

Ação judicial para liberação de hipoteca e obtenção de escritura definitiva

Jaques Bushatsky

I

Celebrado instrumento particular de compromisso de compra e venda de unidade autônoma em construção, passado algum tempo, mercê do adimplemento das parcelas, deixa de existir qualquer pendência obrigacional de parte do adquirente, que impeça a outorga da escritura definitiva pela vendedora.

É nesse momento que se aturdem os adquirentes, com a ciência da existência de hipoteca e a recusa da Instituição Financeira, beneficiária do Sistema Financeiro de Habitação (*SFH*), credora hipotecária em decorrência de pacto ajustado com a vendedora - empreendedora, em proceder ao necessário cancelamento desse gravame.

Ato contínuo, a vendedora declara-se impossibilitada de outorgar a escritura, pois esta não teria nenhuma eficácia prática, em razão do gravame que incide sobre o imóvel, apontada a intransigência da Instituição Financeira em levantar a comentada hipoteca. Ou se muito, dispõe-se a empreendedora à outorga, mas não ao cancelamento da hipoteca, fora de seu alcance, exceto de liquidado o mútuo garantido.

Em suma o adquirente, paga o preço ajustado, a vendedora, entrega o imóvel, mas não se transmite a propriedade com a imaginada e esperável regularidade.

É nessa situação que se indaga: cabe ação judicial para a liberação da hipoteca e a outorga da escritura definitiva de venda e compra?

II

A pretensão ao recebimento da escritura livre de hipoteca, nas hipóteses em que se insira o empreendimento no *SFH* encontra fundamento jurídico no disposto no artigo 43¹ do Decreto-Lei 70 de 21/06/66, bem como nos artigos 22³ e 23⁴ da Lei 4.864/65.

A leitura desses dispositivos afasta maiores e desnecessárias incursões no objetivo vislumbrado pelo legislador, sobretudo se considerado que os financiamentos para construção ou venda dos imóveis, cujos valores sejam oriundos do *SFH*, somente poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos provenientes da alienação das unidades habitacionais. O regrário não contempla a hipoteca, portanto.

Ademais, o agente financeiro não poderia gravar os imóveis a serem construídos com ônus hipotecário, uma vez que esses bens imóveis serão sabidamente vendidos a terceiros que, por certo, não poderão ser responsabilizados por duas dívidas: a própria, advinda da compra do bem; e a da *Construtora*, referente ao financiamento para construção do empreendimento.

Aliás, o que restaria ao adquirente de imóvel hipotecado que não se obrigou a liquidar a dívida do credor hipotecário, senão abandonar o imóvel⁵ ou pagar o débito e promover ação de regresso ante o vendedor⁶ ?

Bem por isso as normas em questão permitem que os agentes financeiros resguardem o seu crédito apenas por meio dos mecanismos contidos em seu bojo (caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes das alienações dos imóveis), sendo-lhes vedada qualquer outra forma de garantia que possa atingir terceiros.

Solidária à angústia vivida pelos adquirentes de imóveis em tais situações, firmou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"Promessa De Compra E Venda - Embargos De Terceiros - Hipoteca - SFH - A garantia hipotecária do financiamento concedido pelo SFH para a construção de imóveis não atinge o terceiro adquirente da unidade. Recurso conhecido e provido".⁷

"CIVIL E PROCESSUAL. ACÓRDÃO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. EMBARGOS DE TERCEIRO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INCIDENTE SOBRE UNIDADE AUTÔNOMA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO PELA PROMITENTE COMPRADORA. CONSTRUTORA QUE NÃO HONROU SEUS COMPROMISSOS PERANTE O FINANCIADOR DO EMPREENDIMENTO. EXECUÇÃO. PENHORA. MULTA. CPC, ART. 585, // E 538, PARÁGRAFO ÚNICO. SÚMULA N. 98 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AFASTAMENTO.

...

