

Direito de preferência: credor hipotecário ou credor condominial? Direito vigente e futuro Código Civil.*

VALTER ALEXANDRE MENA
Juiz de Direito em São Paulo

O direito de preferência do credor hipotecário não prejudica o credor condominial: aquele recebe o imóvel, ou o quanto vale, depois de quitar o débito condominial.

1. Discute-se, coexistindo credor hipotecário e credor condominial, sobre direito de preferência.

Ponderável corrente defende a precedência do primeiro, ainda que não haja proposto a execução e penhorado o imóvel hipotecado (STJ, 3ª T., REsp. nº 53.311-SP, rel. min. MENEZES DIREITO, j. em 26/11/96, v.m.; 2º TACivSP, 8ª Câmara, AI nº 672.351-00/6, rel. juiz RUY COPPOLA, j. 14/12/2000, v.u., citando AI nº 569.174-00/4, rel. juiz MILTON SANSEVERINO), chegando-se mesmo a afirmar que o arrematante não é responsável pelos débitos vencidos até a arrematação (2º TACSP, 12ª C., Ap. nº 600.201-00/4, rel. juiz PALMA BISSON, j. 15/3/2001; 7ª C., AI nº 713.443-00/5, rel. juiz AMÉRICO ANGÉLICO, j. 16/10/2001), pela só consideração de que o direito real

* Artigo escrito em julho de 2002.

prefere ao pessoal de qualquer espécie (CC, art. 1.560) e por aplicação analógica do art. 677 do CC.

Outra ponderável corrente sustenta a precedência do condomínio (TJRJ, 2ª C.Cível, AI nº 1.321/99, v.u., j. 30/03/99, RF 350/272; STJ, 3ª T., REsp nº 199801-RJ, rel. min. WALDEMAR ZVEITER, j. 16/06/2000, v.m., RSTJ 140/344), sob fundamento de se tratar de obrigação *propter rem*, que adere à coisa e decorre de despesas necessárias a sua conservação e subsistência.

Passando ao largo, por ora, da utilidade de se falar em prelação (v. adiante, item 4), não vejo muita dificuldade em aderir à última.

2. É certo que o CC dispõe que o crédito real prefere ao pessoal de qualquer espécie (art. 1.560; de forma semelhante, o futuro Código Civil, Lei nº 10.406, de 10/01/2002, art. 961 c/c art. 1.422). Mas também é certo, todos o afirmam em uníssono, que a obrigação *propter rem* ou *ob rem* (assim se caracterizam as despesas de condomínio) constitui um **tertium genus**, vale dizer, nem é real, nem pessoal.

Logo, atento aos ditames da lógica formal (princípios da identidade e não-contradição e do terceiro excluído), forçoso reconhecer que o mencionado art. 1.560, que se refere a direito real e a direito pessoal, a ela, terceiro gênero, **não se aplica**.

Teria então o velho Código Civil de 1916 ignorado a matéria, de certa forma irrelevante no início do século XX, mais ainda no final do século XIX? Como se sabe, o Projeto primitivo foi elaborado por CLOVIS BEVILAQUA entre abril e outubro de 1899; o projeto revisto foi encaminhado ao Congresso em novembro de 1900 e transformado na Lei nº 3.071 em 1º de janeiro de 1916 (RUI BARBOSA, *Parecer Sobre a Redação do Código Civil*). A primeira lei de condomínios, nº 5.481, que é de 1928, nada dispôs a respeito, somente vindo a fazê-lo a Lei nº 4.591, de 1964). Não! O velho Código estabeleceu, no art. 1.564:

“Do preço do imóvel hipotecado, porém, serão deduzidas as custas judiciais de sua execução, bem como as despesas de conservação com ele feitas por terceiro, mediante consenso do devedor e do credor, depois de constituída a hipoteca” (grifei). Observe-se o advérbio *“porém”*, de caráter nitidamente expletivo, como também o fazia o projeto primitivo, com advérbio equivalente: *“Art. 1.567. São, todavia, deduzidas...”* — a não deixar dúvida sobre o objetivo da norma.

