as exceções do art. 3º contemplam-na.

Ante o exposto, acolhe-se os embargos, subsistindo a penhora sobre o indigitado bem, invertendo-se o ônus da sucumbência." (fls. 605/609)

Rejeitados os declaratórios, os embargantes ingressaram com recurso especial por ambas as alíneas, alegando afronta aos arts. 22, 23, §§ 1º e 2º, da Lei nº 4.864/65, 85 do Cód. Civil, 2º, § 1º e 5º da LICC, além de divergência com a Apelação em Mandado de Segurança nº 94.04.47071-6-RS, in DJU de 18.01.95, pág. 1.349. Segundo afirmam, no sistema financeiro da habitação, com regulação específica, o agente do crédito teria como garantia a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais, devendo proceder de acordo com o previsto naquela legislação, em caso de inadimplemento do seu financiado,

construtor do prédio. Aduzem que, "além de não poder existir a garantia hipotecária sobre bem futuro, temos também presente a liberação tácita da referida hipoteca por parte Delfin S/A a partir do momento que a venda das unidades era obrigação da construtora, com prazo exíguo, e o agente financeiro outorgou-lhe procuração para este fim, forneceu-lhe contrato padrão, autorizou a venda e o recebimento das prestações e, ainda, renovou o contrato de mútuo exigindo outras garantias hipotecárias, tudo revelando incompatibilidade com intenção de no futuro próximo vir a excutir a garantia hipotecária dos imóveis construídos com os recursos do Sistema Financeiro da Habitação e dos próprios mutuários adquirentes finais. A própria renegociação também se caracteriza como um ato de remissão irreversível." Sustentam, outrossim, que o aresto recorrido afronta os princípios gerais do direito, da legalidade e da moralidade. Comprovam dissídio com julgado no sentido de que "no contrato de adesão, interpreta-se com prevalência a vontade das partes sobre a manifestação escrita, sendo certo que, na aquisição de imóveis do SFH, o pacto era firmado na presunção de que as prestações seriam reajustadas de acordo com a variação salarial da categoria do mutuário." (AP/MS 94.04.47071-6/RS). Requerem, afinal, a procedência dos embargos de terceiro, anulando-se "a hipoteca lavrada em afronta ao disposto na lei especial, e a responsabilização exclusiva da depositária legal dos valores pagos pelos recorrentes a arcarem com a dívida que constituíram e inadimpliram."

Nas contra-razões, a recorrida alega deserção do recurso em razão do pagamento e juntada do preparo fora do prazo, além de faltar ao apelo as condições de admissibilidade e inoccorrência da apontada violação aos dispositivos legais elencados.

O d. MP/SP opinou pelo improvimento do recurso especial. (fls. 669/673).

Indeferido na origem, manifestou-se o Agravo de Instrumento nº 170.917-SP (autos apensos), que provi para melhor exame. Solicitados os autos.

É o relatório.

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SAO PAULO (98/0066202-2)

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Ruy Rosado de Aguiar

1. O v. acórdão recorrido foi publicado em maio de 1994, antes da vigência da Lei nº 8.950/94, e o recurso foi interposto às 16h 42min do dia 28 de março de 1995, quando já encerrado o expediente bancário. Por isso, tenho que não se pode ter como deserto o especial, pois o prazo começou a fluir ao tempo da lei velha, que não fazia a exigência depois constante do art. 511 do CPC, e também porque o ajuizamento da petição após encerrado o horário bancário é causa impeditiva a justificar o recolhimento do numerário no dia seguinte, como aconteceu na espécie.

2. Versa o presente recurso sobre a possibilidade de execução de imóvel hipotecado ao agente financeiro (instituição de crédito imobiliário), em garantia de dívida da construtora ou incorporadora do edifício (devedora), já tendo sido o bem objeto de contrato de promessa de compra e venda celebrado com terceiro, que pagou integral ou parcialmente as suas prestações à promitente vendedora, e que vem a sofrer a penhora do apartamento que adquiriu, na execução da hipoteca promovida pela instituição de crédito imobiliário por inadimplemento da construtora, devedora hipotecária.

