

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**BRUNO HENRIQUE TENÓRIO TAVEIRA**

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:  
REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

Belo Horizonte  
2019

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO**

**BRUNO HENRIQUE TENÓRIO TAVEIRA**

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:  
REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Marcelo de Oliveira Milagres

Belo Horizonte  
2019

---

T232i Taveira, Bruno Henrique Tenório  
Incorporação imobiliária: realização do direito fundamental à moradia  
/ Bruno Henrique Tenório Taveira. – 2019.

Orientador: Marcelo de Oliveira Milagres.  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

1. Direito civil – Teses 2. Incorporação imobiliária – Teses 3. Direitos  
fundamentais – Teses 4. Direito à moradia – Teses I.Título

CDU 347.242

BRUNO HENRIQUE TENÓRIO TAVEIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA  
REALIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres – Orientador

---

Prof. Dr. Marcelo Andrade Féres – UFMG

---

Prof. Dr. Edgar Audomar Marx Neto – UFMG

Belo Horizonte  
2019

*Dedico ao meu pai, pelo exemplo de esforço ao trabalho, e à minha mãe, por sempre incentivar meus estudos.*

## **AGRADECIMENTOS**

*Agradeço, de modo especial, ao professor Marcelo de Oliveira Milagres pela paciência durante a orientação, pelo seu exemplo como professor e pesquisador e por, com suas lições, ajudar a manter a relevância do direito privado no cenário da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.*

*Agradeço aos professores Marcelo Andrade Féres e Christian Sahb Batista Lopes pela participação na banca do exame de qualificação e pelos valiosos apontamentos.*

*Agradeço à equipe da 2ª Vara Cível da Comarca de Ponte Nova/MG e a todos que fizeram parte do Programa Julgar, instituído junto à Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, na gestão do saudoso Desembargador Herbert Carneiro, pelos debates na elaboração das diversas sentenças e decisões.*

## RESUMO

O objeto do presente estudo é analisar a incorporação imobiliária a partir das razões que levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula n.º 308, bem como a possibilidade – ou não – da coexistência dos interesses das instituições financeiras, dos incorporadores e dos promitentes compradores de unidades imobiliárias autônomas. O trabalho analisa o patrimônio de afetação como uma tentativa de proteção aos adquirentes dos imóveis, além de estudar os fundamentos utilizados pela jurisprudência para a vulnerabilidade da garantia hipotecária, notadamente a função social do contrato e a boa-fé objetiva. Com o escopo de trazer contribuições teóricas da academia para a aplicação prática dos institutos, apresenta-se a causa do contrato de incorporação imobiliária e certo desconforto com o conteúdo da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça – que parece romper com as bases do sistema jurídico brasileiro –, para, ao final, concluir-se que o estudo dos direitos fundamentais e de sua eficácia horizontal pode levar ao verdadeiro fundamento jurídico a amparar e sustentar eventual manutenção do entendimento jurisprudencial, qual seja, a existência do direito fundamental à moradia. Aliado ao tradicional enfoque dogmático/interpretativo, será privilegiado o método indutivo no trabalho, a partir da observação da realidade econômica e das relações imobiliárias. A estrutura do texto está disposta a partir dos seguintes eixos principais: a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação, a função social do contrato e a boa-fé objetiva como fundamentos da vulnerabilidade da garantia hipotecária na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o direito à moradia, como verdadeiras razões para a manutenção do entendimento jurisprudencial. Como resultado, aponta-se a necessidade de proteção aos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas sem que, com isso, violem-se os interesses legítimos dos incorporadores e das instituições financeiras.

**PALAVRAS-CHAVE:** Incorporação imobiliária; Função social do contrato; Boa-fé objetiva; Direitos fundamentais; Eficácia horizontal; Direito à moradia.

## ABSTRACT

The purpose of the present study is to analyze the real estate development based on the reasons that led the Superior Court of Justice to edit Precedent nº 308, as well as the possibility - or not - of the coexistence of the interests of financial institutions, developers and buyers of autonomous real estate units. The paper analyzes the equity of affectation as an attempt to protect the purchasers of real estate, as well as to study the grounds used by the jurisprudence for the vulnerability of the mortgage guarantee, especially the social function of the contract and the objective good faith. With the scope of bringing theoretical contributions from the academy to the practical application of the institutes, it is presented the cause of the contract of real estate development and a certain discomfort with the content of Precedent nº 308 of the Superior Court of Justice - which seems to break with the bases of the Brazilian legal system -, in order to conclude that the study of fundamental rights and their horizontal effectiveness can lead to the true legal basis to support and sustain eventual maintenance of jurisprudential understanding, namely, the existence of the fundamental right to housing. Coupled with the traditional dogmatic / interpretive approach, the inductive method at work will be privileged, based on the observation of economic reality and real estate relations. The structure of the text is based on the following main axes: the real estate incorporation and the equity of affectation, the social function of the contract and the objective good faith as grounds for the vulnerability of the mortgage guarantee in the jurisprudence of the Superior Court of Justice and the effectiveness fundamental rights and the right to housing, as real reasons for maintaining the jurisprudential understanding. As a result, it is pointed out the need to protect the purchasers of autonomous real estate units without thereby violating the legitimate interests of the incorporators and financial institutions.

**KEY WORDS:** Real estate development; Social function of the contract; Objective good faith; Fundamental rights; Horizontal effectiveness; Right to housing.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO.....	15
1.1 Histórico da incorporação imobiliária.....	15
1.2 A incorporação imobiliária e o regime jurídico da Lei n.º 4.591/64.....	17
1.2.1 Conceito e evolução da incorporação.....	19
1.2.2 Incorporador.....	21
1.2.3 Adquirente.....	22
1.3 A incorporação imobiliária e seus aspectos contratuais.....	23
1.3.1 A caracterização geral do contrato de incorporação imobiliária.....	23
1.3.2 A classificação do contrato de incorporação imobiliária.....	25
1.3.3 A formação e extinção do contrato de incorporação imobiliária.....	26
1.3.4 Objeto do contrato de incorporação imobiliária.....	27
1.3.5 Partes do contrato de incorporação imobiliária.....	27
1.3.6 Forma do contrato de incorporação imobiliária.....	28
1.3.7 A causa do contrato.....	29
1.4 Deveres e obrigações do incorporador.....	35
1.4.1 Dever de arquivar o memorial de incorporação.....	35
1.4.2 Dever de informação na publicidade, validade do registro da incorporação e prazo de carência.....	38
1.4.3 Dever de celebrar o contrato com o adquirente de unidade imobiliária autônoma.....	40
1.4.4 Obrigação de promover a edificação e transmitir a unidade imobiliária pronta e acabada ao adquirente nas especificações do contrato e deveres na realização da obra.....	42
1.4.5 Deveres e obrigações após a entrega da unidade imobiliária e a garantia da obra.....	44
1.5 Direitos do incorporador.....	45
1.5.1 Direito de receber o pagamento do preço da unidade imobiliária.....	46
1.5.2 Direito de retenção da unidade como garantia do recebimento do crédito.....	48
1.5.3 Direito de desistência da realização da incorporação.....	48
1.5.4 Prazo de tolerância no atraso da obra.....	48
1.6 Deveres e obrigações do adquirente.....	52
1.7 Direitos do adquirente.....	53
1.8 Os riscos do contrato de incorporação imobiliária.....	55
1.9 A necessidade de criação de uma estrutura de segurança e contenção dos riscos do contrato de incorporação imobiliária.....	56
1.10 O patrimônio de afetação como uma tentativa de proteção ao adquirente de unidade imobiliária autônoma.....	62
1.10.1 O patrimônio no direito privado: a teoria clássica ou personalista.....	62
1.10.2 O patrimônio separado e a afetação.....	63
1.10.3 A utilização do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.....	68
2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTOS DA VULNERABILIDADE DA GARANTIA HIPOTECÁRIA NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	71
2.1 A ineficácia da hipoteca firmada entre o incorporador e a instituição financeira como uma tentativa jurisprudencial de proteção ao adquirente de unidade autônoma em incorporação imobiliária: a Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.....	71
2.2 Função social do contrato.....	74
2.2.1 Da estrutura à função.....	74
2.2.2 Função social do contrato no Brasil.....	76

2.3 Boa-fé objetiva .....	82
2.4 Principais imprecisões dos fundamentos utilizados na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça: o rompimento com as bases do sistema .....	92
2.5 Da necessidade de proteção jurisprudencial aos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas .....	95
<b>3 DIREITO À MORADIA .....</b>	<b>95</b>
3.1 Direito à moradia no Direito Civil clássico .....	95
3.2 Direito especial de personalidade à moradia .....	97
3.3 A nova interpretação do direito civil e o direito fundamental à moradia .....	98
3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e evolução da noção de contrato e autonomia privada .....	102
3.5 Teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas .....	107
3.5.1 A teoria da eficácia indireta ou mediata.....	107
3.5.2 A teoria da eficácia direta ou imediata.....	109
3.5.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas incorporações imobiliárias .....	112
3.6 A incorporação imobiliária como instrumento para efetivação do direito à moradia...	113
3.7 Contratos de lucro e contratos existenciais nas incorporações imobiliárias: uma distinção necessária .....	115
3.8 A coexistência de interesses legítimos dos incorporadores, instituições financeiras e adquirentes de unidades imobiliárias autônomas .....	118
3.8.1 Da impossibilidade de cancelamento de hipoteca anterior à promessa de compra e venda.....	118
3.8.2 A função social nos contratos existenciais e de lucro envolvendo incorporações imobiliárias .....	121
3.8.3 A boa-fé objetiva nos contratos existenciais e de lucro envolvendo incorporações imobiliárias .....	123
3.8.4 O direito à moradia como real fundamento para manutenção parcial da vulnerabilidade à hipoteca .....	125
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>127</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>130</b>

## INTRODUÇÃO

Inicialmente, cumpre registrar que o presente trabalho sofreu forte mudança de paradigma desde o pré-projeto inicial até a formatação atual. De uma abordagem positivista e focada em aspectos legais e de regulação, a identificação de relevantes institutos de direito privado e de suas relações com os direitos fundamentais imprimiu tom crítico ao estudo, que, em razão disso, passou a constituir-se em uma verdadeira proposta de contribuição teórica para o avanço da jurisprudência, por meio de uma crítica ao entendimento atualmente consolidado.

O trabalho se estrutura em três capítulos.

O primeiro se dedica ao estudo da incorporação imobiliária e ao patrimônio de afetação, com abordagem ampla das regras envolvendo o tema. Com a análise do regramento da incorporação imobiliária, pretende-se avaliar as inovações positivas, bem como os pontos em que a legislação ainda precisa se aperfeiçoar.

Diversos operadores do direito desconhecem as principais normas da incorporação imobiliária e alguns nem sabem o que ela é. Ademais, constata-se a escassez de bibliografia e a pouca difusão do tema, quando comparado com sua importância. O trabalho realizado, alcançando qualidade e profundidade necessárias, poderá contribuir para a difusão da incorporação imobiliária no Brasil, orientando não só as incorporadoras, como também os adquirentes de unidades imobiliárias.

O estudo dos aspectos jurídicos da incorporação e da aquisição da propriedade imóvel, bem como das cautelas devidas e da análise jurídica dos riscos envolvidos na operação, é essencial não só pela importância da atividade econômica do incorporador, mas também pelo envolvimento dos recursos de milhares de famílias que buscam uma forma de efetivar o direito fundamental à moradia. Em virtude desses riscos envolvidos nas operações de incorporações imobiliárias, a jurisprudência adotou entendimento contrário a regras expressas do ordenamento jurídico. Este trabalho realiza uma crítica ao entendimento jurisprudencial e propõe solução para minimizar os eventuais prejuízos dos adquirentes de unidades autônomas, tornando mais segura a operação de incorporação imobiliária, com a compatibilização dos interesses legítimos do incorporador e das instituições financeiras e com respeito às regras do sistema.

Questão de preocupação e destaque é saber se a instituição do patrimônio de afetação foi suficiente para levar segurança aos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas.

De fato, o trabalho faz um estudo do instituto do patrimônio, com abordagem acerca da possibilidade de existência de vários patrimônios concomitantes até chegar ao patrimônio de afetação na forma como se encontra disciplinado em matéria de incorporação imobiliária.

É preciso destacar que, em virtude do aquecimento do mercado imobiliário no Brasil, tendo em vista a larga oferta de crédito, motivada pela estabilização da economia, diversas famílias passaram a adquirir imóveis na planta ou em construção via incorporação imobiliária. Ocorre que, em seguida, o país enfrentou forte crise econômica, com queda do emprego e renda e com relevante redução da atividade econômica, o que gerou problemas tanto para o incorporador quanto para os adquirentes das unidades autônomas, com várias obras em atraso ou sem a efetiva entrega.

A multiplicação de ações movidas por adquirentes de unidades autônomas em face de incorporadores, bem como a própria paisagem das cidades, com diversas obras paradas e inacabadas, podem ser um indicativo de que a instituição de um patrimônio de afetação voluntário não foi suficiente.

Nesse contexto, o segundo capítulo aborda o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao editar a Súmula n.º 308, cujo enunciado reconhece que 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.

Da atenta análise dos precedentes que levaram o Superior Tribunal de Justiça à adoção da Súmula n.º 308, pode-se constatar a existência de sucessivos julgados em ações ordinárias para suspender hipoteca constituída sobre imóveis adquiridos junto à incorporadora Encol S.A., tendo as ações sido julgadas procedentes, desconstituindo-se a hipoteca dada pela construtora à instituição bancária.

Como fundamento jurídico para o referido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o artigo 1.420, *caput*, do Código Civil, compreendendo que a hipoteca só poderá ser ofertada por aquele que tem o direito de alienar o bem. Celebrado o compromisso de compra e venda entre a construtora e o adquirente, não mais tem aquela o poder de dispor do imóvel; em consequência, não mais poderá gravá-lo com hipoteca.

Os precedentes com o entendimento acima mencionado consideram, ainda, que fere a boa-fé objetiva da relação contratual a atitude da construtora que, primeiramente, celebra o compromisso de compra e venda do imóvel com o promissário comprador e, depois, onera-o com hipoteca em favor de terceiro (agente financeiro).

Com efeito, o entendimento consolidado na jurisprudência aponta que o promissário comprador de unidade habitacional 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.

Por oportuno, cabe destacar que esse entendimento foi construído nos julgamentos envolvendo a incorporadora Encol S.A., que teve problemas de fluxo de caixa e causou prejuízo a centenas de adquirentes de unidades habitacionais.

Esse contexto fático pode ter conduzido os Tribunais a um entendimento que parece romper com as bases do nosso sistema. O STJ, com a Súmula n.º 308, teria reconhecido caráter de transmissão da propriedade, não legalmente previsto, no compromisso de compra e venda? O STJ teria rompido a regra da prioridade do contrato que constituiu a hipoteca? Teria o STJ criado um tipo de titularidade de nível maior do que o próprio direito de propriedade, a favor do adquirente de unidade autônoma em incorporação, na medida em que até mesmo quem adquire propriedade gravada com hipoteca não tem precedência em relação ao credor-hipotecário? O STJ teria relativizado o direito subjetivo real do credor-hipotecário, dando caráter absoluto ao direito subjetivo obrigacional do promissário comprador? O instituto da hipoteca se encontra vulnerável? São muitas as inquietações decorrentes da Súmula n.º 308 do STJ.

De fato, o artigo 1.420 do Código Civil, um dos fundamentos para as decisões judiciais, poderia até ser empregado para retirar a eficácia das hipotecas posteriores à promessa de compra e venda do imóvel, mas o argumento não se sustenta quando a jurisprudência também torna ineficazes as hipotecas anteriores à celebração da promessa de compra e venda.

Além disso, quanto à boa-fé objetiva, constata-se a necessidade de sua aplicação a todos os envolvidos na relação negocial, ou seja, a boa-fé objetiva se aplica tanto ao incorporador quanto ao promissário comprador e à instituição financeira. No Brasil, o princípio da boa-fé objetiva tem sido empregado de forma abusiva, sem maiores reflexões, inclusive em desfavor de regras expressas.

Ainda no segundo capítulo, o presente trabalho aborda os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva, a fim de apresentar uma crítica ao entendimento jurisprudencial firmado.

Após a análise das regras da incorporação imobiliária e do patrimônio de afetação e depois da releitura do entendimento jurisprudencial com base na função social do contrato e

na própria boa-fé objetiva, o trabalho chega ao terceiro capítulo e estuda o direito fundamental à moradia como fundamento para a proteção do adquirente de unidade autônoma.