CLÓVIS assim comenta o dispositivo: *“O privilégio das despesas de conservação, feitas por terceiro, é inovação do Código Civil, em face do direito anterior, embora não passe de uma sobrevivência do Direito Romano. Justifica-se, porque, sem essas benfeitorias, o prédio se teria deteriorado ou arruinado, em prejuízo de todos os credores”* (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, Livraria Francisco Alves, 1926, vol. V, tomo 2, p. 355).

Nem se queira reduzir o alcance do dispositivo para afirmar que a locução *“despesas de conservação”* não abrangeria as acessões (obras que criam coisa nova, CC, arts. 545/549) ou benfeitorias necessárias, ou úteis, ou voluptuárias (CC, art. 63, §§ 1º, 2º e 3º), ou outras despesas de simples administração. Como se sabe, um prédio de condomínio horizontal (constituído de um único edifício, torre ou lâmina, ou de vários, como os conjuntos residenciais ou comerciais) se valoriza ou se desvaloriza (no todo ou cada unidade autônoma) segundo a forma como é administrado e as obras civis e serviços que oferece: construção (e conseqüente manutenção onerosa) de piscina ou jardim (voluptuária), ampliação ou cobertura de garagem (útil), impermeabilização, pintura, substituição de prumadas elétrica e hidráulica (necessárias); manutenção permanente de elevadores, bombas d'água, antena coletiva, interfone, jardinagem, limpeza de pisos e paredes e até simples varrição. Tudo absolutamente

necessário, como necessário o serviço de zeladoria e portaria, seja para administrar esses serviços, seja para impedir invasões.

Ora, quem questiona que o valor de mercado de uma unidade autônoma varia segundo essas obras e serviços sejam ou não realizadas, sejam de melhor ou pior qualidade? É tudo isso que se deve entender por “*despesas de conservação*”, pela qual se presume o interesse dos credores, e sem a qual “*o prédio se teria deteriorado ou arruinado, em prejuízo de todos os credores*”.

Simples, assim, entender a previsão legal (art. 1.564): o titular de direito real de garantia (hipoteca), não pago, pode satisfazer-se com a própria coisa (ou — proibido o pacto comissório, CC, art. 765; CC2002, art. 1.428 — com o valor que ela representa, CPC, art. 709, o que é quase o mesmo). Para isso, necessário primeiro que a coisa ainda exista; segundo, não esteja depreciada. Ora, a coisa só continua existindo e sem expressiva deterioração porque terceiros (frise-se: estranhos à relação entre condômino e credor hipotecário), sem oposição desse credor (muito pelo contrário), dela cuidam, conservam-na. Vale dizer: protegem o bem em benefício do credor, impedindo que desapareça ou se deteriore a ponto de nada valer, ou valer muito pouco, a dano de todos.

Se me for permitido construir uma imagem, para melhor visualizar a distinção, poder-se-ia dizer que o direito real é como uma capa que envolve a coisa, enquanto a obrigação *propter rem* é como uma bactéria benigna instalada na coisa. Aquele é externo, protegendo-a de agressões de outros credores; esta é interna, protegendo a coisa de se auto-destruir (o que explica, *v.g.*, o leite longa vida...).

Significa, então, que o credor hipotecário terá incontestemente direito de preferência para receber seu crédito, ou parte dele se a coisa não o cobrir por inteiro. **Mas, antes**, terá de pagar aos terceiros o quanto despenderam conservando-a, sob pena de inequívoco enriquecimento indevido.

É exatamente o que dispõe o art. 13 da Lei nº 7.203, de 3/7/84 (trata da assistência e salvamento de embarcação, coisa ou bem em perigo no mar, nos portos e nas vias navegáveis interiores): “*Art. 13. As dívidas decorrentes das operações de assistência e salvamento gozam de privilégio em relação às embarcações, coisas ou bens que estavam em perigo, tendo preferência mesmo em relação aos créditos garantidos por hipoteca ou penhor sobre os referidos bens*” (grifei).