II. O promissário comprador de unidade habitacional pelo SFH somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864 /65".⁸

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. FUNDAMENTAÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COMPROVAÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA A CONSTRUÇÃO DE IMÓVEL (PRÉDIO COM UNIDADES AUTÔNOMAS). RECURSOS ORIUNDOS DO SFH. OUTORGA, PELA CONSTRUTORA, DE HIPOTECA SOBRE O IMÓVEL AO AGENTE FINANCIADOR. POSTERIOR CELEBRAÇÃO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM TERCEIROS ADQUIRENTES. CANCELAMENTO DA HIPOTECA.

- A hipoteca instituída pela Construtora ao agente financiador, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, que recai sobre unidade de apartamentos, é ineficaz perante os promissários -compradores, a partir de quando celebrada a promessa de compra e venda.

- Nesse caso, deve ser cancelada a hipoteca existente sobre as unidades de apartamentos alienadas a terceiros adquirentes".⁹

Hipóteses de cessão à Instituição Financeira dos direitos decorrentes da alienação dos imóveis a serem construídos no empreendimento, incluindo-se conseqüentemente cada unidade, já foram também apreciadas pelos tribunais, sempre anotado que a Instituição poderia notificar cada adquirente de unidade, para que este disponibilize eventual numerário em favor daquela. Assim,

"Demais disso, abriu mão o banco exequente, também, mostrando sua desídia em relação a seu crédito, do direito que lhe advinha do art. 22 da Lei n. 4.864/65. Tal dispositivo permitia ao banco receber seu crédito diretamente dos mutuários. Mas não o fez, preferindo deixar que estes continuassem a pagar à incorporadora, com quem fez contrato de prorrogação do débito, à revelia dos adquirentes dos imóveis que até então garantiam a dívida.

A mesma sistemática foi adotada pelo legislador quando tratou do pagamento indevido. O que recebe de boa-fé e inutiliza o título ou a garantia que asseguravam seu direito, não é obrigado a restituir. No caso dos autos, os embargantes fizeram pagamento por conta da inexistência de comando que lhes indicasse serem os mesmos inócuos à extinção da garantia que pesava sobre

seus bens. Se tal situação foi provocada pelo banco exequente, não podem ser obrigados a refazer o pagamento que visava a extinção da hipoteca, pois perderam o direito de efetua-los diretamente ao mutuante".¹⁰

Seja em razão de as verbas para a construção do imóvel, terem se originado do Sistema Financeiro da Habitação, seja em razão da injustificada leniência da Instituição Financeira quanto à eventual inadimplência da Construtora, corroborada pela sua omissão se não tiver notificado os adquirentes para que estes disponibilizassem os pagamentos para a satisfação do referido ônus, seja, finalmente, em razão da supremacia do direito de propriedade (art. 1.228 – NCC, art. 5º, incisos XXII e XXXV - CF), finda-se concluindo pela nulidade ou pelo forçoso levantamento da hipoteca existente sobre o imóvel.

III

Os fins sociais que a lei pretende contemplar e a boa-fé que há de permear os contratos, consistem sob distinto ângulo, alicerces à pretensão liberatória de titular de compromisso, que se veja surpreendido por hipoteca celebrada nos moldes ora descritos.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já teve oportunidade de proclamar¹¹ com veemência que *"Indubitavelmente, é o caso sub oculis, porquanto os autores, na melhor da boa-fé, adquiriram o apartamento que retrata a exordial, com os respectivos estacionamentos, adimpliram o preço e, de modo imoral e ilícito, visando resguardar interesses econômicos de uma grande instituição bancária e as falcatruas de uma grande construtora, hoje falida, vêem-se na iminência de perderem verdadeiro bem de família, já que nele é que residem os autores e um filho"*.

Diga-se, se a hipoteca se concretiza mediante uso de mandato outorgado pelo adquirente (esta é a situação corriqueira), ocorre flagrante violação¹² do inciso VIII do artigo 51 da Lei 8078 de 11/09/90.