O terceiro capítulo debate a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação aos direitos privados. Apresenta o direito fundamental à moradia, com o escopo de levar contribuições teóricas da academia que possam efetivamente sustentar um entendimento jurisprudencial que compatibilize os interesses legítimos de incorporadores, instituições financeiras e adquirentes de unidades imobiliárias autônomas.

O trabalho propõe uma interpretação no sentido de encontrar meios para prevenir e impedir a lesão ao adquirente de unidades imobiliárias, sem prejudicar a atividade econômica de incorporação imobiliária, que é essencial para a efetivação do direito fundamental à moradia.

# 1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

## 1.1 Histórico da incorporação imobiliária

Inicialmente, antes de se ingressar no estudo do regime jurídico instituído pela Lei n.º 4.591/64, cabe um breve percurso histórico da incorporação imobiliária.

De acordo com os ensinamentos de Leandro Leal Ghezzi, mais de dois mil anos antes de Cristo, na Babilônia, já seriam realizadas vendas de frações de casas. Nos direitos grego e greco-egípcio, também haveria notícia da divisão de edificações entre distintos titulares. Pode-se atribuir a diversos outros povos do Oriente antigo, notadamente à Síria, a existência de venda de partes de imóveis. Já na Idade Média, a propriedade horizontal separada por andares existiu em certos burgos. Em 1561, essa prática foi regulada em Grenoble e, em meados do Século XVII, isso ocorreu em Bruxelas. Após essa evolução, muitas nações estabeleceram normas específicas sobre o instituto, podendo-se utilizar como exemplo a Itália, em 1865, bem como Portugal, em 1867, e a Espanha, em 1881, além da Venezuela, em 1942.<sup>1</sup>

No Brasil, o antigo Código Civil, todavia, assim como inúmeros outros códigos modernos, não previa a possibilidade de condomínio por planos horizontais, pois ele ainda reproduzia a noção clássica romana de divisão de terra por glebas e das casas por planos verticais.

O Código Civil de 2002 dispõe, expressamente, sobre o “condomínio edilício” no Capítulo VII do Título III do seu Livro III (artigos 1.331 a 1.358), trazendo para o âmbito codificado muito daquilo que até então era objeto da Lei n.º 4.591/64 (Condomínio e Incorporações).

Desse modo, no Brasil, até o começo do século passado, os edifícios eram erguidos sem que houvesse uma propriedade singular de suas unidades autônomas, associada a um condomínio das áreas comuns, como ocorre na atualidade. Via de regra, alguém com dinheiro suficiente construía um edifício e locava as suas unidades autônomas, sendo ele o único proprietário de tudo. Em momento oportuno, essa atividade passou a ser desenvolvida por várias empresas.

Depois da Primeira Guerra Mundial, entretanto, começaram a se fazer sentir em todo o mundo os problemas habitacionais. A solução encontrada foi a vinculação da divisão

---

<sup>1</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 56.

dos edifícios e das unidades dotadas de autonomia ao condomínio das partes que fossem de uso comum. Desse modo, ficou rompida a tradição romana quanto à inexistência de condomínio por planos horizontais. Os legisladores de vários países notaram a necessidade de regradar esse novo instituto que surgia. No Brasil foi exatamente isso que ocorreu. A antiga legislação não era mais suficiente para resolver o problema habitacional. Além disso, a crescente valorização dos terrenos tornou extremamente difícil o custeio das obras.

Os principais doutrinadores apontam como causas desse fenômeno o aumento demográfico, a valorização dos imóveis urbanos, o aumento da especulação imobiliária e a inflação. Com o desenvolvimento da indústria da construção civil e o surgimento de um mercado para a aquisição de apartamentos residenciais, nasceu, então, o negócio jurídico da “incorporação imobiliária”. Na realidade, em primeiro lugar, surgiu a figura do “incorporador” e, depois, a partir de sua caracterização subjetiva, ocorreu a projeção objetiva da incorporação.<sup>2</sup>

Caio Mário da Silva Pereira narra como a incorporação imobiliária nasceu no Brasil:<sup>3</sup>

Um indivíduo procurava o proprietário de um terreno bem situado e lhe propunha construir um prédio sobre o mesmo. Obtendo, assim, a anuência do proprietário do terreno, este indivíduo providenciava o projeto arquitetônico do edifício e oferecia à venda as suas unidades autônomas. Os candidatos à aquisição lhe faziam então propostas e quando ele contava com o número de pretendentes necessário para custear a obra, este indivíduo dava início a ela. Com a venda de todas as unidades autônomas do edifício, providenciava-se a transferência do domínio sobre as respectivas frações ideais a cada um de seus adquirentes através de uma mesma escritura pública. Por fim, com a conclusão da obra, o indivíduo obtinha o “habite-se” das autoridades municipais, acertava suas contas com cada adquirente e lhes entregava as chaves das unidades autônomas. Este “indivíduo” era o incorporador.

No começo e na maioria dos casos, essa atividade era desenvolvida por empresas construtoras. Após, outros profissionais, como corretores, passaram a explorar essa atividade, até chegar ao ponto de comerciantes comuns e investidores se dedicarem a ela.

A ausência de disposição na legislação, associada ao valor dos lucros da atividade, tornou o ramo interessante para que empresários sem a devida qualificação passassem a atuar no ramo das incorporações imobiliárias. Isso gerou prejuízo aos adquirentes de unidades nos empreendimentos imobiliários.

---

<sup>2</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 58.

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 191.

Diante desse cenário, o legislador, finalmente, resolveu disciplinar esse tão importante ramo da economia.

Em 1964, o governo determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse as “incorporações imobiliárias”. Mediante essa lei, desejava-se não apenas viabilizar a retomada dos empreendimentos imobiliários, mas também disciplinar devidamente as relações jurídicas que permeavam essa nova modalidade negocial, trazendo-se, por conseguinte, ordem ao mercado imobiliário. Desse modo, foi promulgada a Lei n.º 4.591/64, que impôs inúmeros deveres aos incorporadores e reconheceu importantes direitos aos adquirentes das unidades autônomas de empreendimentos imobiliários.<sup>4</sup>

Essa é uma breve história do surgimento do regramento atual das incorporações, concentrado na Lei n.º 4.591/64, que teve como grande idealizador o jurista Caio Mário da Silva Pereira.

## **1.2 A incorporação imobiliária e o regime jurídico da Lei n.º 4.591/64**

A incorporação nasceu com a qualificação jurídica de um contrato atípico, sendo necessária uma especificação dos direitos e das obrigações dos envolvidos.

Incorporação imobiliária é a atividade empresarial cujo escopo é produzir e vender unidades imobiliárias autônomas em uma mesma edificação.

A Lei n.º 4.591/64 foi certa ao tipificar esse importante contrato, ao estabelecer que a incorporação imobiliária é o negócio jurídico por meio do qual o incorporador promove e realiza a edificação de um prédio, vendendo a uma ou a mais pessoas frações ideais do terreno que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão construídas.

Para Melhim Namem Chalhub, pode-se definir tal contrato da seguinte maneira:<sup>5</sup>

No campo dos negócios imobiliários, a expressão incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção até sua conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis.

A atividade de incorporação seria a executada com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações com unidades autônomas.

---

<sup>4</sup> GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 61.

<sup>5</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 9.

Caio Mário da Silva Pereira diferencia, com a precisão que lhe é peculiar, a compra e venda da incorporação:<sup>6</sup>

Um exemplo esclarece a diferença. Se um indivíduo é proprietário de um terreno e nele constrói, a suas expensas, um edifício, ainda que dividido em unidades autônomas e, depois de concluído, vende as unidades, celebra contrato de compra e venda. Nem ele é incorporador, nem o ato negocial é incorporação. Mas, se promove e realiza a construção para alienação total ou parcial de unidades autônomas no curso da obra, celebra contrato de incorporação.

Essas palavras do civilista que mais influenciou as incorporações imobiliárias no Brasil resumem o que seja incorporação imobiliária.

Pode-se dizer, em uma frase, que incorporação imobiliária é captação de poupança popular realizada pelo incorporador, para a construção de unidades autônomas em determinada edificação.

Essa é a caracterização legal e doutrinária das incorporações imobiliárias.

Com relação às obrigações e aos direitos do incorporador, a Lei n.º 4.591/64 estabelece diversos. Inicialmente, cumpre ressaltar a obrigação de arquivar, no cartório competente do Registro de Imóveis a que esteja vinculado o terreno edificável, diversos documentos: título de propriedade do terreno, certidões negativas, histórico da propriedade imóvel nos últimos 20 anos, projeto de construção devidamente autorizado pela secretaria de obras competente, cálculo das áreas de edificações, memorial descritivo das especificações da obra projetada, avaliação do custo global da obra, discriminação das frações ideias de terreno, minuta da futura convenção de condomínio.

Sem o arquivamento dessa documentação, o incorporador não poderá realizar o lançamento do empreendimento e a venda das unidades autônomas.

É importante ressaltar que, para ser registrado em Cartório, o projeto de construção precisa estar definitivamente aprovado pelo Município. O alvará de edificação não supre a ausência de registro da incorporação em cartório. Logo, o consumidor deve buscar no Cartório de Imóveis o registro da incorporação em que pretende adquirir unidade autônoma.

Não obstante essa regra expressa, muitas incorporadoras iniciam a venda do empreendimento sem o devido registro, em flagrante desrespeito à legislação vigente.

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 712. p. 111, fev. 1995.

Uma observação importante se refere à entrega da obra no prazo certo, tendo o incorporador uma responsabilidade de resultado. Deve ele informar aos adquirentes o estado da obra pelo menos a cada seis meses. Responde civilmente pela execução da incorporação.

O incorporador não pode alterar o projeto, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal.

Para a garantia do adquirente da unidade autônoma, este deve exigir a existência de contrato escrito de promessa de compra e venda, conhecido como compromisso de compra e venda.

É preciso ressaltar que o projeto de construção deverá fazer parte do contrato. O prazo para a entrega das obras deverá constar do contrato, bem como as condições e as formas de sua eventual prorrogação.

Para sua segurança, o comprador deverá proceder ao registro de seu contrato no cartório imobiliário.

Pela relevância da incorporação imobiliária na efetivação do direito à moradia, passa-se a abordar detalhadamente o regime jurídico da Lei n.º 4.591/64.

### *1.2.1 Conceito e evolução da incorporação*

Incorporação imobiliária pode ser conceituada como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Incorporação não é sinônimo de construção. A atividade de construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a venda de frações ideais do terreno.

É preciso entender que a incorporação engloba a construção, porém nem sempre a atividade de construção é desenvolvida pelo próprio incorporador, que pode delegar a construção a outra pessoa.

A ideia de realizar a incorporação surge da identificação de um terreno adequado para a construção de unidades imobiliárias. O empreendedor realiza um estudo arquitetônico e uma verificação da viabilidade financeira do negócio.

Caso se constate a possibilidade econômica da realização da incorporação, o incorporador deve adquirir a propriedade do terreno ou realizar uma promessa de compra e venda. Pode, ainda, realizar uma permuta da qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel.

Em seguida, o incorporador deve elaborar projeto definitivo, com obtenção de sua aprovação junto aos respectivos órgãos públicos, com destaque para a administração municipal, órgãos de proteção ambiental e companhias de água e esgoto.

O incorporador somente poderá negociar as unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, o memorial de incorporação.

Com efeito, o registro do memorial de incorporação é essencial para o início das vendas. Antes do registro do memorial de incorporação, não pode haver nem mesmo a oferta pública para comercialização das unidades.

Após o mencionado registro, o incorporador passa à fase da oferta pública de venda das unidades autônomas com a conseqüente comercialização dos imóveis a serem construídos.

Em regra, os negócios são formalizados mediante contrato de promessa de compra e venda, em que o incorporador terá o dever de construir e entregar a unidade a preço certo, com prazo determinado para fim das obras e averbação da construção e sua individualização das unidades no Registro de Imóveis, com sua entrega aos adquirentes.

Os adquirentes das unidades autônomas são representados pela Comissão de Representantes, que tem a incumbência de acompanhar a obra.

É obrigação do incorporador comunicar o andamento da obra com periodicidade aos adquirentes. Registre-se que, na construção contratada por administração, devem ser realizadas reuniões periódicas para exame da obra e eventual revisão do seu custo.

Finalmente, a conclusão da obra e a entrega das unidades imobiliárias autônomas levam à constituição e à instalação do condomínio.

Nesse particular, assim aponta Melhim Namem Chalhub:<sup>7</sup>

O objetivo final da incorporação é, como se viu, além da conclusão da obra e entrega das unidades, a constituição de propriedade individual sobre as unidades imobiliárias integrantes de conjuntos de imóveis, em geral, edifícios de dois ou mais pavimentos, bem como a instituição do regime especial de copropriedade sobre as partes do conjunto imobiliário destinadas à propriedade e ao uso comum de todos os titulares e/ou ocupantes das unidades imobiliárias autônomas. A conjugação dessas duas espécies de propriedade e a definição dos poderes atribuídos aos condôminos, com as limitações próprias dessa espécie de copropriedade, são estabelecidas pelo instrumento de instituição do condomínio.

---

<sup>7</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 28.

Desse modo, pode-se conceituar a incorporação imobiliária como o instrumento jurídico através do qual o incorporador realiza a captação de poupança popular, para a construção de unidades autônomas em determinada edificação.

Abordada a definição de incorporação imobiliária, passa-se a analisar a figura do incorporador.

### *1.2.2 Incorporador*

Incorporador é a pessoa física ou jurídica, empresário ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais negócios jurídicos, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Cabe ao incorporador promover a captação dos recursos necessários à realização do empreendimento. É uma operação consistente em obter o capital necessário à construção da edificação, com a realização da venda antecipada das unidades imobiliárias autônomas a serem posteriormente construídas.

Por oportuno, cabe destacar a observação de Melhim Namem Chalhub:<sup>8</sup>

O incorporador pode exercer uma ou todas as funções relacionadas à atividade, como são os casos da atividade de construção e de corretagem, mas para que fique caracterizada sua função de incorporador basta que, antes da conclusão da construção, efetive a venda de frações ideais de terreno vinculadas a futuras unidades imobiliárias que integram um conjunto dessas unidades, em edificação coletiva.

Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.

Ainda esclarece Melhim Namem Chalhub que o incorporador é o titular do negócio, aquele que toma a iniciativa de mobilizar os fatores de produção necessários para a realização da construção e para a oferta das unidades imobiliárias no mercado, assim concluindo:<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 11.

<sup>9</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 18.

Ao exercer a atividade de incorporação, alguém (pessoa natural ou jurídica) agrupa pessoas, utiliza fatores de produção, com o objetivo de produzir um bem, comercializá-lo e obter lucro, assumindo os riscos correspondentes. Dessa atividade não se pode dissociar a figura do empresário (incorporador): aquele que lidera o negócio, promovendo, por si ou por terceiros, o planejamento do negócio, o estudo arquitetônico e as providências para aprovação do projeto de construção, as minutas dos atos necessários à organização do empreendimento (recibo de sinal e reserva, escritura para comercialização, convenção de condomínio etc), a captação dos recursos necessários para executar a obra, adotando, enfim, todas as medidas necessárias à organização, execução e controle de sua atividade empresarial.

O escopo do incorporador é vender as unidades imobiliárias autônomas para obter o resultado econômico e financeiro da atividade.

A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário com título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado.

Ademais, a lei admite que o construtor e o corretor de imóveis exerçam a atividade.

A importância e a responsabilidade do incorporador são tão significativas que o legislador determinou que nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

### *1.2.3 Adquirente*

O adquirente será qualquer pessoa física ou jurídica que firme a promessa de compra e venda de unidade imobiliária autônoma em empreendimento que será ou está sendo edificado.

O outro contratante na incorporação imobiliária deve pagar o preço fixado e firma, em regra, um contrato de adesão, sendo qualificado como consumidor.

O consumidor é o destinatário final fático e econômico do bem ou serviço.

Para Everaldo Augusto Cambler,<sup>10</sup> o “adquirente da unidade condominial é o consumidor na relação jurídica incorporativa. Ele adquire o produto imobiliário como destinatário final do bem durável e participante da relação jurídica fornecedor imobiliário-consumidor”.

### **1.3 A incorporação imobiliária e seus aspectos contratuais**

As relações entre o incorporador e os adquirentes das unidades imobiliárias autônomas são regidas pelo contrato de incorporação, nominado na Lei n.º 4.591/64. Trata-se de um contrato bilateral, em que o incorporador receberá o preço ajustado e o adquirente, a unidade imobiliária almejada.

#### *1.3.1 A caracterização geral do contrato de incorporação imobiliária*

A incorporação imobiliária é um negócio complexo, uma vez que envolve a celebração de diversos outros contratos, os quais devem ser entendidos globalmente para que se alcance a função da incorporação, no sentido de produzir unidades imobiliárias autônomas em edificações coletivas com a respectiva transmissão da propriedade aos adquirentes.