Se assim não fosse, para que salvá-las? Se não salvadas, o que receberia o credor real

Interessante notar que o futuro Código Civil (art. 964-II) repete o atual (art. 1.566-II): “*Têm privilégio especial: II - sobre a coisa salva, o credor por despesas de salvamento*”; mas não reproduz o art. 1.564 do atual, em evidente descompasso com a legislação intermediária (Lei nº 7.203/84). Mas também não desampara totalmente, como se vê da regra genérica do art. 1.422: “*O credor hipotecário e o pignoratício têm o direito de excutir a coisa hipotecada ou empenhada, e preferir, no pagamento, a outros credores, observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro. Parágrafo único. **Excetua-se** da regra estabelecida neste artigo as dívidas que, **em virtude de outras leis**, devam ser pagas precipuamente a quaisquer outros créditos*” (grifei).

Há outras leis que protegem o crédito condominial.

Com efeito, nunca se questionou que “*o adquirente responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas*” (redação primitiva do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64).

Mais: em virtude da redação atual do citado dispositivo, dada pela Lei nº 7.182/84 (“*a alienação dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio*”), o débito condominial não apenas afasta a

impenhorabilidade do imóvel considerado bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 3º, inc. IV), como o torna **inalienável** enquanto não quitado esse mesmo débito (STJ, 3ª T., REsp nº 199.801-RJ, j. 16/05/2000, rel. min. WALDEMAR ZVEITER). Mais ainda: até mesmo a impenhorabilidade de imóvel compromissado por instituto de previdência (Decreto-lei nº 7.379/45, art. 3º) deixa de existir, pelo reconhecimento de que tais despesas não constituem dívidas do proprietário-condômino, mas sim encargos da própria coisa, acompanhando-a e sendo por ela garantidas, seja quem for o dono (STJ, 4ª T., Resp nº 218838-SP, j. 08/05/2001, rel. min. ALDIR PASSARINHO).

É, também, o que ocorre com o crédito tributário imobiliário, que se sub-roga no adquirente (CC, art. 677, parágrafo único, sem correspondente no futuro CC; CTN, art. 130 e 131-I) e, no caso de arrematação em hasta pública, sobre o respectivo preço (CTN, art. 130, parágrafo único). Da mesma forma, os débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas: sem sua quitação, não é expedido novo Certificado de Registro de Veículo, nem permitido seu licenciamento (CTB, Lei nº 9.503/97, art. 124 e 131, § 2º).

3. A anterioridade, ou não, da hipoteca, é totalmente irrelevante. Pondere-se: ao conceder o financiamento (muitas vezes justamente para possibilitar a própria construção do prédio, ou logo depois de concluída), tinha e tem o credor plena ciência daquilo que estava recebendo em garantia — um imóvel intrinsecamente sujeito a gerar despesas de conservação e de manutenção, por sua própria natureza. Sabia, ou devia saber, do eventual inadimplemento do mutuário em relação ao condomínio, e nada o impedia de acrescentar cláusula de vencimento antecipado do mútuo para tal hipótese. Displícite com o devedor, deixando indefinidamente acumular a dívida hipotecária, cujo aumento do saldo devedor geralmente supera o valor do próprio bem, sem ajuizar a execução, claro que nada sobraria para o credor condominial.

4. Por tudo isso que, logo no início, questioneei a utilidade prática de se falar em direito de preferência. Voltando à imagem antes mencionada: se dois credores pudessem se apropriar da coisa para satisfação de seus créditos, não há dúvida de que o credor hipotecário, titular de direito real (CC, art. 677), protegido pela capa que envolve a coisa, tem preferência no apossamento. Mas apossar-se do quê? Aquilo que está escondido sob a capa tanto poderá estar intacto, valendo 100, como arruinado ou depreciado, valendo 80 ou nada. Aí termina sua preferência: “pegar a coisa como está”. Significa isso que, se a coisa estiver intacta — por obra de terceiros que, sem oposição daquele, despenderam na sua conservação —, o não-reembolso dos terceiros possibilitará ao credor hipotecário se apossar de mais do que seria esperável.

Talvez o valor da coisa não quite a dívida hipotecária. De qualquer forma não quitaria e o rombo seria maior ainda, não fossem as bactérias benignas que a protegeram.