Não fosse o bastante, é fácil a verificação de que estipulação da ordem da que é tratada, irrita enorme rol de dispositivos protetivos presentes na legislação do consumo, colocando o consumidor em risco desmesurado, restringindo-lhe direitos, impondo-lhe excesso¹³, o que, se de um lado erege o direito do adquirente à liberação da hipoteca, a patamar de indiscutibilidade (sob o prisma legal), evidentemente sugere futuras discussões acerca dos mecanismos legais que poderão emprestar viabilidade a empreendimentos imobiliários que dependam de financiamento¹⁴.

De resto, o novo código civil, mantendo a inteligência da antiga legislação, coibiu qualquer tipo de atentado ao constitucional direito de propriedade (art. 1.228 – NCC)¹⁵, mantendo-se fiel ao comando constitucional (art. 5º, incisos XXII e XXXV - CF).

IV

Pois bem, se o único impedimento para a lavratura da escritura definitiva é a existência de hipoteca inscrita na matrícula do imóvel em razão de obrigações mantidas com a Instituição Financeira, passa a justificar-se o ajuizamento de ação, em busca da liberação.

É notória a condição de fragilidade que acoima tais adquirentes, a par de integralmente honradas as suas obrigações, cumprindo minimizar-lhes inúmeros constrangimentos e os não descartados prejuízos econômicos, lhes possibilitando o regular exercício do direito de propriedade.

Somem-se, o efetivo conhecimento pela Instituição Financeira da destinação para venda do empreendimento e da integral quitação do preço do imóvel pelo adquirente (nessas hipóteses); a necessidade de outorga de escritura somente obstada em virtude da hipoteca estipulada ao alvedrio das regras específicas; a evidência de que o direito à escritura não pode ser abalado em

razão de tratos formulados entre vendedora e instituição financeira.

Mais recentemente, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 308 (*A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel*).

Malgrado as críticas que vêm sendo dirigidas ao texto (deveria cuidar de incorporadoras e não de construtoras; embaralharia hipotecas dentro e fora do SFH; não especificaria as situações de anuência do adquirente com a hipoteca; e assim por diante), no que diz respeito à questão ora debatida, não há margem para dúvida: a Súmula 308 deitou ares moribundos às recusas formuladas por Instituições; reforçou com nitidez a postulação judicial pelos adquirentes que perseguem a liberação de suas hipotecas.

São esses alguns tópicos que evidenciam a possibilidade da intervenção judicial, através do deferimento de antecipação de tutela, para que seja determinada a liberação da hipoteca incidente sobre o imóvel de propriedade em condições tais.

Sublinhe-se, essas condições, ora resumidas, permitem inferir a existência de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a inexistência de temor de irreversibilidade da medida, tendo em vista a integral satisfação do preço do imóvel, consubstanciada na ausência de perigo de dano à Instituição, que sempre poderá valer-se de mecanismos processuais adequados para a satisfação de eventuais créditos em face da empresa vendedora.¹⁷

São razões que tornam legal decreto de nulidade do ônus hipotecário incidente sobre o imóvel adquirido nas condições descritas, para a definitiva liberação da hipoteca e seguinte outorga da definitiva escritura, mostrando-se possível a antecipação de tutela, tendo em vista o preenchimento dos requisitos impostos pelo Código de Processo Civil.

Notas de rodapé convertidas

1. *"Art. 43. Os empréstimos destinados ao financiamento da construção, ou da venda de unidades imobiliárias poderão ser garantidos pela caução, cessão parcial ou cessão fiduciária dos direitos decorrentes de alienação de imóveis, aplicando-se, no que couber, o disposto nos §§ 1º e 2º do artigo 22 da Lei nº 4.864 de 29 de dezembro de 1965".*

Parágrafo único: As garantias a que se refere este artigo constituem direitos reais sobre os respectivos imóveis".

2. O Decreto Lei 70/66 autoriza o funcionamento das associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

3. *"Art. 22 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 pela 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.

4. Art. 23. Na cessão fiduciária em garantia referida no artigo 22, o credor é titular fiduciário dos direitos cedidos até a liquidação da dívida garantida, continuando o devedor a exercer os direitos em nome do credor, segundo as condições do contrato e com as responsabilidades de depositário.