É bastante recorrente a celebração do contrato de promessa de compra e venda, realizado entre o incorporador e o adquirente. Ademais, é comum a celebração do contrato de construção, quando o incorporador não realiza diretamente a obra.

Melhim Namem Chalhub, ao abordar a caracterização geral do contrato de incorporação imobiliária, afirma:<sup>11</sup>

Considera-se incorporação imobiliária o negócio jurídico pelo qual o incorporador se obriga a realizar, por si ou por terceiros, a construção de unidades imobiliárias em edificação coletiva e, bem assim, a transmitir a propriedade dessas unidades aos respectivos adquirentes, firmando os respectivos contratos durante a construção; em contrapartida, obrigam-se os adquirentes a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir.

No contrato de incorporação imobiliária, forma-se uma relação entre o incorporador e o adquirente, em que o primeiro deve construir ou fazer construir a edificação

---

<sup>10</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 81.

<sup>11</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 151.

e entregar a unidade imobiliária autônoma contratada e o segundo deve pagar o preço nas condições fixadas no negócio.

Orlando Gomes aponta que “o contrato de incorporação imobiliária abrange os seguintes ajustes: a) de alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno; b) de construção do edifício; c) do condomínio a ser constituído”.<sup>12</sup>

A alienação, ainda que potencial, da fração ideal do terreno é condição indispensável para a incorporação imobiliária, que se caracteriza justamente pela existência de unidades imobiliárias autônomas ao lado do condomínio do terreno.

Quanto à construção do edifício, o incorporador deve promover a edificação, seja por meio da construção direta ou de contratação de construtor, que pode se dar através de empreitada ou administração.

Por fim, a instituição do condomínio é um elemento da estrutura do contrato de incorporação, na medida em que a construção do edifício implica a criação de um condomínio especial.

Ainda para Orlando Gomes,<sup>13</sup> as três prestações fundamentais do contrato de incorporação imobiliária fundem-se numa unidade necessária à configuração de sua causa típica, a aquisição, em regime especial de condomínio, de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios.

O contrato de incorporação tem como objeto a operação jurídica de venda de uma unidade autônoma de edifício construído, em regime de condomínio especial, por pessoa habilitada a promover a construção.

Algumas particularidades distinguem o contrato de incorporação imobiliária do mero contrato de construção.

A primeira particularidade é que, no contrato de incorporação, verifica-se a organização do incorporador ainda antes de se iniciar a construção e a venda. O empreendedor identifica um terreno e elabora um projeto de interesse do mercado imobiliário que leve à captação de poupança popular para a construção e futura entrega das unidades imobiliárias autônomas. A construção faz parte da incorporação, mas com ela não se confunde. O contrato de construção se limita à realização da obra propriamente dita.

Em segundo lugar, na incorporação existe a necessidade de atenção ao interesse da coletividade dos adquirentes, os quais desejam a finalização da obra e a entrega das

---

<sup>12</sup> GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 1340, jun. 2011.

<sup>13</sup> GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 1341, jun. 2011.

unidades imobiliárias autônomas com respeito ao cronograma elaborado e divulgado pelo incorporador. No mero contrato de construção, não existe interesse coletivo a ser perseguido, já que a relação é entre o construtor e o dono da obra.

A sujeição a mecanismos legais de controle e fiscalização é o terceiro elemento de distinção, pois, na incorporação, o legislador criou uma série de regras a serem seguidas pelo incorporador, com necessidade do arquivamento do memorial de incorporação, composto por diversos documentos, no cartório de Registro de Imóveis, antes mesmo do início da venda das unidades. Essa preocupação tem íntima relação com a busca de recursos na economia popular. Existe, inclusive, a previsão de sanções específicas a serem aplicadas ao incorporador. Esses mecanismos de controle e fiscalização não existem no mero contrato de construção.

Com efeito, o negócio jurídico da incorporação é um contrato unitário e típico, porém também constitui o núcleo de uma série de outros contratos distintos coligados para a criação de uma nova unidade imobiliária.

Os contratos de compra e venda ou a promessa de compra e venda, o contrato de permuta, o contrato de mútuo, o contrato de seguro e o contrato de corretagem são alguns dos muitos negócios jurídicos que se encontram vinculados à incorporação imobiliária.

### *1.3.2 A classificação do contrato de incorporação imobiliária*

A divisão dos contratos mediante suas classificações é relevante para uma compreensão mais ampla do fenômeno contratual.

Quanto à classificação, o contrato de incorporação é típico, formal, bilateral ou sinalagmático, oneroso, comutativo, de execução continuada e consensual.

Trata-se de um contrato típico, pois atualmente se encontra disciplinado na Lei n.º 4.591/64, que traz um rol de deveres e direitos de ambos os contratantes.

Deve ser entendido, ainda, como contrato formal, já que a lei exige formalidades para a sua validade, notadamente a forma escrita, embora seja dispensada a realização de escritura pública para o ato.

É um contrato bilateral ou sinalagmático em que ambas as partes têm obrigações, com o incorporador administrando e promovendo a edificação e o adquirente realizando o pagamento do preço.

Como existem encargos recíprocos e contraprestação de cada parte, o contrato de incorporação imobiliária é oneroso.

Pode ser classificado, ainda, como comutativo, na medida em que as prestações do incorporador devem manter correspondência com o valor que o adquirente paga, sendo vedada uma desproporção injusta.

O contrato de incorporação imobiliária pode ser considerado de execução continuada, porque não se esgota no momento da celebração. Neste contrato, em regra, o pagamento é realizado em prestações sucessivas, na medida em que o incorporador promove a edificação em etapas.

É um negócio consensual que se firma por meio da manifestação de vontade das partes em instrumento escrito.

### *1.3.3 A formação e extinção do contrato de incorporação imobiliária*

No que se refere à formação, o contrato de incorporação forma-se pela aceitação de proposta feita ao incorporador pelo interessado no empreendimento. O incorporador organiza o empreendimento e até confere publicidade às condições do negócio, mas permanece na posição de oblato ou destinatário das propostas, apesar de ter feito uma oferta ao público. O futuro adquirente, então, seria o policitante ou aquele que faz a proposta.

Como afirma Orlando Gomes,<sup>14</sup> “o pretendente à aquisição da unidade autônoma do edifício a ser incorporado seria o policitante, convidado a fazer uma proposta definida por seu destinatário. O lançamento da incorporação é, em verdade, uma oferta ao público”.

Formado o contrato de incorporação, nascem diversas obrigações para ambas as partes.

Orlando Gomes menciona as seguintes obrigações do incorporador:<sup>15</sup>

- a) transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração ideal vendida;
- b) firmar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno, transmitindo a propriedade, se houver prometido à venda, ou se for promitente permutante;
- c) promover a construção do edifício dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano da obra e, eventualmente, as condições de construção;
- d) entregar a seus adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram.

Lado outro, o pagamento do preço é a obrigação principal do aquirente. No mercado imobiliário, exige-se, em regra, o pagamento de um sinal, a título de arras

---

<sup>14</sup> GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 1343, jun. 2011.

<sup>15</sup> GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 1345, jun. 2011.

confirmatórias, com o parcelamento do restante do valor em prestações mensais e sucessivas, acrescidas de correção monetária.

Para finalizar, cumpre salientar as formas de extinção do contrato de incorporação imobiliária.

O contrato de incorporação extingue-se, naturalmente, por sua execução total, com a entrega da unidade imobiliária autônoma e da fração ideal do terreno devidamente regularizadas, acompanhadas do respectivo pagamento do preço pelo adquirente.

Pode, ainda, haver a extinção pelo distrato ou por impossibilidade decorrente de força maior.

Ademais, como todo contrato bilateral, pode ser resolvido em virtude da inexecução decorrente do inadimplemento de obrigação essencial de uma das partes. O caso mais comum de resolução é o atraso no pagamento das prestações por parte do adquirente, embora se perceba um aumento do número de resoluções por atraso ou por não entrega da edificação pelo incorporador.

#### *1.3.4 Objeto do contrato de incorporação imobiliária*

Na constituição do contrato de incorporação se encontra um objeto cujos elementos têm natureza obrigacional e um objeto com elementos de natureza real.

O objeto com elementos de natureza obrigacional está na obrigação de fazer do incorporador, no sentido de executar o empreendimento com a realização da edificação. Há, ainda, a obrigação de entregar a unidade imobiliária ao comprador. Lado outro, o adquirente tem a obrigação de pagar o preço, em regra através do sinal e das prestações periódicas ajustadas.

Já o objeto com elementos de natureza real abrange a alienação ao adquirente da fração ideal do terreno e da unidade imobiliária autônoma, com a adequada individualização e abertura de matrícula no registro imobiliário.

#### *1.3.5 Partes do contrato de incorporação imobiliária*

As partes do contrato de incorporação imobiliária são o incorporador e o adquirente, figuras já analisadas no presente trabalho.

Na forma da teoria geral do direito civil, exige-se a capacidade das partes para adquirir direitos e contrair obrigações, com destaque para a necessidade de o incorporador ser o proprietário ou titular de direito aquisitivo sobre o terreno em que se realizará a edificação.

Questão relevante é a necessidade de legitimidade, já que a Lei n.º 4.591/64, em seu artigo 31, estabeleceu que a iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário, o construtor ou o corretor de imóveis.

Interessante inovação legal foi a previsão da legitimidade do ente da Federação como parte, desde que imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso, ou o cessionário deste, conforme comprovado no registro de imóveis competente.

#### *1.3.6 Forma do contrato de incorporação imobiliária*

A lei exige a forma escrita para a celebração do contrato de incorporação imobiliária.

O memorial de incorporação deve estar arquivado no cartório de Registro de Imóveis antes da celebração do contrato.

Os diversos documentos exigidos no memorial de incorporação servem para dar mais segurança à relação negocial firmada, sendo certo que o memorial passa a fazer parte do contrato firmado entre incorporador e adquirente.

A averbação da construção, com individualização e discriminação das unidades imobiliárias autônomas no registro de imóveis, leva à existência legal da unidade. Mesmo que finalizada a construção, é essencial a formalização da averbação da construção.

Com efeito, após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultarem da demora no cumprimento dessa obrigação.

Arnaldo Rizzardo elabora interessante sequência das formalidades referentes ao registro de imóveis.<sup>16</sup>

---

<sup>16</sup> RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 256.

Há a matrícula do terreno. Nele, em sequência à matrícula ou a outros registros se existentes, se faz o registro da incorporação. Segue-se a averbação da construção. Procede-se o registro dos contratos de compra e venda ou de promessas de compra e venda, atos que atribuem aos adquirentes a propriedade ou os direitos reais de aquisição da unidade. Se registrada a promessa de aquisição, posteriormente se faz o registro do contrato definitivo. Não é mister outro ato para a atribuição de propriedade. Com o registro da aquisição da unidade, parte-se para a abertura da matrícula da mesma unidade, pois se tem uma nova propriedade, para o nome do adquirente.

Nem toda a sequência acima será, necessariamente, realizada no cartório de Registro de Imóveis. É possível, por exemplo, que a incorporação imobiliária chegue ao fim sem se realizar o registro da promessa de compra e venda na fase de construção.

A exigência essencial é mesmo a forma escrita. Mesmo que se cogite da possibilidade fática de uma celebração informal e oral, com recebimento de valores pelo proprietário do terreno, a necessidade de proteção aos adquirentes leva à necessidade de se firmar o contrato por escrito.

### *1.3.7 A causa do contrato*

Aspecto pouco estudado no direito brasileiro, mas de grande relevância para o presente trabalho é a problemática envolvendo a causa do contrato.

Isso porque o reconhecimento da causa do contrato de incorporação imobiliária pode ter significativa influência na forma como o Poder Judiciário deve interpretar os conflitos decorrentes do negócio.

Em que pese a forte corrente anticausalista que se mostra majoritária no direito civil brasileiro, o estudo e o reconhecimento da causa guardam importância no momento de releitura do direito civil sob um viés constitucional.

Maria Celina Bodin de Moraes aponta trabalhos de diversos autores que consideram a causa o mais importante elemento do negócio jurídico, sendo considerado por muitos o elemento que o justifica, do ponto de vista técnico, com possibilidade de imposição de freios à liberdade individual.<sup>17</sup>

A causa pode ser entendida como a razão econômico-jurídica do negócio.

Marcelo de Oliveira Milagres afirma que a causa se apresenta como conteúdo funcional do contrato; busca-se, pois, contextualizar a manifestação de vontade. Em uma

---

<sup>17</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 2, out.-dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 15.01.2018.

faceta objetiva, a causa do contrato deve ser entendida como sua função econômico-social, como destaca:<sup>18</sup>

Em uma perspectiva objetiva, a causa dos negócios jurídicos, consubstanciada na sua função econômico-social, não seria, assim, elemento constitutivo (plano de existência), mas sim requisito de validade. Nesse diapasão, contratos que não observam a justiça comutativa e os valores expressos na Constituição da República, naquela perspectiva complementar de ordem pública interna e externa, não são reconhecidos como válidos pelo ordenamento jurídico.

Antônio Junqueira de Azevedo também reconhece que “predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social, ou econômico-social do negócio”.<sup>19</sup>

Porém, antes de reconhecer a existência da ideia da causa como função econômico-social, Antônio Junqueira de Azevedo faz distinção entre causa e elemento inderrogável objetivo do negócio, ao argumento de que a primeira seria um fato externo ao negócio, enquanto o elemento categorial objetivo se encontra no conteúdo do negócio:<sup>20</sup>

A causa é um fato externo ao negócio, mas que o justifica do ponto de vista social e jurídico, enquanto o elemento categorial objetivo é justamente a referência, que se faz a esse fato, no próprio conteúdo do negócio. Por outras palavras, o elemento inderrogável objetivo faz parte, isto é, é integrante da estrutura do negócio, e a causa não. O elemento categorial objetivo consiste numa referência à causa, a qual está, porém, fora do negócio (ela está, logicamente, ou antes ou depois, mas não no negócio; ela é extrínseca à sua constituição). É o elemento categorial, e não a causa, que fixa o regime jurídico a que o negócio obedece.

Apesar de afirmar que a causa não serve para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, Antônio Junqueira de Azevedo reafirma a relevância jurídica da causa:<sup>21</sup>

Embora não sirva para determinar o regime jurídico a que obedece o negócio, nem por isso se há de dizer que a causa é juridicamente irrelevante. Muito pelo contrário, à semelhança da vontade, que também não é elemento do negócio, mas é extraordinariamente importante para sua validade e eficácia, também a causa não age no plano da existência, mas sim, conforme se trate de causa pressuposta ou de causa final, age, no plano da validade, ou no plano da eficácia. A inexistência de causa (nos negócios causais), em regra, acarretará, quando a hipótese for de causa pressuposta, nulidade por falta de causa (portanto, a existência da causa é, aí,

---

<sup>18</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 161, jan.-mar. 2018.

<sup>19</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 153.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 150.

<sup>21</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 152.

requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência da eficácia). Em ambos os casos, o papel da causa será de proteção à parte, que se fiou na existência (passada ou futura) da causa.

Ao abordar o assunto no âmbito dos contratos bilaterais, Antônio Junqueira de Azevedo descreve que a causa funciona, nessas hipóteses, *a posteriori*, no plano da eficácia, nos seguintes termos:<sup>22</sup>

Nos contratos bilaterais, o elemento categorial inderrogável consiste em se convencionar a prestação como causa da contraprestação e vice-versa (e a causa consiste, naturalmente, na dupla realização da prestação e da contraprestação). Segue-se daí que, uma vez formado o contrato bilateral (plano de existência) e se for válido (plano de validade), o não-cumprimento posterior da prestação (falta da causa referida na sua constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou sem causa. A causa funciona, portanto, nessas hipóteses, *a posteriori*, à semelhança do evento, a que se refere uma condição resolutiva; ambos funcionam no plano da eficácia, na qualidade de fatores de conservação da eficácia (isto é, a falta deles constitui um fator de ineficácia).

Maria Celina Bodin de Moraes, por sua vez, ao abordar a teoria objetiva e o conceito polivalente de causa, aponta que “a causa do negócio encontra-se na função econômico-social, reconhecida e garantida pelo Direito”.<sup>23</sup>

O negócio jurídico seria qualificável como de determinado tipo se cumprisse a função econômico-social que o caracteriza. A função que caracteriza determinado tipo é exatamente a sua causa, a qual o direito protege.