A causa deve ser examinada e julgada nas circunstâncias do negócio realizado, tratando-se de aquisição de casa própria com financiamento concedido por instituição financeira à construtora ou incorporadora do prédio, com ou sem financiamento por agente financeiro aos adquirentes finais.

Desde logo fica definido que o negócio de financiamento e a venda das unidades habitacionais ocorreu no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação, como se pode ver da cláusula 4ª, do contrato de financiamento de

Delfin S/A – Crédito Imobiliário, exequente, com a construtora Marcovena Ltda., onde é feita referência à vigência da legislação do BNH, e à cláusula 12, onde se afirma que o contrato está vinculado ao SFH.

Faço esse registro inicial porque é preciso definir que o financiamento concedido à empresa construtora tinha o fim único de permitir a construção de um prédio destinado a venda. Os terceiros adquirentes fariam o pagamento das suas prestações com recursos próprios diretamente à construtora, ou obteriam um financiamento pessoal junto à mesma ou a outra instituição financeira, hipótese em que tocaria a esta saldar o débito do promissário comprador perante a construtora, ficando o imóvel hipotecado em favor da instituição que financiou o promissário comprador, adquirente final (mutuário). Nessa situação, cabe ao financiador do prédio construído para ser alienado cobrar-se da construtora, sobre os bens dela, sua devedora, ou sobre os créditos dela em relação aos terceiros adquirentes.

Relembro algumas disposições legais sobre o Sistema Financeiro da Habitação:

- a) em primeiro lugar, as sociedades de crédito imobiliário, como a Delfin S/A - Crédito Imobiliário, ora recorrida e autora do processo de execução, são órgãos integrantes do sistema financeiro da habitação (art. 8º, III, da Lei nº 4.380/64), submetidas à legislação específica;

b) em segundo lugar, "as sociedades de crédito imobiliário somente poderão operar em financiamento para construção, venda ou aquisição de habitações mediante:

I – abertura de crédito a favor de empresários que promovam projetos de construção de habitações para venda a prazo;

II – abertura de crédito para a compra ou construção de casa própria com liquidação a prazo de crédito utilizado;

III – desconto, mediante cessão de direitos de receber a prazo preço da construção ou venda de habitação;

IV – outras modalidades de operações autorizadas pelo Banco Nacional de Habitação." (art. 39 da Lei nº 4.380/64);

- c) em terceiro "os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§ 1º. Nas aberturas de crédito garantidas pelas caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§ 2º. Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos cedidos na percentagem prevista no contrato, podendo, mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos." (art. 22 da Lei nº 4.864/65)

Atentos a essas características é que os pareceristas Profs. Miguel Reale, Miguel Reale Jr. e Pedro Alberto do Amaral Dutra assim descreveram a relação negocial do agente financeiro, do construtor e do adquirente:

"A relação jurídica que o construtor estabelece, primeiro com o agente financeiro que lhe empresta recursos para a construção do imóvel, e, a seguir, com os adquirentes finais aos quais vende as unidades habitacionais, é transitória – e assim sua presença no circuito negocial do SFH – porquanto satisfaz o construtor sua dívida com o agente financeiro ao ceder a este o crédito resultante da venda das unidades habitacionais, para cuja compra irão os adquirentes finais buscar financiamento junto ao mesmo agente financeiro."

