

**Hipoteca - Cancelamento - Legitimidade ativa -  
Ocorrência - Promessa de compra e venda -  
Adquirente de boa-fé - Imóvel quitado - Prova -  
Código de Defesa do Consumidor -  
Escritura definitiva**

Ementa: Apelação cível. Ação ordinária. Cancelamento de hipoteca. Legitimidade passiva. Ocorrência. Promessa de compra e venda. Preço quitado. Adquirente de boa-fé. Hipoteca cancelada.

- Legitimado passivo é aquele que integra a lide como possível obrigado, mesmo que não faça parte da relação de direito material.

- A hipoteca constituída entre a incorporadora e o agente financeiro não atinge os direitos do consumidor adquirente de boa-fé da unidade imobiliária, sendo imperiosa a escritura definitiva em seu nome, quando provado o pagamento do preço pactuado.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0145.01.016523-4/001 -  
Comarca de Juiz de Fora - Apelante: Estado de Minas  
Gerais - Apelado: Geraldo Ladeira Dutra - Relator:  
DES. MAURO SOARES DE FREITAS**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 14 de fevereiro de 2008. -  
MAURO SOARES DE FREITAS - Relator.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Trata-se de apelação interposta pelo Estado de Minas Gerais em face de Geraldo Ladeira Dutra contra r. sentença que julgou parcialmente procedente o pedido inicial na ação ordinária de nulidade de hipoteca.

Inconformado, recorre o apelante, requerendo a reforma da sentença. Suscita preliminar de ilegitimidade passiva e, no mérito, ao fundamento de que houve respeito às normas pertinentes, ao ato jurídico perfeito, da boa-fé do credor ao liberar o empréstimo, além de que não incide no caso o Código de Defesa do Consumidor, requer a improcedência do pedido, mantendo-se a hipoteca do imóvel do autor, uma vez que eficaz.

Contra-razões às f. 535/542, em que o apelado pugna pela manutenção do r. *decisum*.

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Inicialmente, apreciarei a preliminar de ilegitimidade passiva, suscitada pelo apelante.

O apelante sustentou ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo da presente ação, sob o argumento de que não participou da relação jurídica de direito pessoal existente entre o autor e a incorporadora e que, por conseguinte, a pretensão almejada na ação não pode ser oponível a ele.

Leciona Moacyr Amaral Santos que a terceira condição do direito de ação é a qualidade para agir, legitimidade ou legitimação para agir *legitimatío ad causam*. O autor deve ter título em relação ao interesse que pretende seja tutelado. Por outras palavras, o autor deverá ser titular do interesse que se contém na sua pretensão com relação ao réu.

Assim, a legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder à legitimação deste para contradizer, em relação àquele. Ali, legitimação ativa; aqui, legitimação passiva. Reproduza-se o art. 3º do Código de Processo Civil: 'para propor ou contestar a ação é necessário ter interesse e legitimidade (*Primeiras linhas de direito processual civil*. 10. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1983, p. 173).

E arremata:

São legitimados para agir, ativa e passivamente, os titulares dos interesses em conflito: legitimação ativa terá o titular do interesse afirmado na pretensão, passiva terá o titular do interesse que se opõe ao afirmado na pretensão. Fala-se então em legitimação ordinária, porque a reclamada para a generalidade dos casos (*idem*, p. 173).

Com efeito, tem-se que a legitimidade passiva, como uma das condições da ação, é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, deve ser endereçada a quem tem possibilidade, em sendo procedente o pedido, de suportar os efeitos oriundos da sentença.

E, como diz Humberto Theodoro Júnior,

legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse firmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão (*Curso de direito processual civil*. 38. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 54).

*In casu*, o apelado ajuizou a presente ação contra o suposto obrigado Banco de Desenvolvimento de Minas Gerais S.A., que firmou a hipoteca sobre o imóvel litigioso, e também contra a Construtora Alber Ganimi Ltda., com quem firmou o contrato de promessa de compra e venda de imóvel, visando à liberação daquele ônus real que foi gravado no imóvel em favor do apelante. Por tal motivo, o apelante é possível obrigado, pois suportará os efeitos da condenação.

A certeza da referida obrigação resultará da análise do mérito da demanda, com a análise das provas produzidas sobre a possibilidade de cancelamento ou não da garantia hipotecária que recaiu sobre o imóvel adquirido pelo apelado.

Assim, rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva.