No conceito polivalente de causa, podem-se destacar três aspectos distintos, abordados por Maria Celina Bodin de Moraes:<sup>24</sup>

Dos três papéis antes referidos ao conceito, que se designou “polivalente” – quais sejam, o seu papel de qualificar os contratos, o de dar (ou negar) juridicidade ao acordo e o de limitar a autonomia privada – o primeiro, embora raro, é o de aplicabilidade mais frequente na prática jurisprudencial brasileira.

Quanto ao segundo papel, relativo à juridicidade do acordo, ele é normalmente abstraído, sendo, no mais das vezes, assimilado ao próprio negócio jurídico ou substituído pela noção de objeto. Não deixa de ter sentido esta opção, uma vez que o Código não indicou expressamente a causa como requisito de validade do negócio (art. 104, CC).

Já a terceira utilidade do termo causa, agora enfim como elemento de restrição da autonomia dos privados, como função propriamente social do negócio, esta tende a

<sup>22</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 155.

<sup>23</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 9, out.-dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 15.01.2018.

<sup>24</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 23, out.-dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 15.01.2018.

se consolidar com a mais apurada interpretação de alguns dispositivos do Código de 2002, em particular, a melhor compreensão do teor do art. 421.

A causa pode ser considerada típica, quando determinada e aprovada previamente pela lei. Já a causa atípica não se encontra fixada de forma rígida pelo legislador, porém devem-se observar as normas gerais do Código Civil, a tipicidade social, a dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais, os princípios e os valores da ordem constitucional.

A necessidade de adequação causal é tão forte que Maria Celina Bodin de Moraes chega à conclusão da inexistência de negócios abstratos no ordenamento civil brasileiro:<sup>25</sup>

Isto, na verdade, confirma que o ordenamento civil brasileiro não dá qualquer guarida a negócios abstratos, isto é, negócios que estejam sujeitos, tão somente, à vontade das partes, exigindo, ao contrário, que os negócios jurídicos sejam causais, cumpridores de uma função social. Nesta linha de raciocínio, teria o legislador exteriorizado, através dos termos da cláusula geral do art. 421, o princípio da “causalidade negocial”. Embora nós talvez continuemos a dizer, simplesmente, que determinado negócio “não cumpre a sua função social”.

A causa dos negócios jurídicos, nesse contexto, passa a ter uma importância redobrada, por exigir o cumprimento da função econômico-social da relação negocial.

Marcelo de Oliveira Milagres aponta que “poder-se-ia associar causa à função social do negócio. Essa assertiva, contudo, merece reservas”.<sup>26</sup>

Para fundamentar as reservas a essa posição, cabe destacar:<sup>27</sup>

A noção de funcionalidade social se ajusta a preocupações com as externalidades, com as consequências da declaração volitiva. Nessa ordem, parece equivocada a regra do art. 421 do Código Civil brasileiro, segundo a qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social. O fundamento da liberdade de contratar é a satisfação dos interesses do próprio contratante. A razão da autonomia é a liberdade do sujeito. Autonomia, entretanto, que não pode desconsiderar a heteronomia. A autonomia negocial é permeada e permeável pelo contexto social em que se insere. A causa não pode ser definida por essa perspectiva funcional das consequências práticas do ato negocial.

Com as reservas à perspectiva funcional das consequências práticas do ato negocial, a causa não pode ser definida a partir da função social do negócio.

---

<sup>25</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, p. 24, out.-dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 15.01.2018.

<sup>26</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 165, jan.-mar. 2018.

<sup>27</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 165, jan.-mar. 2018.

Parece adequado se falar em causa como razão econômico-jurídica do negócio, como já indicado no início deste tópico.

Lino de Moraes Leme, ao argumentar acerca do verdadeiro conceito de causa nas obrigações, aponta:<sup>28</sup>

Em todas as obrigações há os motivos impulsivos e os motivos finais. Quem adquire uma propriedade é levado por motivo impulsivo – o desejo de aplicar o dinheiro, e um motivo final – o de obter lucro com esse emprego de capital. A causa, porém, não se encontra aí: eles são apenas as razões psicológicas que determinam o negócio. Ao lado, porém dessas razões psicológicas, há o escopo jurídico – dar uma quantia por uma coisa, e é este escopo jurídico o que recebe a tutela do direito, embora também a receba o motivo, quando expresso como razão determinante ou sob a forma de condição. Em outras palavras se podia dizer que a causa, nas obrigações, é o correspectivo ou o correlativo, malgrado a opinião contrária de Demogue; e quem se obrigou sem correspectivo se entende ter-se obrigado sem causa.

Lino de Moraes Leme ainda afirma que, embora não tenha sido de modo explícito, o direito civil brasileiro admite a necessidade de uma causa para o negócio jurídico.<sup>29</sup> Para ele, a causa é o escopo jurídico-prático ou a razão econômico-jurídica do negócio.<sup>30</sup>

Não confundamos “causa” com “motivo”. Igualmente, não a confundamos com o objeto que, nos negócios jurídicos bilaterais, é duplo. Mas fixemos que ela é o escopo jurídico-prático, ou razão econômico-jurídica do negócio. Faltar ela ao negócio é faltar-lhe o seu sopro vital. Expressa, ou não, ela se incorpora aos negócios jurídicos. Explícita ou implícita na lei, bem haja a jurisprudência que sempre a reconheceu.

Enzo Roppo explica que a causa do contrato se identifica com a operação jurídico-econômica realizada tipicamente por cada contrato. A causa tem ligação com o conjunto dos resultados e dos efeitos essenciais que, tipicamente, derivam do contrato. A causa do contrato seria a razão econômico-jurídica. Como exemplos, causa de qualquer compra e venda é, assim, a troca da coisa pelo preço; causa de qualquer locação é a troca entre entregas periódicas de dinheiro e concessão de uso do bem; causa de qualquer contrato de seguro é a troca entre o prêmio e a segurança.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 52, p. 76, 1957.

<sup>29</sup> LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 52, p. 78, 1957.

<sup>30</sup> LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 52, p. 79, 1957.

<sup>31</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 197.

Nesse contexto, a causa da incorporação imobiliária de natureza residencial seria a transferência imobiliária mediante uma contraprestação de natureza econômica.

As razões que justificam a transferência de riqueza devem existir para a operação ter sentido, sob pena de haver falta de causa.

Enzo Roppo chega a afirmar que “a regra por força da qual a causa é sempre relevante e a sua falta impede a realização e a tutela legal da operação prosseguida, não sofre exceções”.<sup>32</sup>

Marcelo de Oliveira Milagres elabora relevante tentativa de distinção da causa, explicando que os motivos são puramente subjetivos:<sup>33</sup>

A motivação dos negócios jurídicos ajusta-se a uma realidade puramente subjetiva, de ordem interna. Qual a razão da celebração de um contrato de seguro de vida? Muitos responderiam: preocupações familiares, estado de saúde, planejamento financeiro, riscos da atividade profissional. Tais hipóteses são motivos, pois estão no âmbito puramente subjetivo. Segundo o art. 140 do Código Civil de 2002, o falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

O motivo, por seu caráter psicológico ou puramente subjetivo, não se apresentaria com função constitutiva dos negócios jurídicos.

Na realidade, “a causa apresenta-se como fundamento típico do negócio jurídico que se realiza, sem vinculação a externalidades ou à significação social. Cuida-se da razão econômico-jurídica do negócio”.<sup>34</sup>

Com efeito, enquanto o motivo se encontra na esfera psicológica e subjetiva, a causa tem perspectiva objetiva.

Ainda para Marcelo de Oliveira Milagres, “em síntese, pode-se afirmar que a causa é fundamento da obrigação. Trata-se de perspectiva objetiva, que não se confunde com a motivação, com o impulso ou com os efeitos ou consequências do ato negocial”.

Apesar de não se desconhecer a atual tendência anticausalista, com muitos sustentando a irrelevância da indagação da causa, a identificação dela enquanto razão econômico-jurídica do negócio pode ter relevância para os fins do presente trabalho.

Quais as motivações para a celebração de um contrato de incorporação imobiliária? Podem ser as mais diversas: morar com a família, adquirir um imóvel para a filha que vai se casar, formar uma poupança forçada através do pagamento dos boletos das

---

<sup>32</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 201.

<sup>33</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 164, jan.-mar. 2018.

<sup>34</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 165, jan.-mar. 2018.

prestações, especular no mercado imobiliário com a tentativa de venda do imóvel com lucro, fazer uma reserva de patrimônio, adquirir imóvel para garantir uma renda com aluguel futuro. Todas essas possibilidades são motivos, porque se encontram no âmbito puramente psicológico ou subjetivo.

A causa da incorporação imobiliária de natureza residencial seria a transferência imobiliária mediante uma contraprestação de natureza econômica.

E essa causa da incorporação imobiliária terá relevante papel na forma como o Poder Judiciário deverá interpretar as cláusulas dos negócios jurídicos firmados entre incorporador e adquirente.

#### **1.4 Deveres e obrigações do incorporador**

O incorporador possui uma série de deveres expressamente fixados na legislação. Esses deveres se iniciam antes mesmo da celebração do primeiro contrato com os futuros adquirentes. Passam pelo tempo de andamento da obra e perduram após a entrega do imóvel ao adquirente.

No presente texto, serão abordados os deveres fixados na lei e as obrigações do incorporador, disciplinadas em contrato.

##### *1.4.1 Dever de arquivar o memorial de incorporação*

O primeiro dever do incorporador, fixado na legislação, é o de arquivar o memorial de incorporação no cartório de Registro de Imóveis. As vendas das unidades imobiliárias autônomas somente poderão ocorrer após o cumprimento desse dever.

De acordo com o artigo 32 da Lei n.º 4.591/64, o incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

- a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;
- b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;
- c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;
- d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;

- e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;
- f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições;
- g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;
- h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;
- i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão;
- j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações;
- l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;
- m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;
- n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);
- o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos.
- p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.

A documentação referida no artigo acima transcrito, após o exame de regularidade pelo oficial de registro de imóveis, será arquivada em cartório, fazendo-se o competente registro na matrícula do terreno, com a descrição e a caracterização do futuro edifício.

O dever de arquivar os documentos listados no mencionado art. 32 da Lei n.º 4.591/64 independe da forma de negociação das unidades imobiliárias. Ainda quando ocorrer a contratação da venda por preço global, abrangendo a quota do terreno e a construção, o registro da incorporação será necessário.

A inexistência do arquivamento dos documentos previstos no art. 32, acima mencionado, não conduz à inexistência da incorporação, sendo caso de irregularidade.

Além disso, o descumprimento, pela incorporadora, do dever previsto no art. 32 da Lei n.º 4.591/64, consistente no registro do memorial de incorporação e dos demais documentos nele arrolados no Cartório de Imóveis, não implica a nulidade ou a anulabilidade do contrato de promessa de compra e venda de unidade condominial.

Evidentemente, é da incorporadora o ônus de registrar o memorial de incorporação, bem como os demais documentos arrolados no art. 32 da aludida Lei de Incorporações, não tendo a sua desídia reflexo na validade do contrato nem na existência concreta (de fato) da própria incorporação.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.490.802, Recorrente: Carlos Fukuda Nogueira. Recorrido: J. Martini Construtora e Incorporadora Ltda. Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 17.04.2018.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a nulidade ou a anulabilidade (nulidade relativa) do contrato de promessa de compra e venda por descumprimento do art. 32 da Lei n.º 4.591/64, que exige o registro do memorial da incorporação no Cartório de Imóveis.

Todavia, se não sanada a irregularidade, pode o promissário comprador postular a resolução do contrato de promessa de compra e venda, em face do inadimplemento da obrigação por parte da incorporadora.<sup>36</sup>

Cabe salientar que o cartório de Registro de Imóveis dará certidão ou fornecerá, a quem o solicitar, cópia, microfilmagem ou outra equivalente dos documentos especificados no artigo acima transcrito, ou autenticará a cópia apresentada pela parte interessada.

Na hipótese de o incorporador não ter juntado de modo regular todos os documentos determinados pelo legislador, o oficial deverá fazer as respectivas exigências e, caso exista divergência, suscitar o procedimento de dúvida, perante o juiz competente.

O oficial de registro de imóveis terá 15 dias para apresentar, por escrito, todas as exigências que julgar necessárias ao arquivamento e, satisfeitas as referidas exigências, terá o prazo de 15 dias para fornecer certidão, relacionando a documentação apresentada, e devolver, autenticadas, as segundas vias da mencionada documentação, à exceção dos documentos públicos. Em casos de divergência, o oficial levantará a dúvida segundo as normas aplicáveis.

O legislador impõe uma efetiva fiscalização do oficial de registro de imóveis quanto aos documentos arquivados pelo incorporador. A diligência do oficial traz um pouco de segurança aos futuros adquirentes de unidades imobiliárias.

A Lei n.º 4.591/64 prevê que o oficial de registro de imóveis responde, civil e criminalmente, se efetuar o arquivamento de documentação em desrespeito à lei ou der certidão sem o arquivamento de todos os documentos exigidos, mas não responde pela exatidão dos documentos que lhe forem apresentados para arquivamento, desde que assinados pelo profissional responsável pela obra.

Nota-se a preocupação da Lei de Incorporação Imobiliária em exigir cuidado do oficial do registro de imóveis, com o escopo de dar segurança ao adquirente; porém, a prática demonstrou que não é suficiente o zelo do oficial, sendo necessários outros mecanismos para assegurar o cumprimento dos contratos.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 192.315, Recorrente: ENCOL S/A. Recorrido: José de Almeida Guedes. Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.11.2001, *DJ*, 13.11.2001.

Salvo os ônus fiscais ou reais impeditivos de alienação, não há impedimento ao registro, que será feito com as devidas ressalvas, mencionando-se, em todos os documentos, extraídos do registro, a existência e a extensão dos ônus.

Em resumo, o incorporador tem o dever de depositar os documentos mencionados no art. 32 da Lei n.º 4.591/64 antes de iniciar os anúncios e as vendas das unidades imobiliárias autônomas.

#### *1.4.2 Dever de informação na publicidade, validade do registro da incorporação e prazo de carência*

Outro dever do incorporador é fazer constar o número do registro, bem como a indicação do cartório competente, obrigatoriamente, dos anúncios, dos impressos, das publicações, das propostas, dos contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação.

Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

O registro da incorporação será válido pelo prazo de 180 dias, findo o qual, se ela ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar unidades depois de atualizar a documentação, revalidando o registro por igual prazo.

Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito à adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

Apesar da previsão de serem irretratáveis os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, o incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

A previsão de irretratabilidade dos contratos é mais uma forma de levar segurança ao adquirente. Muitos empreendedores passaram a usar a cláusula de irretratabilidade para inserir previsão de perda das parcelas pagas pelo adquirente em casos de rescisão por inadimplência. A jurisprudência passou a coibir a cláusula padrão inserida nas promessas de compra e venda, que previa a perda total das parcelas pagas pelo promissário inadimplente.

Nesse particular, é inegável que muito se evoluiu na defesa dos adquirentes de unidades imobiliárias.

Em 27 de dezembro de 2018, a Lei n.º 13.786/2018 alterou a Lei n.º 4.591/64, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária.

O incorporador pode fixar prazo de carência em que se reserva o direito de desistir da incorporação. Para isso, tem o dever de arquivar declaração com o prazo fixado junto ao registro da incorporação.

A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao registro de imóveis e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se for o caso, de sua revalidação.

Esse prazo de carência, que a lei faculta ao incorporador, não poderá ser superior a 180 dias. Com esse prazo, o incorporador poderá avaliar a reação do mercado ao lançamento do projeto e identificar se existe viabilidade no empreendimento.

Deve ser averbada no registro da incorporação a eventual desistência exercida no prazo de carência, arquivando-se em cartório o respectivo documento.

O prazo de carência é improrrogável.

Se, dentro do prazo de carência, o incorporador não denunciar a incorporação, o proprietário do terreno poderá fazê-lo nos cinco dias subsequentes ao prazo de carência e, nesse caso, ficará solidariamente responsável com o incorporador pela devolução das quantias que os adquirentes ou candidatos à aquisição houverem entregue ao incorporador, resguardado o direito de regresso sobre eles, dispensando-se, então, do cumprimento do dever de celebrar o contrato.