"Os adquirentes finais tomam empréstimo junto às sociedades de crédito imobiliário – que vencerá correção monetária e juros – para compra a prazo dos imóveis do construtor, e este cede o crédito destas alienações à sociedade de crédito imobiliário, em quitação do empréstimo que com ela contraíra." (O Sistema Financeiro da Habitação, Estrutura, Dirigismo Contratual e a Responsabilidade do Estado', in "A Atividade de Crédito Imobiliário e Poupança", ABECIP, p. 11)

A hipoteca que o financiador da construtora instituir sobre o imóvel garante a dívida dela enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora; havendo transferência, por escritura pública de compra e venda ou de promessa de compra e venda, o crédito da sociedade de crédito imobiliário passa a incidir sobre "os direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado" (art. 22 da Lei nº 4.864/65), sendo ineficaz em relação ao terceiro adquirente a garantia hipotecária instituída pela construtora em favor do agente imobiliário que financiou o projeto. Assim foi estruturado o sistema e assim deve ser aplicado, especialmente para respeitar os interesses do terceiro adquirente de boa fé, que cumpriu com todos os seus compromissos e não pode perder o bem que lisamente comprou e pagou em favor da instituição que, tendo financiado o projeto de construção, foi negligente na defesa do seu crédito perante a sua devedora, deixando de usar dos instrumentos próprios e adequados previstos na legislação específica desse negócio.

As regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do sistema financeiro da habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca, que não está permitida pelo sistema.

Tanto assim que o contrato firmado entre a Delfin S/A (mutuante) e a construtora (mutuária) dispôs especificamente sobre o modo pelo qual seriam transferidas as obrigações aos terceiros adquirentes, o qual é inconciliável com a execução da hipoteca contra os adquirentes:

- "Cláusula 18. – A mutuária liberar-se-á de suas obrigações junto à mutuante, no que pertine ao principal e encargos relativos ao financiamento, transferindo esse ônus, em proporção, aos adquirentes das unidades imobiliárias em construção, ou pagando, a qualquer tempo, tudo o que for devido à mesma mutuante.

- "Cláusula 21. – Havendo alienações de unidades durante a fase de construção, a mutuária ficará obrigada a entregar à mutuante, juntamente com os respectivos contratos de compromisso de compra e venda, devidamente registrados em cartórios, os títulos representativos de parte de preço e relativos a poupança.

§ 1º - Os títulos mencionados nesta cláusula ficarão com a mutuante, como garantia subsidiária do cumprimento da obrigação assumida pela mutuária, no que pertine à execução das obras financeiras.

§ 2º - A mutuante, à proporção que for recebendo dos mutuários finais o valor dos títulos que lhe foram entregues, irá procedendo ao depósito das correspondentes importâncias em conta de DPL da mutuária."

3. Ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda apreçar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel. O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da construtora não tem o efeito que se lhe procura atribuir, para atingir também o terceiro/adquirente, pois que ninguém que tenha adquirido imóvel neste país, financiado pelo SFH, assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da construtora perante o seu financiador. Isso seria contra a natureza da coisa, colocando os milhares de adquirentes de imóveis, cujos projetos foram financiados pelo sistema, em situação absolutamente desfavorável, situação essa que a própria lei tratou claramente de eliminar. Além disso, consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado os mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel - que possivelmente nem existia ao tempo do seu contrato, e que estava destinado a ser transferido a terceiro, - uma garantia

hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro.

No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação e abatimento do preço de venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida.

Das três personagens que participaram do negócio, dois com intuito de lucro (portanto, correndo riscos) e um com o propósito de adquirir a casa própria, os dois primeiros negligentes e inadimplentes, - o primeiro por escolher mal o seu financiado e por deixar de adotar as medidas permitidas na lei para receber o seu crédito sem causar prejuízo a terceiros, o segundo por não pagar o financiamento recebido, - somente correu o risco e perdeu o terceiro, que adquiriu e pagou.