§ 1º. No caso de inadimplemento da obrigação garantida, o credor fiduciário poderá, mediante comunicação aos adquirentes das unidades habitacionais, passar a exercer diretamente todos os direitos decorrentes dos créditos cedidos, aplicando as importâncias recebidas no pagamento do seu crédito e nas despesas decorrentes da cobrança, e entregando ao devedor o saldo porventura apurado.

§ 2º. Se a importância recebida na realização dos direitos cedidos não bastar para pagar o crédito do credor fiduciário, bem como as despesas referidas no parágrafo anterior, o devedor continuará pessoalmente obrigado a pagar o saldo remanescente.

§ 3º. É nula a cláusula que autoriza o cessionário fiduciário a ficar com os direitos cedidos em garantia, se a dívida não for paga no seu vencimento.

§ 4º. A cessão fiduciária em garantia somente valerá contra terceiros depois que o seu instrumento, público ou particular, qualquer que seja o seu valor, for arquivado por cópia no registro de títulos e documentos."

5. artigo 1479 do Código Civil

6. artigo 1481 parágrafo 4o do Código Civil.

7. STJ - RESP 239557 -SC-4a T. - *Rei. Min. Ruy Rosado de Aguiar* - DJU 07.08.2000 - p. 00113.

8. STJ - QUARTA TURMA - RESP 237538 / SP - *Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR* - DJ DATA:30/06/2003 PG-.00251.

9. STJ - TERCEIRA TURMA - RESP 431440 I SP - *Min. NANCY ANDRIGHI* - DJ D ATA: 17/02/2003 PG-.00273.

10. *1º Tacivil - 9º Câmara; AP n. 910.677-2-Campinas-SP; Re/. Juiz José Luiz Gavião de Almeida; j. 25/06/2002 - Boletim AASP n. 2337, pg. 2827/2828.*

11. Apelação Cível n. 70003385168, 19a. Câmara, julgamento aos 02/04/02, relator Desembargador GUINTER SPODE, RDI 53/292. A falida mencionada no acórdão é a "ENCOL".

12. A propósito, a Súmula 60 – STJ "*É nula a obrigação cambial assumida por procurador do mutuário vinculado ao mutuante, no exclusivo interesse deste*".

13. Convém a lembrança do inciso V do artigo 39 e do inciso IV do artigo 51, ambos do Código de Proteção do Consumidor, aliados à Portaria 03 de 15/03/01 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, a qual dá por nula (item n. 15) previsão contratual em que "*o adquirente autorize ao incorporador alienante constituir hipoteca do terreno e de suas acessões para garantir dívida da empresa incorporadora...[SIC]*"

14. E para tal, forrando as necessidades de incorporadoras e dando atenção às exigências dos bancos, vêm sendo regulados institutos tais como o "patrimônio de afetação", a "alienação fiduciária de imóvel", tudo a robustecer a certeza de que hipotecas ajustadas ao arrepio dos dispositivos legais lembrados agora, sequer possuem justificativa de índole negocial ou econômica.

15. *“Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.*

16. *Ordem que estaria inserida nos parâmetros pretendidos, a teor de “A decisão que antecipa a tutela não pode ir além da sentença possível, que por sua vez, está limitada ao pedido inicial”* (STJ, 3a. Turma, RESP 194156-RS, relator Ministro ARI PARGENDLER, DJU 23-06-2003)

17. Em idêntica demanda, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo proferiu o seguinte V. Acórdão:

“Está bem demonstrado que os cedentes de direitos e os autores cumpriram todas as suas obrigações para com a promitente vendedora. Não importa que tenham autorizado a contratação da hipoteca, porque o cumprimento integral de seus deveres contratuais os autoriza a obter a liberação do imóvel e a escritura definitiva”. (10a. Câmara, Agravo de Instrumento nº 93.940-4/0 – Campinas [MV 4.152], julgamento 03/08/99, Relator Desembargador Maurício Vidigal).