Na realização do contrato de incorporação, o incorporador pode estipular um prazo de carência dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. Ultrapassado o prazo de carência estipulado no contrato de incorporação e não realizada a denúncia pelo incorporador, a lei faculta ao proprietário do terreno, no quinquídio subsequente, denunciar a incorporação – art. 35, § 3º, da Lei de Incorporações.<sup>37</sup>

A incorporação imobiliária é negócio jurídico em que o incorporador, pessoalmente ou por terceiros, obriga-se a construir unidades imobiliárias autônomas em

---

<sup>37</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 723.067, Recorrente: Amanda Cunha Souza. Recorrido: Antônio Pedro Sabedotti. Rel.: João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009, DJ, 02.02.2010.

prédio coletivo, além de transmitir a propriedade dessas unidades aos adquirentes. A construção pode se dar em terreno próprio do incorporador ou em terreno alheio, hipótese em que o proprietário do terreno deve necessariamente outorgar-lhe procuração pública concedendo poderes para concluir todos os negócios referentes à alienação das unidades autônomas (art. 31, § 1º, da Lei n.º 4.591/64).

Na hipótese do proprietário do terreno optar por realizar a denúncia, ficará solidariamente responsável, junto com o incorporador, pela devolução aos adquirentes das unidades dos valores recebidos referentes às alienações já efetuadas.

Cabe salientar que a Lei n.º 4.591/64, com o escopo de oferecer proteção ao proprietário do terreno contra possível negligência do incorporador que opte por levar adiante uma incorporação fadada ao fracasso, concedeu a faculdade ao proprietário do terreno de, no prazo estipulado, denunciar o contrato.

Apesar da faculdade concedida ao proprietário do terreno, não existe um dever de denunciar. Esse dever é do incorporador.

#### *1.4.3 Dever de celebrar o contrato com o adquirente de unidade imobiliária autônoma*

O incorporador terá o prazo máximo de 60 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno e, bem assim, do contrato de construção e da convenção do condomínio.

No caso de não haver prazo de carência, o prazo máximo de 60 dias se contará da data de qualquer documento de ajuste preliminar.

Quando houver prazo de carência, o dever de celebrar o contrato somente deixará de existir se o incorporador tiver denunciado, dentro do mesmo prazo e nas condições previamente estabelecidas, por escrito, ao Registro de Imóveis a não concretização do empreendimento.

Descumprido, pelo incorporador e pelo proprietário do terreno, o dever de outorga dos contratos, no prazo de 60 dias, a proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.

Para a constituição do direito real oponível a terceiros, cabe salientar que não se poderia argumentar o desconhecimento do teor do futuro contrato. É que o contrato-padrão contendo as cláusulas, os termos e as condições comuns a todos os adquirentes serão entregues pelos incorporadores ao cartório de Registro de Imóveis.

Como observado por Caio Mário da Silva Pereira, a celebração dos contratos se dá, com mais frequência, por meio de (i) promessa de compra e venda, (ii) construção ou (iii) compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária.<sup>38</sup>

A forma mais comum no mercado é a utilização da promessa de compra e venda da unidade imobiliária como coisa futura, em que o incorporador promete vender o imóvel e entregar pronto em data prevista no contrato, mediante pagamento de preço certo, reajustável por índices de correção monetária. Lado outro, o adquirente da unidade se obriga a pagar o preço convencionado, de forma parcelada, em regra.

Existe a possibilidade, embora não seja tão comum, de se utilizar de outra forma contratual, por meio da qual a venda tem por objeto a fração ideal do terreno, e não a unidade imobiliária autônoma. Nessa hipótese, pode-se constatar a celebração de dois contratos: o primeiro, celebrado entre o incorporador e o adquirente, consistiria no contrato de venda ou promessa de venda de fração ideal do terreno; o segundo, celebrado entre o adquirente e o construtor, teria por objeto a execução da obra, em um autêntico contrato de construção.

A terceira forma contratual possível é a venda definitiva com garantia fiduciária. A alienação fiduciária é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

Na incorporação imobiliária, a alienação fiduciária é convencionada com função de garantia. O credor (incorporador ou instituição financeira) adquire o imóvel apenas em garantia, sob condição resolutiva. Já o fiduciante se torna titular de direito de aquisição, sob condição suspensiva.

Caio Mário da Silva Pereira elabora importante distinção entre a promessa de compra e venda e a venda com alienação fiduciária:<sup>39</sup>

São dignos de nota os traços que distinguem a estrutura e a função da promessa de venda e as da venda com pacto adjeto de alienação fiduciária.

Ao contratar a promessa de venda, o incorporador transmite ao adquirente os direitos aquisitivos sobre o imóvel, os iura utendi e fruendi, e conserva consigo o domínio, que só transmitirá quando o adquirente complementar o pagamento do preço, fazendo-o mediante novo contrato, o de compra e venda.

Já ao contratar a compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária o incorporador transmite a propriedade plena ao adquirente e as partes firmam três contratos coligados, a saber, o de financiamento, o de compra e venda e o de garantia fiduciária; por essa operação o incorporador concede crédito ao adquirente e lhe vende a unidade, transmitindo-lhe desde logo o domínio pleno (diferentemente da promessa, em que só transmite os iura utendi e fruendi), e, em ato subsequente, o

---

<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 232.

<sup>39</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 239.

adquirente o alienará ao incorporador, ressalvado que essa alienação tem função exclusiva de garantia, e é por essa razão que a propriedade que o incorporador recebe é resolúvel, que se extingue automaticamente tão logo satisfeito seu crédito, independentemente de novo negócio jurídico e de intervenção judicial.

Após a análise do dever de firmar o contrato, passa-se ao estudo da obrigação de construção da edificação.

#### *1.4.4 Obrigação de promover a edificação e transmitir a unidade imobiliária pronta e acabada ao adquirente nas especificações do contrato e deveres na realização da obra*

A construção do prédio é a principal obrigação do incorporador, que deve promovê-la na forma e com as especificações previstas no contrato firmado com o adquirente, bem como com respeito às determinações fixadas pelo Poder Público.

Com efeito, o incorporador deve observar as normas do Poder Público acerca do direito de construir, sendo certo que o registro da incorporação imobiliária no registro de imóveis não tem o efeito de tornar legal a respectiva licença de construção obtida indevidamente contra as normas reguladoras do direito de construir.<sup>40</sup>

Ademais, o projeto da edificação deve ser respeitado, inclusive as especificações dos materiais empregados na obra. A Lei n.º 4.591/64, no art. 43, IV, estabelece que é vedado ao incorporador alterar o projeto, especialmente no que se refere à unidade do adquirente e às partes comuns, modificar as especificações ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal.

O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de decidir que é vedado ao incorporador alterar o projeto ou desviar-se do plano da construção, salvo autorização unânime dos interessados ou exigência legal,<sup>41</sup> inclusive em caso concreto em que houve a supressão de uma varanda que constava do projeto integrante do contrato de compra e venda de apartamento em construção, tendo decidido pela rescisão do contrato com perdas e danos a serem suportadas pelo vendedor.<sup>42</sup>

Deve, ainda, o incorporador finalizar a obra e entregar as chaves no prazo previsto no contrato, admitido apenas o atraso razoável, fixado em eventual cláusula de tolerância. Em

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 367, Recorrente: Irnack Carvalho do Amaral. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Rel.: Ministro José de Jesus Filho, j. 16.12.1992, *DJ*, 08.03.1993.

<sup>41</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 586.684, Recorrente: GD Empreendimentos Imobiliários S/A. Recorrido: SEN Urbanização e Construções Ltda. Rel.: Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 01.06.2004, *DJ*, 14.06.2004.

<sup>42</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 130.387, Recorrente: Marco Aurélio Valleta. Recorrido: RICON Comercial e Construtora LTDA. Rel.: Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 06.04.2000, *DJ*, 29.05.2000.

caso de atraso além da cláusula de tolerância, o art. 43, II, da Lei n.º 4.591/64 determina que o incorporador deve responder civilmente pela execução da incorporação, devendo indenizar os adquirentes ou compromissários dos prejuízos que a estes advierem do fato de não se concluir a edificação ou de se retardar injustificadamente a conclusão das obras, cabendo-lhe ação regressiva contra o construtor, se for o caso e se a este couber a culpa.

Os adquirentes de unidades autônomas precisam ser mantidos informados acerca do andamento das obras. Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, deve informar obrigatoriamente aos adquirentes, por escrito, no mínimo de seis em seis meses, o estado da obra, na forma do art. 43, I, da Lei n.º 4.591/64.

A questão do andamento da obra é tão relevante que o legislador, no art. 43, VI, da Lei n.º 4.591/64, prevê que, se o incorporador, sem justa causa devidamente comprovada, paralisar as obras por mais de 30 dias, ou retardar-lhes excessivamente o andamento, poderá o Juiz notificá-lo para que, no prazo mínimo de 30 dias, reinicie-as ou torne a dar-lhes o andamento normal.

E, na hipótese de a obra não ser retomada, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal que couber, sujeito à cobrança executiva das importâncias comprovadamente devidas, facultando-se aos interessados prosseguir na obra.

As obrigações e os deveres relacionados à construção da edificação são muito importantes e o descumprimento pode levar à destituição do incorporador ou à resolução do negócio jurídico.

No que se refere ao pagamento, o art. 43, V, da Lei n.º 4.591/64 prevê que, quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, não poderá modificar as condições de pagamento nem reajustar o preço das unidades, ainda no caso de elevação dos preços dos materiais e da mão de obra, salvo se tiver sido expressamente ajustada a faculdade de reajustamento, procedendo-se, então, nas condições estipuladas.

Nas hipóteses de construção por administração, as revisões da estimativa de custo da obra serão efetuadas, pelo menos semestralmente, em comum entre a Comissão de Representantes e o construtor. O contrato poderá estipular que, em razão das necessidades da obra, serão alteráveis os esquemas de contribuições quanto ao total, ao número, ao valor e à distribuição no tempo das prestações. Em caso de majoração de prestações, o novo esquema deverá ser comunicado aos contratantes, com antecedência mínima de 45 dias da data em que

deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas, tudo na forma do art. 60 da Lei n.º 4.591/64.

Apesar da mencionada previsão legal, a prática do mercado imobiliário é convencionar o reajuste do preço das unidades por algum índice de correção monetária. É natural, na incorporação imobiliária, que o preço do imóvel seja pago pelo adquirente de forma parcelada durante a realização da obra e até após a entrega da edificação. O incorporador precisa reduzir o risco de sua atividade empresarial, sendo adequada e coerente a previsão contratual da correção monetária das parcelas a serem pagas pelo adquirente.

Finalizada a obra, o incorporador deve obter o respectivo “habite-se” junto ao Poder Público municipal, para realizar a entrega das unidades imobiliárias autônomas aos adquirentes.

Após a concessão do “habite-se” pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultarem da demora no cumprimento dessa obrigação.

Para a efetiva entrega das unidades, o incorporador deve providenciar a averbação da construção junto ao cartório de Registro de Imóveis com a consequente individualização das unidades autônomas e a instituição do condomínio das áreas comuns.

Caso o incorporador não faça o requerimento da averbação, o construtor a requererá, sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes.

Na omissão do incorporador e do construtor, a averbação poderá ser requerida por qualquer dos adquirentes de unidade.

Com a averbação da construção e o pagamento do preço das unidades imobiliárias autônomas pelos adquirentes, devem ser firmadas as escrituras públicas de compra e venda dos imóveis.

Para finalizar, as escrituras públicas de compra e venda devem ser levadas a registro no cartório de Registro de Imóveis, para que as propriedades dos imóveis sejam efetivamente transferidas aos compradores.

#### *1.4.5 Deveres e obrigações após a entrega da unidade imobiliária e a garantia da obra*

O incorporador deve garantir a perfeição do trabalho realizado, assegurando a solidez e a segurança da obra.

Em uma incorporação imobiliária, tanto o construtor quanto o próprio incorporador são responsáveis pelos danos decorrentes de vícios e defeitos de construção.

A esse respeito, cabe transcrever a lição de Everaldo Augusto Cambler:<sup>43</sup>

O contrato de construção, tipificado na Lei nº 4.591/1964, faz parte integrante da pluralidade de negócios interligados, vinculados por uma fattispecie complexa, motivo pelo qual se aplica subsidiariamente ao incorporador o regime jurídico regulado no art. 618 do CC, equiparando-se a responsabilidade civil do incorporador àquela daquele contratado para a construção do edifício. Em face da peculiar forma de responsabilização contida na Lei de Condomínio e Incorporação Imobiliária, o incorporador responde, juntamente com o construtor, pela solidez e segurança do edifício incorporado, cabendo-lhe o direito de, regressivamente, denunciar à lide o realizador técnico da obra.

Essa responsabilidade decorre, inclusive, da supremacia técnica e econômica da incorporadora e, sobretudo, dos deveres ínsitos à boa-fé objetiva que ambas as partes devem guardar, não só durante a execução do contrato, como também após o exaurimento de seus efeitos.

Na jurisprudência, existem julgados ressaltando que o artigo 12, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor expressamente consigna que o construtor responde, independentemente da existência de culpa, pelos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes da construção. Já no § 3º do mesmo dispositivo legal, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, de forma objetiva e independentemente da manifestação do magistrado, a distribuição da carga probatória em desfavor do construtor, que só não será responsabilizado quando provar não ter colocado o produto no mercado; inexistir defeito; ou haver culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.<sup>44</sup>

Abordados os deveres do incorporador, passa-se à análise dos seus direitos no negócio jurídico.

## 1.5 Direitos do incorporador

O incorporador está sujeito a diversos deveres e obrigações, mas, em contrapartida, o ordenamento jurídico lhe assegura diversos direitos, alguns decorrentes diretamente da lei e outros oriundos do negócio jurídico realizado.

---

<sup>43</sup> CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 240.

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.625.984, Recorrente: CANOPUS Empreendimentos e Incorporações LTDA., Recorrido: Condomínio do Bosque do Mosteiro, Rel.: Ministro Marco Buzzi, j. 25.10.2016, DJ, 04.11.2016.

### *1.5.1 Direito de receber o pagamento do preço da unidade imobiliária*

O primeiro direito do incorporador é receber o valor fixado em contrato como pagamento pela venda das unidades imobiliárias autônomas, na forma e no prazo convencionados.

Caso ocorra atraso no pagamento, o incorporador tem direito a receber a correção monetária, a multa e os juros fixados no contrato. O atraso pode gerar, ainda, a resolução do contrato.

O incorporador pode promover a cobrança judicial nos casos de inadimplemento da obrigação de pagar as prestações fixadas como preço pelo imóvel ou requerer a resolução judicial do contrato.

A Lei n.º 4.591/64, no art. 63, considera ser lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou do contratante, de três prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de dez dias para purgação da mora, implica a rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, se outra forma não fixar o contrato.

De fato, existe verdadeiro procedimento de execução extrajudicial em favor do incorporador, com o escopo de assegurar a conclusão da edificação, com possibilidade da realização de leilão da mesma forma, devendo, no entanto, a opção por sua utilização constar sempre, previamente, do contrato estabelecido entre as partes envolvidas na incorporação. Nesse contexto, a Lei n.º 4.591/1964, diante da inexecução culposa do adquirente, além da rescisão do contrato, permite ao incorporador fazer com que os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada respondam pelo débito, sempre conforme contratualmente previsto e mediante prévia notificação do inadimplente, para que em dez dias purgue a mora.

Configurada a situação de inadimplência prevista no art. 63 da Lei n.º 4.591/64 e desde que haja previsão contratual, a execução extrajudicial é medida cabível para recuperação do crédito referente ao empreendimento.

Em que pese parecer um procedimento de extrema restrição de direito do adquirente inadimplente – pois, não liquidado o débito após a notificação, a Comissão de Representantes fica investida de poderes para efetivar todas as fases de operação de venda,

desde a fixação de preço até a transmissão de domínio ao arrematante –, nota-se que o legislador teve o cuidado de autorizar a execução extrajudicial apenas quando existente autorização contratual para sua utilização e necessidade de prévia interpelação do sujeito atingido, com objetivo de viabilizar a purgação da mora.

Diante da inadimplência de três parcelas consecutivas, o devedor será interpelado e terá a oportunidade de purgar a mora em dez dias. Passado esse prazo sem que tenha ocorrido a solução da dívida, os editais para publicidade do leilão serão providenciados e, assim como quaisquer outros terceiros, o devedor poderá tomar ciência da data e da hora de sua ocorrência.

Registre-se que a jurisprudência dispensa a notificação pessoal do devedor acerca do leilão extrajudicial previsto § 1º do art. 63 da Lei n.º 4.591/1964.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou quanto à legalidade da execução extrajudicial prevista na Lei n.º 4.591/64, em ementa que merece ser transcrita:<sup>45</sup>

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA EM CONSTRUÇÃO. LEILÃO EXTRAJUDICIAL. ART. 63, § 1º DA LEI N. 4.591/1964. INTIMAÇÃO PARA COMUNICAÇÃO DA DATA E HORA DO LEILÃO. DESNECESSIDADE.

1. Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, parte da Lei n. 4.591/1964, que dispõe sobre a constituição e registro das incorporações imobiliárias, foi revogada, passando o diploma civil a disciplinar o tema nos seus artigos 1.331 a 1.358.
2. A revogação parcial da Lei n. 4.591/1964 não atingiu a previsão constante de seu art. 63, consistente na execução extrajudicial do contratante faltoso em sua obrigação de pagamento das prestações do preço da construção.
3. A execução instituída pela Lei n. 4.591/1964 possibilitou a realização de leilão extrajudicial, devendo, no entanto, a opção por sua utilização constar sempre, previamente, do contrato estabelecido entre as partes envolvidas na incorporação.
4. A necessidade de previsão contratual da medida expropriatória extrajudicial, e a ocorrência de prévia interpelação do devedor para que seja constituído em mora, dão a essa espécie de execução elementos satisfatórios de contraditório, uma vez que a interpelação será absolutamente capaz de informar o devedor da inauguração do procedimento, possibilitando, concomitantemente, sua reação.
5. Nos termos da execução extrajudicial da Lei n. 4.591/1964, não é necessária a realização de uma segunda notificação do devedor com o objetivo de notificá-lo da data e hora do leilão, após a interpelação que o constitui em mora.
6. Recurso especial não provido.

Podem-se constatar as vantagens na utilização da execução extrajudicial prevista na Lei n.º 4.591/64, pois é uma forma célere e efetiva de expropriação, com pronta recuperação dos créditos com garantia imobiliária, havendo sido instituídas como um instrumento indispensável a um funcionamento adequado do mercado imobiliário.

---

<sup>45</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.399.024, Recorrente: Liliana Maria Ferreira D’Azambuja Ramos. Recorrido: Construtora Aterpa LTDA. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03.11.2015, *DJ*, 11.12.2015.

### *1.5.2 Direito de retenção da unidade como garantia do recebimento do crédito*

Cada adquirente de unidade imobiliária autônoma só será admitido na posse de sua unidade se estiver em dia com as obrigações assumidas, inclusive as relativas à construção, exercendo o incorporador, o construtor e o condomínio, até então, o direito de retenção sobre a respectiva unidade.

Quando se contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, esse direito de retenção será exercido pelo incorporador.

### *1.5.3 Direito de desistência da realização da incorporação*

O incorporador tem o direito de fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

A fixação do prazo de carência será feita por declaração, que será arquivada, junto com os demais documentos, no cartório de Registro de Imóveis, sendo certo que tudo isso instruirá o memorial de incorporação, em que se fixarão as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento.

Em nenhuma hipótese o prazo de carência pode ultrapassar o prazo de 180 dias, sendo esse prazo improrrogável.

Os documentos preliminares de ajuste, se houver, mencionarão, obrigatoriamente, o prazo de carência.

A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis e comunicada, também por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

### *1.5.4 Prazo de tolerância no atraso da obra*

Inicialmente, cumpre registrar que, ao comprar um imóvel através de incorporação imobiliária, o adquirente se programa para pagar o preço na forma convencionada e para receber a unidade no prazo fixado.

A legítima expectativa de receber o imóvel na data fixada no contrato deve ser respeitada, tendo o incorporador responsabilidade pelos danos causados ao adquirente pela demora na entrega da unidade.

Não se pode desconsiderar que muitas das aquisições de imóveis em incorporação imobiliária são realizadas para se efetivar o direito fundamental à moradia, com o adquirente programando sua vida social e econômica para o momento de entrega das chaves.

Apesar dessa realidade, não se pode desconsiderar, também, que existem diversos fatores de imprevisibilidade que podem afetar negativamente a construção dos imóveis e onerar excessivamente o incorporador e o construtor, como, por exemplo, fenômenos naturais, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre diversas outras dificuldades fáticas.

Pode-se considerar, nesse contexto, a incorporação imobiliária como um negócio complexo, o que seria uma justificativa para a adoção de condições e de formas para a eventual prorrogação do prazo de entrega da obra, o qual fora, na realidade, apenas estimado, tanto que o próprio legislador disciplinou tal questão no art. 48, § 2º, da Lei n.º 4.591/1964: “Do contrato deverá constar o prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.”

A previsão de eventual prorrogação do prazo de entrega das obras é a abertura legal para a chamada cláusula de tolerância, a qual, desde que razoável, não constitui abuso de direito (art. 187 do CC).

Com um prazo de tolerância razoável não se compromete o princípio da equivalência das prestações estabelecidas nem as normas de proteção ao consumidor.

É que a disposição contratual de prorrogação da entrega do empreendimento tem origem nas práticas do mercado de construção civil consolidadas através dos costumes da área, sobretudo para amenizar o risco da atividade, haja vista a dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a muitas situações imprevisíveis.

Quanto ao tempo de prorrogação, deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 dias, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei n.º 4.591/64 e art. 12 da Lei n.º 4.864/65) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC).

Desse modo, a cláusula de tolerância que estipular prazo de prorrogação superior a 180 dias deve ser considerada abusiva, com a consequente desconsideração dos dias excedentes.

Apesar de não ser abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável (até 180 dias), já que, como visto, tem amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também

na própria Lei n.º 4.591/64, é preciso observar o dever de informar o adquirente, com ciência clara e inequívoca aos interessados em adquirir o imóvel a ser construído.

No curso da construção da edificação, o incorporador deve notificar o adquirente acerca do uso de tal cláusula com a sua justificação, primando pelo direito à informação.

Por oportuno, cumpre trazer à baila ementa de julgado do Superior Tribunal de Justiça que esclarece com precisão a questão da cláusula de tolerância na incorporação imobiliária:<sup>46</sup>

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra.

2. A compra de um imóvel "na planta" com prazo e preço certos possibilita ao adquirente planejar sua vida econômica e social, pois é sabido de antemão quando haverá a entrega das chaves, devendo ser observado, portanto, pelo incorporador e pelo construtor, com a maior fidelidade possível, o cronograma de execução da obra, sob pena de indenizarem os prejuízos causados ao adquirente ou ao compromissário pela não conclusão da edificação ou pelo retardo injustificado na conclusão da obra (arts. 43, II, da Lei nº 4.591/1964 e 927 do Código Civil).

3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância.

4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família.

5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, § 2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos.

6. A cláusula de tolerância, para fins de mora contratual, não constitui desvantagem exagerada em desfavor do consumidor, o que comprometeria o princípio da equivalência das prestações estabelecidas. Tal disposição contratual concorre para a diminuição do preço final da unidade habitacional a ser suportada pelo adquirente, pois ameniza o risco da atividade advindo da dificuldade de se fixar data certa para o término de obra de grande magnitude sujeita a diversos obstáculos e situações imprevisíveis.

7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do

---

<sup>46</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.582.318, Recorrente: Sérgio Machado Terra. Recorrido: CHL Desenvolvimento Imobiliário S/A. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.09.2017, *DJ*, 21.09.2017.

registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, § 2º, do CDC).

8. Mesmo sendo válida a cláusula de tolerância para o atraso na entrega da unidade habitacional em construção com prazo determinado de até 180 (cento e oitenta) dias, o incorporador deve observar o dever de informar e os demais princípios da legislação consumerista, cientificando claramente o adquirente, inclusive em ofertas, informes e peças publicitárias, do prazo de prorrogação, cujo descumprimento implicará responsabilidade civil. Igualmente, durante a execução do contrato, deverá notificar o consumidor acerca do uso de tal cláusula juntamente com a sua justificação, primando pelo direito à informação.

9. Recurso especial não provido.

O Superior Tribunal de Justiça entendeu que o prazo de tolerância deve ser limitado a 180 dias, aplicando-se, por analogia, o prazo de carência que a lei confere à incorporadora para desistir do empreendimento (art. 33 da Lei 4.591/1964), que é também o prazo máximo que se pode convencionar para saneamento de vício em produto durável (art. 18, § 2º, do CDC).<sup>47</sup>

Além de decidir acerca do prazo máximo de tolerância, fixado em 180 dias, o Superior Tribunal de Justiça também teve a oportunidade de dirimir controvérsia acerca da forma de contagem do prazo, especificamente sobre a possibilidade de contagem em dias úteis, não em dias corridos.

Nesse particular, cabe destacar que, tratando-se de prazo para exercício de direito material, não há vedação no ordenamento jurídico à pactuação do prazo em dias úteis, conforme se depreende da ressalva contida na norma do art. 132 do Código Civil: “Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.”

Com base nessa norma permissiva quanto à convenção em relação ao prazo, pode-se afirmar que não se mostra, em princípio, abusiva a estipulação do prazo de tolerância em dias úteis.

Essa conclusão tem como pressuposto, naturalmente, uma relação jurídica paritária ou simétrica. No âmbito de uma relação jurídica não paritária ou assimétrica, como ocorre com as relações de consumo, impõe-se reconhecer que a estipulação de prazo em dias úteis reduz a clareza da norma contratual, pois exige do consumidor maior esforço aritmético para calcular o momento do término do prazo, como também exige o prévio conhecimento dos feriados nacionais, estaduais e municipais.

---

<sup>47</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.727.939, Recorrente: Direcional Taguatinga Engenharia LTDA. Recorrido: Maria Aparecida Moreira Cruz. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.09.2018, *DJ*, 17.09.2018.

Apesar disso, os consumidores conseguem, em geral, com algum esforço, compreender a contagem em dias úteis, razão pela qual não se vislumbra nessa cláusula um meio de dificultar a compreensão do consumidor, prática vedada pelo art. 46 do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, pode-se concluir que a norma permissiva do art. 132 do Código Civil é, em princípio, compatível com o Código de Defesa do Consumidor; logo, a fixação do prazo de carência em dias úteis é válida.

O que pode mostrar um comportamento abusivo do incorporador é o montante excessivo do prazo ajustado, uma vez que, se ultrapassado o limite de 180 dias corridos, haverá irregularidade.

Em resumo, conforme estabelecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: é válida a estipulação de prazo de tolerância em dias úteis na venda de unidade autônoma em incorporação imobiliária; a fluência dos prazos, em geral, ocorre em dias corridos no âmbito do direito material, conforme regra prevista no art. 132 do Código Civil – porém, existe a possibilidade de as partes convencionarem regras diversas de contagem de prazos; existe a limitação, contudo, do prazo ao equivalente a 180 dias corridos, por analogia ao prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, § 2º, da Lei n.º 4.591/1964 e art. 12 da Lei n.º 4.864/1965).<sup>48</sup>

## **1.6 Deveres e obrigações do adquirente**

O adquirente também tem diversos deveres e obrigações nas incorporações imobiliárias.

O primeiro deles é firmar o contrato em 60 dias subsequentes ao término do prazo de carência ou da data do documento preliminar.

A principal obrigação é pagar o preço ajustado pela unidade imobiliária. Em regra, o valor é quitado por meio de prestações durante a realização da edificação.

O cumprimento da obrigação de pagar o preço deve ser efetivado de modo rigoroso, pois o inadimplemento pode comprometer a própria obra.

Caso ocorram atrasos na quitação das parcelas, o adquirente deve ficar sujeito ao pagamento de juros, multa e correção monetária, com o escopo de manter o orçamento

---

<sup>48</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º **1.727.939**, Recorrente: Direcional Taguatinga Engenharia LTDA. Recorrido: Maria Aparecida Moreira Cruz. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.09.2018, *DJ*, 17.09.2018.

necessário para a realização da edificação. Como regra, o contrato firmado entre incorporador e adquirente prevê a forma e os índices de correção monetária, juros e multa.

O art. 63, § 8º, da Lei n.º 4.591/64 já previa que poderá o contrato de construção estabelecer a incidência de multas e juros de mora em caso de atraso no depósito de contribuições, sem prejuízo da correção monetária do valor das prestações pagas com atraso pela variação de índice geral de preços, que reflita as oscilações do poder aquisitivo da moeda nacional.

Além do pagamento de correção monetária, juros e multa, o não pagamento das parcelas pelo adquirente pode levar à resolução do contrato.

Com efeito, verificado o inadimplemento do adquirente, o incorporador tem a alternativa de reclamar o pagamento da prestação com correção monetária, multa e juros ou a resolução do contrato, tanto em relação à fração ideal do terreno quanto no que se refere à parte relacionada à construção.

O art. 41, § 1º, da Lei n.º 4.591/64 permite convenção no sentido de que, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento de parcela relativa à construção, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição da parte construída, mas também sobre a fração ideal de terreno, ainda que esta tenha sido totalmente paga.

Lado outro, de acordo com o § 2º do art. 41 da Lei n.º 4.591/64, poderá ser estipulado também que, na hipótese de o adquirente atrasar o pagamento da parcela relativa à fração ideal de terreno, os efeitos da mora recairão não apenas sobre a aquisição da fração ideal, mas também sobre a parte construída, ainda que totalmente paga.

### **1.7 Direitos do adquirente**

O adquirente de unidades autônomas em incorporação imobiliária tem uma série de direitos previstos na Lei n.º 4.591/64, acrescidos das normas do sistema de proteção do Código de Defesa do Consumidor.

Após a assinatura do documento de ajuste preliminar, o adquirente tem o direito de obter do incorporador o contrato relativo à aquisição do imóvel no prazo de 60 dias.

Outro direito do adquirente é o de promover a averbação, junto ao cartório de Registro de Imóveis, do documento de ajuste preliminar, caso o incorporador deixe de outorgar o contrato. Pode, ainda, registrar eventual promessa de compra e venda firmada e, uma vez registrada, confere direito real oponível a terceiros, atribuindo direito à adjudicação

compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

Na hipótese de denúncia da incorporação, o adquirente tem direito de receber a restituição das quantias que houver quitado, com correção monetária e juros.

Importante direito do adquirente é o de acompanhar o andamento da obra, notadamente através da atuação da Comissão de Representantes.

O adquirente tem o direito de receber do incorporador relatórios periódicos que demonstrem o andamento da obra de acordo com o cronograma anteriormente fixado.

O respeito ao andamento da obra é tão relevante que a legislação confere aos adquirentes o direito de promoverem a notificação do incorporador nos casos de paralisação da obra por mais de 30 dias, para que retome o andamento normal da edificação. Caso não se atenda à notificação, pode haver a destituição do incorporador por meio da Comissão de Representantes.

De fato, os adquirentes têm o direito de assumir, através da Comissão de Representantes, a administração da obra em caso de destituição ou falência do incorporador.

O adquirente tem o direito de receber indenização dos danos materiais e morais decorrentes do retardamento injustificado da obra ou da não entrega do imóvel.

Na omissão do incorporador e do construtor, o adquirente tem o direito de requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades.

Por fim, o adquirente tem o direito de obter do incorporador a escritura de compra e venda da unidade e/ou da fração ideal do terreno, inclusive mediante adjudicação compulsória ou de ação de obrigação de fazer.

Além dos direitos previstos na Lei n.º 4.591/64, o sistema de proteção ao consumidor deve ser utilizado quando o comprador se enquadrar na condição de consumidor e o incorporador na de fornecedor de produtos e serviços.

Apesar dos direitos dos adquirentes acima mencionados, é preciso ter em mente que a aquisição de imóvel na planta em empreendimento de incorporação imobiliária tem riscos significativos, como se abordará abaixo.

## 1.8 Os riscos do contrato de incorporação imobiliária

A principal característica do contrato de incorporação imobiliária é possibilitar a venda de coisa futura, ou seja: o incorporador realiza verdadeira captação de poupança popular no mercado mediante o pagamento antecipado do preço pelos adquirentes.

Como o adquirente está comprando uma unidade imobiliária autônoma que ainda não existe, deve estar ciente dos elevados riscos envolvidos na operação.

De fato, o comprador pode perder todos os seus recursos se a construção não for efetivamente finalizada; logo, constata-se o interesse de toda a economia na referida relação jurídica.

Ademais, por meio do contrato de incorporação imobiliária, muitos adquirentes buscam a efetivação do direito à moradia, o que torna indiscutível o elevado caráter e interesse social no bom andamento e na conclusão da obra, com entrega das unidades autônomas.

Os riscos envolvidos no contrato de incorporação imobiliária são enormes, principalmente para o adquirente das unidades prometidas à venda, que não tem acesso à informação da real situação econômica do incorporador ao celebrar o negócio.

Como no direito civil em geral, o acervo das incorporações imobiliárias do empreendedor integra seu patrimônio geral e os respectivos bens e direitos são a garantia geral dos credores do incorporador.

Nesse contexto, as economias do adquirente da unidade imobiliária autônoma destinadas à efetivação do direito à moradia podem se converter em mera garantia aos credores do incorporador.