Inteiramente aplicável a observação feita por Fernando Noronha ao examinar o tema à luz do princípio da boa-fé objetiva:

"Na verdade, credor e agente financeiro sabem que são as prestações que forem sendo pagas pelos adquirentes que assegurarão o reembolso do financiamento concedido. Portanto, se a empresa interrompe os pagamentos devidos, o agente financeiro deveria reconhecer a eficácia, em relação a si, dos pagamentos anteriores feitos pelos adquirentes e, para garantir direitos futuros, deveria notificar estes para que passassem a depositar as prestações subsequentes, sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca assumida pelo incorporador." (O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais, ed. Saraiva, 1994, fls. 182/183)

4. A situação dos autos foi assim apreciada na r. sentença de lavra da Dra. Lília Lucia Venosa:

"Quanto ao mérito, como bem ponderam os Embargantes, há manifesto abuso de direito da Embargada em penhorar a unidade autônoma construída com recursos obtidos pela mutuária-executada, em decorrência da inadimplência desta, já que é ela, Embargada, quem agiu negligentemente, ao ter permitido a venda das unidades autônomas, bem como deixado de notificar os adquirentes a lhe pagarem diretamente as prestações pagas à construtora-mutuária.

Ora, não se pode impingir aos adquirentes a responsabilidade por débito da construtora quando o Agente Financiador concorreu indiretamente com a sua ocorrência, em conseqüência de sua má administração, que resultou inclusive em sua liquidação, amplamente noticiada no país.

Com efeito, celebraram os Embargantes típico contrato de adesão, em que não cabe discussão acerca das cláusulas nele dispostas. Enquanto o adquirente paga, não sem prolongado sacrifício, as prestações de sua casa própria, a construtora-mutuária, muitas vezes, deixa de cumprir o contrato de mútuo, sem que sobre ela recaia as conseqüências jurídicas de tal inadimplemento, já que sobre as unidades autônomas pesa o ônus da hipoteca a garantir tal contrato. E ao invés de a mutuante, sabedora da situação financeira da mutuária, providenciar a intimação dos adquirentes para que lhe paguem diretamente as prestações do preço da unidade autônoma, mantém-se inerte até que o débito lhe permita a constrição das unidades hipotecadas, deparando-se o adquirente, de um dia para outro, sem concorrer com qualquer ato de inadimplência, com um ato constitutivo que poderá levá-lo a perder o imóvel onde reside, bem como as prestações pagas ao longo, quiçá, de toda sua vida laboral.

A tal situação deve se pôr um termo e vem sendo alterada pela jurisprudência dos nossos Tribunais, com temperança à letra fria da lei, como nos espelham os arestos colacionados pelos Embargantes em especial o aresto de lavra do Eminent Relator Celso Pinheiro Franco, carreado aos autos a fls. 83/84, em cujo voto rico em fundamentos acolhe a pretensão dos adquirentes em caso semelhante.

Ora, sendo o contrato de mútuo, por sua natureza, eminentemente intuitu personae, era obrigação da Embargada ter pleno conhecimento das condições financeiras da construtora-mutuária ao longo da relação negocial, cabendo-lhe acautelá-la quando se iniciou o inadimplemento por parte desta, intimando os adquirentes a lhe pagar diretamente o que vinham pagando àquela, mormente em se tratando de Sociedade de Crédito Imobiliário criada para viabilizar a política nacional de habitação e

planejamento territorial, que visa a facilitar e promover a construção e a aquisição da casa própria.

Apesar de ter sido constituído o ônus hipotecário antes de os Embargantes adquirirem a unidade autônoma penhorada, contratando cientes do mesmo, o que se deve perquirir é se houve liberdade de contratar por parte dos adquirentes, ou seja, se aquiesceram, mediante livre manifestação de vontade, na constituição de tal ônus.

Ora, a liberdade de contratar não se verificou no caso vertente, à evidência, pois é fato incontroverso que a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação se dá através de contratos com cláusulas preestabelecidas, regulamentadas pelo Governo Federal.

Assim sendo, contrataram sem efetivamente querer onerar sua unidade autônoma e garantir, com ela, dívida de outrem. Tal fato é crucial para vislumbrar-nos a dimensão da situação inferior em que é colocado o adquirente da casa própria em face do nosso ordenamento jurídico, no qual todas as regalias, garantias e abusos são concedidos aos detentores do capital, mesmo considerando-se que a Embargada está sujeita às normas do Sistema Financeiro da Habitação, instituído precipuamente para atender os reclamos habitacionais da população mais carente.