Relatam os autos que o autor, ora apelado, na qualidade de promissário comprador, adquiriu uma unidade autônoma nº 1405, com uma vaga de garagem, incluindo a fração ideal do terreno correspondente, situada no Edifício Gláucia de Almeida Fortini, na Avenida Independência, nº 1.630, em Juiz de Fora/MG, empreendimento imobiliário promovido pela Construtora Alber Ganimi Ltda., sendo certo que, após a celebração dessa promessa de compra e venda, em 16.11.1993 (f.17/20), e o pagamento do preço avençado, celebrou um contrato particular de abertura de crédito com garantia hipotecária com o Banco de Crédito Real de Minas Gerais, em 28.02.1994, dando em garantia o terreno onde seria incorporado o Edifício Gláucia de Almeida Fortini e suas benfeitorias e acessões.

Importante ressaltar que a mais recente jurisprudência tem declarado a ineficácia ou o cancelamento da garantia hipotecária gravada sobre as unidades autônomas de um empreendimento, quando este ônus real é dado em garantia do financiamento daquele empreendimento.

Isso porque o credor hipotecário, certamente uma instituição financeira, como de fato ocorreu no presente caso, age com negligência em não observar a situação do empreendimento já oferecido ao público e, muitas vezes, com preço total ou parcialmente pago por terceiros adquirentes de boa-fé.

Dessa forma, a financeira que negocia com a incorporadora sem cercar-se das cautelas necessárias para a concessão de vultosas somas em dinheiro corre um grande risco ao não investigar a capacidade financeira da empresa construtora, por saber que o bem dado em garantia é objeto de contrato de compra e venda, além de ser o risco inerente à sua atividade.

Essa foi a situação dos autos, visto que o beneficiado pelo gravame hipotecário é um agente financeiro (BDMG, pertencente ao Estado, ora apelante) que, para garantir o contrato celebrado com a construtora Alber Ganimi Ltda. para a construção do bem litigioso, fê-lo com cláusula de garantia hipotecária.

Assim, o negócio jurídico firmado entre a construtora e o agente financiador não pode atingir os direitos do apelado, como consumidor e adquirente da unidade autônoma através do contrato de compra e venda cujo valor foi inteiramente quitado.

Em razão disso, e como a relação jurídica existente entre o apelado e a construtora claramente é abrangida pelas disposições contidas no Código de Defesa do Consumidor, a escritura do imóvel litigioso já quitado não poderá se subordinar ao ônus hipotecário realizado em favor do Estado, leia-se BDMG. Caso contrário, repassaria o risco inerente às atividades financeiras e imobiliárias ao consumidor hipossuficiente.

Ora, o Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo proteger aquele que é economicamente mais fraco, sendo certo que os princípios da autonomia da vontade, da intangibilidade dos contratos, do *pacta sunt servanda*, na forma originalmente concebida, foram mitigados, prestigiando-se, atualmente, a boa-fé e a função social do contrato, buscando sempre o equilíbrio das obrigações entre as partes.

Assim, se a hipoteca foi firmada apenas entre a construtora e a instituição financeira, deve esta assumir o risco inerente ao negócio jurídico e aquela, não transferir ao consumidor o ônus pelo seu inadimplemento, mormente em face da legislação consumerista.

Nesse sentido, já se pronunciou o colendo Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

Direito civil. Recurso especial. SFH. Contrato de financiamento. Unidade de apartamentos. Hipoteca constituída sobre imóvel já prometido à venda e quitado. Invalidez. Princípio da boa-fé. Código de Defesa do Consumidor. Ofensa. Caracterização. Encol. Negligência da instituição financeira.

I - É nula a cláusula que prevê a instituição de ônus real sobre o imóvel, sem o consentimento do promitente-comprador, por ofensa ao princípio da boa-fé objetiva, previsto no Código de Defesa do Consumidor.

II - Não prevalece diante do terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto ao agente financeiro, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação. Dessarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito.

III - Consoante já decidiu esta Corte: 'é negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos'.

Da mesma forma, 'ao celebrar o contrato de financiamento, facilmente poderia o banco inteirar-se das condições dos imóveis, necessariamente destinados à venda, já oferecidos

ao público e, no caso, com preço total ou parcialmente pago pelos terceiros adquirentes de boa-fé' (Precedentes: REsp nº 239.968/DF, DJ de 04.02.2002 e REsp nº 287.774/DF, DJ de 02.04.2001 e EDResp nº 415.667/SP, de 21.06.04). Recurso especial não conhecido (STJ. 3ª Turma. REsp 617045/GO. Relator Ministro Castro Filho. DJ de 28.10.2004).

Ante tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida em sua íntegra.

Custas, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os Desembargadores CLÁUDIO COSTA e MARIA ELZA.

Súmula - NEGARAM PROVIMENTO.

...