Inexorável, assim, que o débito condominial, de caráter *propter rem*, se transfere ao arrematante (ARAKEN DE ASSIS, *Manual do Processo de Execução*, 6ª ed., RT, § 232.7, p. 650; STJ, 3ª T., REsp nº 199.801-RJ, j.16/05/2000).

5. Sabe-se que o imóvel hipotecado pode perfeitamente ser penhorado por credor quirografário (STF, 1ª T., RE nº 103.425-4-SP, rel. min. NÉRI DA SILVEIRA); e que é nula a praça sem intimação do credor hipotecário (CPC, art. 615-II; 619; 694, parágrafo único; 698; 1047-II). Pois bem: a hipoteca se extingue pela arrematação ou adjudicação (CC, art. 849-VII) em execução promovida pelo credor hipotecário, ou

ainda em execução proposta por quirografário, desde que, intimado, aquele nada requerer (CC, art. 849-VII c.c. art. 826, CC2002, arts. 1.499 e 1.501; WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil*, 3º vol. *Direito das Coisas*, 30ª ed., 1993, p. 437; ORLANDO GOMES, *Direitos Reais*, 9ª ed., 1985, p. 379; CAIO MÁRIO, *Instituições*, 10ª ed., vol. IV, 1993, p. 290; STF, RTJ 97/817, 99/901; STJ, RSTJ 57/433).

Em resumo: promovida a execução pelo credor hipotecário, a eventual adjudicação ou arrematação não prejudicará a massa condominial, cujo crédito acompanhará a coisa qualquer que seja o proprietário. Promovida pelo credor condominial, e satisfeito de seu crédito, o saldo reverterá em favor do credor hipotecário.

6. Finalmente, põe-se questão processual prática, abordada com maestria por JÚLIO CÉSAR SILVA DE MENDONÇA FRANCO, ilustre juiz de Direito da Capital (*Successão Subjetiva no Vértice Negativo da Execução de Crédito Condominial, inédito*): como fica o pólo passivo da execução promovida pelo condomínio depois da arrematação do imóvel por credor hipotecário (nesse mesmo processo, por conta de seu crédito, sem nada depositar; ou em leilão extrajudicial, Decreto-lei nº 70/66)? E, após longa e minuciosa exposição, conclui: se for pedido pelo exeqüente, ou se este anuir ao pedido de ingresso feito pelo arrematante, este poderá ser incluído no pólo passivo, em substituição ao devedor originário; se não houver tal pedido ou tal anuência, o proprietário original permanecerá no pólo passivo, atuando em nome próprio mas como substituto processual do arrematante, que poderia intervir apenas como assistente, mas com uma desvantagem para o credor: a impossibilidade de nova penhora do mesmo bem, agora pertencente ao substituído (arrematante) e não mais ao substituto (proprietário original).

Do quanto anteriormente se expôs, com a devida vênia, tenho que a questão processual é apenas aparente.

A partir do instante em que a lei estabeleceu que “o adquirente responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas” (redação primitiva do art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64); que “a alienação **dependerá de prova de quitação das obrigações do alienante para com o respectivo condomínio**” (mesmo dispositivo, na redação dada pela Lei nº 7182/84), o que a torna **inalienável** enquanto não quitado (STJ, 3ª T., REsp nº 199.801-RJ); a partir do instante em que se reconhece que as despesas de condomínio não constituem dívidas do proprietário-condômino, mas sim **encargos da própria coisa**, acompanhando-a e sendo por ela garantidas, **seja quem for o dono** (STJ, 4ª T., REsp nº 218.838-SP), forçoso concluir que o problema nem se põe.

Basta, nos exatos termos da lei, não deferir a adjudicação ou a arrematação, sem a prévia quitação do débito condominial. Quanto ao leilão extrajudicial, considerar ineficaz a arrematação, se não foi intimado o condomínio (o credor hipotecário sabe que a coisa produz despesa e é seu dever perseguir a prova da quitação), da mesma forma que o é quando não intimado o credor hipotecário (CPC, art. 619).