Isso porque, uma vez reunidos no patrimônio geral do incorporador, esses recursos podem responder por obrigações vinculadas a qualquer das incorporações de que seja titular a sociedade empresária incorporadora, em respeito ao princípio pelo qual o patrimônio é a garantia geral dos credores.

Em outras palavras, apesar de a construção ser erguida com recursos dos adquirentes, estes não têm nenhuma preferência sobre os valores, nem mesmo em eventual retenção de benfeitorias ou indenização em caso de rescisão por culpa do incorporador. Em eventual insolvência do incorporador, os recursos dos adquirentes serão, muito provavelmente, utilizados no pagamento de outros credores que não contribuíram em nada na formação daquela edificação.

A instituição financeira que financiar a construção do edifício também poderá ser prejudicada, uma vez que, ao aportar recursos à obra, não terá a garantia de que aquele patrimônio edificado será utilizado para eventual pagamento do empréstimo feito visando à sua conclusão.

Para minimizar os riscos, deveria haver a previsão de uma estrutura com o escopo de garantir a segurança e conter os riscos do contrato de incorporação imobiliária.

### **1.9 A necessidade de criação de uma estrutura de segurança e contenção dos riscos do contrato de incorporação imobiliária**

Já foi dito, linhas atrás, que as incorporadoras fazem captação de poupança popular. Em virtude desse fato, a legislação que a disciplina precisa ser rigorosa, pois é uma atividade de muita responsabilidade.

Ao se fazer uma analogia, pode-se comparar a atividade de uma incorporadora à desenvolvida por uma instituição financeira ou sociedade anônima aberta. Nota-se, pois, que as instituições financeiras e as sociedades anônimas abertas, que também fazem captação de poupança popular, sofrem rígidos mecanismos de controle, estando vinculadas a uma legislação extremamente rigorosa, com uma série de procedimentos de alto custo material, tendo que apresentar diversos documentos, com fiscalização e regulação, respectivamente, por parte do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários.

A mesma razão que determina a existência do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários exigiria a criação de uma Agência Nacional das Incorporações Imobiliárias (ANII) ou outra estrutura que tivesse o escopo de minimizar os riscos envolvidos nos contratos de incorporação imobiliária.

O motivo é simples, qual seja: a proteção das pessoas que entregam suas economias, seja como depósito em instituições financeiras, seja como ações em sociedades anônimas ou, como no objeto deste trabalho, adquirindo uma unidade autônoma em uma incorporação imobiliária.

De modo incompreensível não existe uma autarquia federal, agência reguladora ou outra estrutura para fiscalizar e regulamentar a atividade de incorporação.

Não se pode aceitar que uma incorporadora faça lançamento de imóveis na planta, oferta pública de venda, anúncios, com estabelecimentos abertos ao público e corretores, vendendo um bem que não existe ainda, que ainda será construído com as economias e os

esforços de milhares de brasileiros, os quais sonham com a casa própria pronta, sem uma regulação e fiscalização eficientes.

O problema é antigo. Caio Mário da Silva Pereira já apontava a necessidade de criação de um órgão de fiscalização pela Lei n.º 4.591/64:<sup>49</sup>

Na verdade, uma lei complexa como é a de Condomínio e Incorporações, que cria requisitos, institui condições, define crimes e contravenções, estabelece penalidades, devia ter também o cuidado de credenciar um órgão fiscalizador que acompanhasse a sua execução e velasse pelo cumprimento dos encargos. Em nosso livro da Propriedade Horizontal já tratáramos do assunto, e sugerimos então que se incumbissem as autoridades administrativas locais desse mister, bem como aos Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura, dada a proximidade patente entre a atividade do incorporador e a do construtor (às vezes reunidas na mesma pessoa), e ainda pelo fato notório da eficiência e elevação com que se conduzem esses Conselhos no anteprojeto que redigimos, tivemos a mesma cautela, mas parece que na tramitação legislativa faltou quem tivesse conhecimento especializado da matéria, para imprimir sistema a este ponto tão importante. A Lei n.º 4.591, de 16 de setembro de 1964, não cria um órgão específico de fiscalização. Possivelmente, um dia será criado o Conselho dos Incorporadores, que, a exemplo de entidades análogas de outras profissões, exerça o controle dos profissionais. Esta lei, se não houvesse o Congresso deixado que outra orientação prevalecesse, já traria consignado, na trilha do nosso Anteprojeto, o registro obrigatório dos incorporadores e o sistema fiscalizador. Não o tendo feito, nem por isso os profissionais da incorporação poderão andar à solta.

É urgente a criação de um órgão de fiscalização, como já apontava Caio Mário da Silva Pereira.

A referida necessidade de redução dos riscos envolvidos no contrato de incorporação imobiliária será melhor atendida com a criação de uma autarquia federal ou agência reguladora que efetivamente elimine as imperfeições da legislação e do mercado, as quais possam deixar o comprador em prejuízo.

Apesar de apontar a necessidade de um órgão de fiscalização, os Conselhos Regionais de Engenharia e Arquitetura ou mesmo os Conselhos de Incorporadores, como sugerido por Caio Mário, não parecem a melhor solução, por sua estrutura corporativa e atuação em favor da respectiva classe profissional ou empresarial.

É preciso um órgão de fiscalização que efetivamente atue para reduzir a vulnerabilidade do adquirente dos imóveis em incorporação.

Existindo esse controle, o adquirente de unidades autônomas não estará vulnerável e isso estimulará a compra de novos empreendimentos, aquecendo o mercado imobiliário. Além disso, a certeza da organização e da saúde financeira das incorporadoras,

---

<sup>49</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 12 ed. São Paulo: Forense, 2016. p. 212.

gerada pela fiscalização, possibilitará o financiamento das obras com uma taxa de juros muito mais baixa.

Podem-se constatar os diversos benefícios do acolhimento dessa proposta. Em apertada síntese, por não ser o objetivo central deste trabalho, será apresentado o modelo dessa futura autarquia federal ou agência reguladora.

Inicialmente, faz-se mister ressaltar alguns conceitos doutrinários sobre o tema.

A regulação é instituto que tem origem na ciência econômica, mas tem tido, de forma progressiva, importância grande na seara jurídica.

O Estado deve atuar na ordem econômica, preferencialmente com caráter regulador e de fomento, sendo a exceção a participação direta nas atividades econômicas.

Quanto ao tema “regulação”, cabe trazer à baila as lições de Aragão:<sup>50</sup>

A regulação entre o Estado e a economia é dialética, dinâmica e mutável, sempre variando segundo as contingências políticas, ideológicas e econômicas. Inegável, assim, uma relação de mútua ingerência e limitação: o Direito tem possibilidades, ainda que não infinitas, de limitar e direcionar as atividades econômicas; e essas influenciam as normas jurídicas não apenas na sua edição, como na sua aplicação, moldando-as, também limitadamente, à lógica da economia.

A regulação da economia é um fenômeno complexo (envolve funções estatais de várias naturezas) e dotado de grande heterogeneidade, não apenas ao longo da história, mas também porque cada Estado pode empregar distintas estratégias regulatórias.

A noção de regulação implica a integração de diversas funções. Primeiramente, pressupõe um quadro normativo (marco regulatório), que deve buscar o equilíbrio dos interesses envolvidos. Esse quadro normativo é estabelecido, em primeiro lugar, por normas constitucionais, gerais para toda a economia (ex.: art. 174) ou específicas de determinada atividade (ex.: art. 177), pelas leis que regulamentam normas constitucionais (ex.: Código de Defesa do Consumidor, Lei do Petróleo) e pelos regulamentos administrativos delas decorrentes.

Posto o marco regulatório, segue-se a aplicação concreta de suas regras; a composição dos conflitos que delas advêm, dando lugar, nessas duas últimas hipóteses, a atos administrativos individuais. Há, portanto, três funções estatais tradicionais inerentes à regulação: aquela de editar a regra, a de assegurar a sua aplicação e a de reprimir as suas infrações.

As normas constitucionais acerca da regulação da economia são gerais; logo, podem ser aplicadas à atividade econômica de incorporação imobiliária. Para a efetiva implantação da ideia, mostra-se essencial, além das normas constitucionais, estabelecer um quadro normativo infraconstitucional, um verdadeiro marco regulatório para a atividade econômica das incorporadoras.

---

<sup>50</sup> ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 202.

Com efeito, a primeira função estatal inerente à regulação deve ser imediatamente tomada, para criar um marco regulatório para a atividade econômica de incorporação imobiliária.

Lado outro, as funções de assegurar a aplicação do marco regulatório e de reprimir suas infrações demandam a criação de uma autarquia ou de uma agência reguladora específica.

A autarquia é uma pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado.

Cabe destacar a autonomia das autarquias, criadas com atribuição e finalidade específicas, que possuem patrimônio próprio.

De acordo com o artigo 5º, inciso I, do Decreto-Lei n.º 200/67, autarquia é o serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada.

Já as agências reguladoras são autarquias de regime especial. Elas têm maior estabilidade e independência em relação ao ente que as criou. Seus dirigentes têm investidura especial e exercem mandato fixo, somente podendo perdê-los em caso de renúncia, de condenação judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar.

Com efeito, a concepção das agências reguladoras tem como elemento central a atribuição de regulação econômica às entidades especializadas autônomas que sejam independentes tecnicamente. A referida independência técnica é fundamental para evitar nocivos vícios, como a tentativa de influenciar nas decisões do ente ou mesmo capturar a entidade reguladora de determinada atividade.

Nesse contexto, pode-se constatar que a atividade de incorporação imobiliária é uma atividade econômica relevante; logo, necessita de uma organização forte a resguardar o bom funcionamento do mercado.

É verdade que a regulação, por vezes, pode influenciar ou reduzir as liberdades econômicas do agente econômico, o que seria uma crítica relevante a esse modelo.

Por outro lado, a regulação pode assegurar os direitos dos usuários e consumidores.

A Agência Nacional das Incorporações Imobiliárias (ANII) seria integrante da administração pública federal indireta, submetida a regime autárquico especial e vinculada a algum ministério ligado à economia.

Além disso, a Agência Nacional das Incorporações Imobiliárias (ANII) teria sede e foro no Distrito Federal, escritórios centrais nas capitais dos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, bem como unidades administrativas em outros Estados da Federação.

A Agência Nacional das Incorporações Imobiliárias (ANII) teria como finalidade a regulação, a gestão da informação e a fiscalização do aproveitamento dos empreendimentos de incorporação imobiliária.

A referida entidade deveria implantar, em sua esfera de atribuição, a política nacional para as atividades imobiliárias, com estabelecimento de normas e padrões para o aproveitamento dos imóveis e para o cumprimento das melhores práticas da atividade de incorporação imobiliária.

A prestação de apoio técnico ao poder concedente deveria constar como um dos requisitos da regulação setorial. A Agência Nacional das Incorporações Imobiliárias ou o órgão fiscalizador equivalente seria extremamente útil na gerência e na fiscalização de contratos de incorporação imobiliária, bem como no estabelecimento de requisitos técnicos, jurídicos, financeiros e econômicos a serem atendidos pelos interessados para a obtenção de autorização para a continuidade do empreendimento.

A agência reguladora teria importante papel na consolidação das informações estatísticas a serem prestadas pelas empresas que utilizam o contrato de incorporação imobiliária.

A referida agência deveria fiscalizar a atividade de incorporação imobiliária, podendo realizar vistorias, autuar infratores, impor as sanções cabíveis, constituir e cobrar os créditos dela decorrentes, bem como comunicar aos órgãos competentes a eventual ocorrência de infração. Poderia, ainda, promover leilão de imóveis, bem como dos equipamentos encontrados ou provenientes da atividade imobiliária.

Outra função relevante que poderia ser delegada à agência reguladora é normatizar, orientar e fiscalizar, bem como mediar, conciliar e decidir os conflitos entre agentes da atividade de incorporação imobiliária.

Na estrutura organizacional da entidade ora proposta, pode-se mencionar que a agência seria dirigida por uma Diretoria Colegiada, composta de um Diretor-Geral e quatro diretores. O Diretor-Geral teria mandato fixo, para preservação da isenção e imparcialidade.

A existência de um órgão de fiscalização específico da atividade é importante para se alcançar uma regulação mais efetiva.

De fato, existem cautelas que devem ser tomadas com pesquisa sobre a regularidade jurídica e sobre a capacidade financeira do incorporador.

Além disso, a insegurança no tão relevante assunto da incorporação imobiliária pode ser entendida como uma das incongruências existentes na legislação, especialmente a inexistência do órgão regulador da atividade, bem como a ausência de obrigatoriedade de inscrição e de capacitação mínima do incorporador, já que o arquivamento do memorial de incorporação é uma exigência meramente formal.

A ausência de um ente que faça a regulação da atividade econômica de incorporação imobiliária leva à diminuição do número de interessados na aquisição das unidades imobiliárias, em virtude do receio de a empresa passar por alguma dificuldade financeira que impossibilite a conclusão da obra.

Esse seria o modelo ideal para a regulação e a fiscalização das incorporações imobiliárias. Com a independência que um mandato fixo dá ao dirigente da agência reguladora, seria possível a implementação das melhores políticas no setor imobiliário. Além disso, nessa agência seriam lotados procuradores federais, que analisariam aspectos jurídicos da fiscalização das incorporações.

Considerando a importância das incorporações imobiliárias no cenário nacional, a criação de uma agência reguladora de âmbito federal mostra-se como a mais eficaz solução para minimizar a insegurança do mercado imobiliário, proporcionando condições ideais para os adquirentes de unidades autônomas, para as instituições financeiras, para os fornecedores e para os próprios incorporadores.

Apesar de ser relevante a ideia de criação de uma agência reguladora ou de um órgão de fiscalização, devem-se compreender as dificuldades fáticas de implementação da proposta, que necessitaria de alterações legislativas e dotação orçamentária. Com efeito, a adoção da solução acima apresentada criaria mais um custo para o Poder Público e para os agentes econômicos da iniciativa privada, podendo ser considerada uma verdadeira externalidade negativa.

Antes da adoção da medida regulatória, é forçoso reconhecer a necessidade de aprimoramento dos contratos e, principalmente, tornar obrigatório o patrimônio de afetação.

Na ausência de avanço na questão referente a este ponto, o legislador criou o patrimônio de afetação como uma tentativa de proteção ao adquirente de unidade imobiliária autônoma, como se passa a abordar a seguir.

## **1.10 O patrimônio de afetação como uma tentativa de proteção ao adquirente de unidade imobiliária autônoma**

Os problemas envolvendo os riscos no contrato de incorporação imobiliária e a ausência de um órgão fiscalizador são antigos; porém, houve pouca evolução legislativa no sentido de proteger o adquirente de unidade imobiliária de forma efetiva.

A rotina do mercado imobiliário clamava por maior segurança jurídica, pois o setor sempre movimentou uma quantidade enorme de recursos financeiros, além de envolver a realização do direito à moradia de milhares de pessoas.

Esse foi o contexto que levou o legislador a adotar o patrimônio de afetação como tentativa de proteção ao adquirente de unidade imobiliária autônoma.

A ideia tem como base a teoria da afetação, segundo a qual os bens afetados se vinculam a um determinado fim, qual seja, a conclusão da obra e a entrega das unidades.

Antes de analisar como o patrimônio de afetação se aplica nas incorporações imobiliárias, cabem rápidas palavras sobre a forma como o direito privado trata o patrimônio e a respeito da própria teoria da afetação patrimonial.

### *1.10.1 O patrimônio no direito privado: a teoria clássica ou personalista*

O patrimônio, para o direito privado, está ligado ao princípio de que o devedor responde com todos os seus bens para o cumprimento das obrigações.

De fato, o patrimônio do indivíduo é a garantia dos credores.

A primeira teoria que sistematizou o patrimônio no direito civil foi a teoria clássica ou personalista, cujo ponto de partida é o princípio pelo qual o patrimônio consiste em emanção da personalidade.

O patrimônio teria as mesmas características da personalidade, sendo intransmissível, uno e indivisível.

Apesar da importância da teoria clássica ou personalista, não se pode defender que o patrimônio tem os mesmos elementos da personalidade.

Isso porque, em primeiro lugar, o patrimônio pode ser transmitido: com a morte da pessoa natural, ocorre o fim da personalidade, mas o patrimônio subsiste e será transmitido aos herdeiros, de acordo com as regras do direito das sucessões.

Outra característica apontada pela teoria clássica, a indivisibilidade, também pode ser refutada, pois o patrimônio está sujeito a divisões. A herança está sujeita a divisões em

partes ideais, mesmo antes de efetivada a partilha dos bens. O herdeiro pode ceder seu quinhão aos outros herdeiros ou mesmo a terceiros.