Como conceitua Saleilles, in de la personalité juridique, lição XXII, p. 547, o abuso de direito é o corretivo indispensável ao exercício do direito subjetivo, de forma a conciliar os direitos da comunidade e os do indivíduo.

Alvino Lima, por seu turno, com maestria escreve, in Culpa e Risco: 'O maior prejuízo social constitui, pois, o critério fixador do ato abusivo, no caso do abuso de direito, causando danos a terceiros, num erro de conduta imputável moralmente ao agente, mas no exercício de um direito causador de um dano socialmente mais apreciável. A responsabilidade surge, justamente, porque a proteção do exercício deste direito é menos útil socialmente do que a reparação do dano causado pelo titular deste mesmo direito...' E ainda: 'Distinguem-se, pois, as esferas do ato ilícito e do abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele transgridem-se os limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou excedendo-se ao direito; no ato abusivo, há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito e o espírito da instituição.'

Portanto, no caso vertente, não se pode cerrar os olhos à importante questão social posta em julgamento. Em momento algum foi noticiado aos Embargantes o inadimplemento da construtora, cuja obrigação por ela contraída junto à Embargada garantiam com suas unidades, a fim de que alguma providência

pudessem tomar para evitar o lesivo ato constitutivo ora sub judice." (fls. 411/414)

5. Ainda considero que a financiadora instituiu a construtora sua mandatária, a evidenciar que apenas desta tem a receber, conforme ficou bem evidenciado no voto do em. Dr. Remolo Palermo, quando do julgamento da apelação:

"Com efeito, examinando-se o contrato de 'Mútuo' e garantia hipotecária, de fls. 110/123, verifica-se que a financiadora instituiu como sua mandatária a Construtora Marcovena S/A, que depois foi adquirida pela 'UNIMOV', que incorporou a obra, podendo compromissar as vendas e receber o preço das unidades para repasse em seguida.

É o que se vê das cláusulas 20 a 22, do contrato de financiamento, às fls. 118/119 dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido o repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque integrariam elas a garantia hipotecária.

Assim, face aos termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com seus compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houveram com culpa, sendo que o mesmo não se pode afirmar em relação à embargada." (fls. 510/511)

6. Por fim, refiro que esta eg. Quarta Turma já apreciou situação assemelhada, quando do julgamento do REsp nº 78.459/RJ, e assim decidiu:

"Embargos de terceiro. Promessa de compra e venda. Execução hipotecária. Imóvel financiado pelo SFH.

O promissário comprador que adquire imóvel financiado pelo SFH e emite notas promissórias em favor da construtora, que as cede fiduciariamente ao agente financeiro, tem ação de embargos de terceiro contra a penhora do seu apartamento, efetuada na execução promovida pela financeira, ou por quem o substituiu, contra a construtora e promitente vendedora, pois a sua

REsp nº 187940-SP - voto *Superior Tribunal de Justiça*

responsabilidade se limita ao pagamento do seu débito, que pode ser executado diretamente contra ele pela credora que recebeu os títulos em cessão fiduciária.

Recurso conhecido e provido."

7. Posto isso, conheço do recurso, por ofensa aos dispositivos legais acima citados e lhe dou provimento para restabelecer a r. sentença.

É o voto.



RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SÃO PAULO (98/0066202-2)

RELATOR : MIN. RUY ROSADO DE AGUIAR
RECTE : WULF FALIM E CONJUGE
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA E
OUTROS
RECDO : DELFIM S/A CREDITO IMOBILIARIO
ADVOGADO : ADHEMAR IERVOLINO E OUTROS

ADITAMENTO AO VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, acrescento às ponderações já resumidas que me parece bastante o fato de o expediente bancário se encerrar antes do exaurimento do prazo para a interposição do recurso.

Faço registro porque não me parece razoável adotar entendimento de que somente para quem apresenta o recurso no último dia, assim também para o que vem no penúltimo dia, se procede ao abrandamento das conseqüências da falta de concomitante recolhimento do valor das custas.

Amesquita

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SÃO PAULO (98/0066202-2)

VOTO-PRELIMINAR

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, se o prazo é estipulado em dias, a limitação por hora parece-me incompatível com o sentido da lei.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

Rouvenor

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SÃO PAULO (98/0066202-2)**VOTO-MÉRITO**

O SENHOR MINISTRO BUENO DE SOUZA: Senhor Presidente, a financiadora não foi feliz em suas relações contratuais com a financiada, que recolheu as prestações ajustadas como terceiro adquirente, mas não as destinou ao resgate do débito.

A espécie já foi objeto de exame por esta Quarta Turma. Na ocasião, votei neste sentido e não vejo razões pelas quais deva rever meu entendimento. Por essa razão, acompanho o eminente Relator, para restabelecer a sentença de primeiro grau, que julgou procedentes os embargos de terceiros.

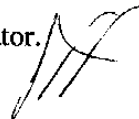


RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SP

V O T O - P R E L I M I N A R

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Acompanho o Ministro-Relator.



RECURSO ESPECIAL Nº 187.940 - SP

V O T O - M É R I T O

O SR. MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA:

Acompanho o Sr. Ministro-Relator.

Recordo-me bem dos julgamentos anteriores, se não me engano nos REsps 78.459-RJ e 171.421-SP, quando esta Turma, por maioria, sufragou o entendimento que ora se vê reproduzido em parte no voto do Ministro **Ruy Rosado de Aguiar**. Naquela ocasião, um outro aspecto foi abordado, atinente à eficácia ou não da hipoteca em face da Lei nº 8.009. No caso presente não se encontra esse fundamento. No entanto, os demais que alicerçam o voto do em. Relator também tiveram acolhida nesta Turma.

Vejo que, além de todos os aspectos jurídicos trazidos pelo Sr. Ministro-Relator, há um outro, relevantíssimo, que se encontra nas entrelinhas do voto, e que tem resguardo no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

fvaz.

Superior Tribunal de Justiça

4ª Turma 18.02.99

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940/SP

VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, acompanho o Sr. Ministro-Relator afastando a deserção, no caso, pelo segundo motivo exposto por S. Exª e na forma com que acaba de mencionar o Sr. Ministro Sálvio de Figuciredo Teixeira.

Assina o Relator Ministro F.

RECURSO ESPECIAL Nº 187.940/SP**VOTO-MÉRITO**

O SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO: Srs. Ministros, também acompanho o Eminente Ministro-Relator na linha dos precedentes desta Turma, sobretudo do Recurso Especial nº 78.459. Tratando-se de imóvel construído com a destinação específica da venda a terceiros, nesses casos a hipoteca constituída não é eficaz em relação aos adquirentes de boa-fé.

Barros Monteiro

Superior Tribunal de Justiça

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

QUARTA TURMA

Nro. Registro: 98/0066202-2

RESP 00187940/SP

PAUTA: 11 / 02 / 1999

JULGADO: 18/02/1999

Relator

Exmo. Sr. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Min. BARROS MONTEIRO

Subprocurador-Geral da República

EXMA. SRA. CLAUDIA SAMPAIO MARQUES

Secretário (a)

CLÁUDIA AUSTREGÉSILO DE ATHAYDE

AUTUAÇÃO

RECTE : WULF FALIM E CONJUGE
ADVOGADO : FRANCISCO DE ASSIS PEREIRA E OUTROS
RECDO : DELFIM S/A CREDITO IMOBILIARIO
ADVOGADO : ADHEMAR IERVOLINO E OUTROS

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. Adhemar Iervolino, pela Recorrida.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA ao apreciar o processo em epigrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Votaram com o Relator os Srs. Ministros Bueno de Souza, Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de fevereiro de 1999


SECRETÁRIO(A)