Pela teoria clássica ou personalista, o patrimônio teria unidade: cada pessoa só poderia ter uma massa patrimonial. É a adoção do princípio da unidade patrimonial. Ocorre que é possível a existência de mais de uma universalidade patrimonial concentrada na esfera jurídica da mesma pessoa. É juridicamente admissível a existência de mais de um acervo patrimonial para determinada pessoa.

Nesse contexto, a teoria clássica ou personalista passa a ser contestada, em virtude da possibilidade da coexistência de patrimônio separado, como se abordará na sequência.

### *1.10.2 O patrimônio separado e a afetação*

O patrimônio não pode ser entendido como emanção da personalidade, uma vez que não tem as mesmas características da personalidade, como defendido pela teoria clássica.

Na realidade, o patrimônio deve ser entendido tão somente como o complexo de relações jurídicas de conteúdo econômico de uma pessoa.

Ana Carolina Santos Ceolin afirma que “enquanto complexo de relações jurídicas de conteúdo econômico de uma pessoa, o patrimônio encerra-se em parâmetros estritamente objetivos, que o apartam de noções e conceitos que se referem à qualidade de sujeitos de direito”.<sup>51</sup>

O fenômeno da separação de núcleos patrimoniais tornou insustentável a defesa de um patrimônio uno e indivisível para cada pessoa.

O direito civil brasileiro admite que uma pessoa tenha a titularidade de mais de uma massa patrimonial, o que levou ao desenvolvimento da ideia de patrimônio separado ou afetação patrimonial.

Além disso, a Lei n.º 4.591/64 é o grande exemplo de possibilidade de coexistência de mais de um patrimônio na mesma pessoa, uma vez que cria a figura do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias.

De modo muito adequado, em lição que merece ser transcrita, Ana Carolina Santos Ceolin explica-o fenômeno da separação de patrimônios:<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. **O patrimônio sob a ótica do direito privado**. 2003. 172 f. Orientador: João Baptista Villela. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 98.

<sup>52</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. **O patrimônio sob a ótica do direito privado**. 2003. 172 f. Orientador: João Baptista Villela. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 99.

Para que se configure a separação de patrimônios, é preciso divisar na esfera jurídica de uma pessoa o surgimento de massas patrimoniais que se mantêm apartadas do restante do patrimônio pelo regime jurídico a que se sujeitam. O conjunto de bens e direitos de caráter pecuniário aptos a serem alcançados pela ação executiva dos credores pertencentes a uma pessoa pode ser fracionado em partes ideais que constituirão, ao seu lado, massas autônomas. A par do patrimônio ordinário de uma pessoa, pode-se identificar núcleos patrimoniais que se separam do todo para constituírem patrimônios especiais. O fenômeno da separação patrimonial caracteriza-se, com efeito, pelo fracionamento do patrimônio de uma pessoa de sorte a torná-la titular de duas ou mais massas patrimoniais autônomas entre si.

A teoria da afetação permite a separação de parte do patrimônio para vinculação a determinada finalidade.

Também Melhim Namem Chalhub aponta a existência de várias massas patrimoniais sob titularidade de um mesmo sujeito:<sup>53</sup>

Segundo essa teoria, é possível a existência de várias massas patrimoniais sob titularidade de um mesmo sujeito, constituídas com a precípua finalidade de se alcançar determinados fins ou para viabilizar determinada exploração econômica. Para esse fim, não é necessário que o bem objeto da afetação seja retirado do patrimônio do titular, mas, sim, que seja vinculado a determinada finalidade, sempre mediante expressa autorização legal, estando compreendidos nessa teoria o bem de família, o dote, as rendas vitalícias, as substituições etc. Implica a afetação que os credores vinculados ao patrimônio especial têm ação somente sobre bens dele integrantes, com exclusão dos outros bens do patrimônio do devedor, ou significa que esses credores têm preferência sobre os bens afetados.

A instituição do patrimônio de afetação cria uma incomunicabilidade com o objetivo de garantir a efetivação do objetivo que gerou a separação patrimonial, minimizando os riscos financeiros decorrentes da regra de que o patrimônio do devedor é a garantia geral dos credores.

Alguns doutrinadores não aceitam a ideia de separação do patrimônio para garantir uma finalidade especial. Para que o patrimônio forme um todo único, não basta uma especial destinação, pois o único critério seguro para reconhecer a existência do patrimônio separado é aquele da responsabilidade pelos débitos.

Este é o entendimento do português Manuel A. Domingues de Andrade:<sup>54</sup>

O critério mais seguro, ou em todo caso o mais geralmente adotado, para reconhecer a existência dum patrimônio autônomo é da responsabilidade por dívidas. Patrimônio autônomo será portanto – e esta noção é a que mais importa reter – o conjunto patrimonial a que a ordem jurídica dá um tratamento especial, distinto do

---

<sup>53</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 89.

<sup>54</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1. p. 219.

restante do patrimônio do titular, sob o ponto de vista da responsabilidade por dívidas.

Nesse entendimento, haveria separação patrimonial quando uma parte do patrimônio total é destacado para responder por certas e determinadas dívidas.

Em que pese a divergência entre os autores, a análise da função jurídica do patrimônio separado é essencial para o correto entendimento do instituto. E o patrimônio foi consagrado como categoria jurídica a partir do momento em que recebeu a função de garantir a satisfação dos credores.

A função desempenhada pelo patrimônio é essencial para a própria existência jurídica do instituto e com o patrimônio separado isso também ocorre, embora a análise da função seja insuficiente para se determinar a configuração do novo instituto do patrimônio separado.

Ao tratar da função do patrimônio separado e do seu fim ou escopo especial, Ana Carolina Santos Ceolin esclarece:<sup>55</sup>

Embora se entenda que a função de limitar a responsabilidade do devedor constitui o fundamento jurídico do patrimônio separado, deve-se igualmente considerá-la insuficiente para determinar, por si só, a configuração desse novel instituto. Por consistir em mera técnica jurídica que não apresenta um fim em si mesma, a limitação de responsabilidade encontra-se, por sua vez, predisposta à obtenção de um escopo determinado em lei. Ela só pode ser franqueada aos indivíduos, na medida em que visa à consecução de um objetivo socialmente útil, que justifique o abrandamento da força coercitiva de que se reveste o princípio segundo o qual o devedor responde com todos os seus bens pelo cumprimento de suas obrigações. É o que os autores denominam de destinação especial do patrimônio separado.

É preciso identificar a importância da função do patrimônio separado, que é a limitação da responsabilidade do titular, sendo essa função jurídica, mantida a análise na seara do Direito.

Apesar da importância da função jurídica, é correto dizer que sua identificação não é suficiente, pois o objetivo especial buscado com o patrimônio separado se encontra na ordem econômica e social.

No caso do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, o legislador claramente busca levar segurança ao adquirente de unidade imobiliária ao mesmo tempo em que fomenta a economia pela possibilidade de ampliação do mercado imobiliário.

---

<sup>55</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. **O patrimônio sob a ótica do direito privado**. 2003. 172 f. Orientador: João Baptista Villela. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 129.

Em matéria de patrimônio de afetação, o patrimônio separado pode ser utilizado com o fim de liquidar o passivo, com o pagamento dos débitos e o cumprimento da finalidade, para novamente ser absorvido pelo patrimônio ordinário do titular.

Manuel A. Domingues de Andrade esclarece:<sup>56</sup>

As dívidas próprias de um patrimônio autônomo, pelas quais ele responde nos precisos termos já definidos, são, naturalmente, as que estejam relacionadas com a função específica desse patrimônio, com a finalidade ou afetação especial em vista da qual ele foi automatizado (unificado, erigido a universalidade). Pois é de notar que os patrimônios separados têm um destino particular, estão postos ao serviço de um escopo limitado e restrito, que pode ser até um mero escopo de liquidação (satisfação das dívidas que o oneram), ao passo que o patrimônio geral da pessoa se mantém à disposição dela para quaisquer outros fins ou necessidades suas. Neste sentido se costuma dizer que os patrimônios autônomos são patrimônios de afetação especial, ao passo que o restante do patrimônio da pessoa é de afetação geral.

Nem sempre o patrimônio separado tem o escopo de liquidar o passivo. Pode haver a separação patrimonial com o objetivo de se atingir um fim específico. Ao transportar a lição de Manuel A. Domingues de Andrade, acima transcrita, para a afetação na incorporação imobiliária, nota-se a existência de um patrimônio autônomo de afetação especial e que deve ser utilizado para garantir tão somente a construção da edificação e a entrega das unidades imobiliárias autônomas, com o pagamento dos débitos referentes à obra e o cumprimento das obrigações contratuais do incorporador para com o adquirente. Lado outro, o restante do patrimônio do incorporador pode ser considerado como de afetação geral.

Como já destacado, parte da doutrina não aceita a ideia da pluralidade ou da divisibilidade de patrimônio, ao argumento de que o patrimônio do indivíduo deve ser tratado como unidade. Haveria um destacamento de parte do patrimônio, mas sem criação de personalidade.

A afetação levaria à destinação de determinados bens a uma finalidade específica sem se criar uma personalidade, como a lei civil prevê em relação à fundação.

Melhim Namem Chalhub entende que, não obstante a incomunicabilidade, a constituição desses patrimônios especiais não resulta em desmembramento do patrimônio geral: este permanece uno, abrangendo todo o conjunto de direitos e obrigações do sujeito.<sup>57</sup>

No patrimônio geral da pessoa, coexistiriam várias massas patrimoniais. O patrimônio de afetação não seria um patrimônio dissociado do patrimônio geral.

---

<sup>56</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1. p. 220.

<sup>57</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 89.

Apesar do respeito a esse entendimento, é possível avançar um pouco mais na ideia de patrimônios separados.

Destaca-se, inicialmente, que a criação do patrimônio de afetação deve ser autorizada por lei. É que a regra deve mesmo ser a de que o patrimônio do devedor é a garantia dos credores, porém com admissão da separação patrimonial com autorização legal. Eventual convenção de separação patrimonial firmada entre duas partes não poderia ser oponível a terceiros nem ao Poder Judiciário.

Como não se pode prejudicar terceiros nem limitar-se a ação do Poder Judiciário, é razoável só se admitir o patrimônio separado nos casos previstos em lei, como na incorporação imobiliária.

Existe um grau de autonomia amplo entre as massas patrimoniais, na medida em que o patrimônio separado se comporta como um compartimento estanque dentro do patrimônio geral e ordinário da pessoa.

Nesse sentido, Manuel A. Domingues de Andrade:<sup>58</sup>

É claro, por outro lado, que para existir tal autonomia, atribuindo-se ao termo a plenitude de sua significação, deverá o respectivo patrimônio aparecer como completamente separado – sempre no aspecto aqui tomado como decisivo –, formando assim uma espécie de compartimento estanque, adentro do patrimônio total da pessoa. Autonomia verdadeira e própria, com efeito, será apenas, como bem se compreende, a que for absoluta e integral. Ora para tanto, e ainda em harmonia com o critério indicado, importará que o núcleo patrimonial em questão só responda e responda só ele por certas dívidas. Não basta verificar-se algumas dessas modalidades; é preciso que concorram ambas. A qualificação de patrimônio autônomo pressupõe que uma dada massa patrimonial só é sensível a certas dívidas, não o sendo às outras dívidas do respectivo titular, e que, por outro lado, o patrimônio principal ou geral deste último permanece estranho e insensível àquela primeira classe de obrigações. Não basta pois que sobre um dado conjunto de bens tenham certas dívidas um tratamento preferencial, desde que eles também respondam por outras dívidas, ou por aquelas que respondam ainda por qualquer forma, embora só a título subsidiário (uma vez excutidos tais bens) ou depois de pagas as outras, o restante patrimônio do titular.

No patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a massa patrimonial separada responde apenas pelas dívidas decorrentes da respectiva edificação; logo, não podem ser utilizados débitos gerais do incorporador.

Ao concluir o estudo do patrimônio separado, Ana Caroline Santos Ceolin afirma:<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1. p. 219.

É forçoso concluir, pois, que a massa patrimonial, enquanto estiver separada do patrimônio ordinário de seu titular, caracteriza-se pela absoluta e perfeita autonomia. Por ensejar a absoluta insensibilidade recíproca entre os núcleos patrimoniais, a separação de patrimônios impede que as dívidas de um sejam adimplidas por bens do outro e vice-versa. Mas, depois que a separação se desfaz, os bens que compunham o patrimônio separado tornam-se elementos integrantes do patrimônio ordinário de seu titular e, como tal, passam a responder pelo cumprimento de todas as suas obrigações.

Concluída a análise do patrimônio separado de forma geral, passa-se a abordar a utilização do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária.

### *1.10.3 A utilização do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária*

A dinâmica da incorporação imobiliária se ajusta ao fenômeno do patrimônio de afetação, não só pela sua função econômica e social, como também por ser natural que cada empreendimento tenha receita própria, oriunda dos créditos da venda de unidades imobiliárias autônomas.

Pela necessidade de sustentabilidade do negócio, o volume de receitas provenientes da alienação dos imóveis é superior ao custo da obra. Ademais, as receitas e as despesas de cada empreendimento são muito bem definidas, razão pela qual a estrutura econômica da incorporação favorece a instituição do patrimônio de afetação.

O legislador brasileiro, buscando a proteção não só dos adquirentes de unidades imobiliárias em incorporações, como também das instituições financeiras e tendo em vista os casos de gestões desastrosas em diversas incorporadoras, sendo o caso mais famoso o da Encol, criou o patrimônio de afetação, com o escopo de garantir a conclusão efetiva da obra.

Em matéria de patrimônio de afetação, Melhim Namem Chalhub explica:<sup>60</sup>

O patrimônio de afetação visa proteger a incorporação afetada contra os riscos patrimoniais de outros negócios da empresa incorporadora, visando a que seus eventuais insucessos em outros negócios não interfiram na estabilidade econômico-financeira da incorporação afetada.

Por efeito da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes ficam afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para outras finalidades. O volume dos recursos afetados, entretanto, limita-se ao quantum necessário à execução da obra e regularização do edifício no Registro de Imóveis, estando excluídas da afetação, portanto, as quantias que excederem a esse limite, das quais o incorporador pode se apropriar sem restrição alguma.

---

<sup>59</sup> CEOLIN, Ana Caroline Santos. **O patrimônio sob a ótica do direito privado**. 2003. 172 f. Orientador: João Baptista Villela. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003. p. 159.

<sup>60</sup> CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 76.

A afetação patrimonial torna incomunicável o acervo correspondente à incorporação, vinculando-o à satisfação dos créditos a ela vinculados, entre eles o direito dos adquirentes em relação às unidades imobiliárias adquiridas, os direitos creditórios dos trabalhadores da obra, do fisco, da previdência, da entidade financiadora, dos fornecedores.

Disso resulta que o patrimônio de afetação só responde pelas suas próprias dívidas e obrigações.

De fato, nota-se que o patrimônio da construtora na quase totalidade dos casos de crises é insuficiente para cobrir as dívidas dela, ficando os consumidores, os fornecedores e as instituições financeiras sem possibilidade de receber o que era devido.

Agora, o incorporador tem a possibilidade de instituição do patrimônio de afetação, nos termos da Lei n.º 10.931/2004, o que significa que os bens afetados serão reservados para uma determinada finalidade, estando separados do patrimônio geral do incorporador. Na realidade, será instituído um novo patrimônio, com vinculação a determinado empreendimento, não respondendo pelas dívidas gerais do incorporador.

Esse patrimônio de afetação tem o claro objetivo de impedir que o incorporador realize uma captação popular de poupança, com o lançamento e a venda de empreendimento imobiliário apenas para garantir o término de obra referente a empreendimento anterior, ainda não concluído, gerando um círculo vicioso, que gerará a quebra dessa incorporadora, com prejuízos aos consumidores, aos fornecedores e às instituições financeiras.

A incorporadora que efetivamente utilizar a Lei n.º 10.931/2004, criando um patrimônio de afetação, ficará com os bens e os direitos componentes desse patrimônio exclusivo para a construção do empreendimento respectivo, ficando apartado dos demais bens dessa pessoa jurídica.

Com efeito, não haverá comunicação desse patrimônio afetado com os demais bens da empresa, podendo esta ter mais outros patrimônios afetados, de acordo com a quantidade de incorporações em andamento. É perfeitamente possível que ela tenha um, dois, três ou mais patrimônios afetados, de acordo com a quantidade de obras, ao lado de seu patrimônio geral. Cada patrimônio afetado responderá por suas respectivas obrigações.

Nota-se, pois, que os patrimônios de afetação são incomunicáveis, sendo justamente esse o escopo protetivo da Lei n.º 10.931/2004. Essa afetação ocorrerá para garantir a execução de determinada obra, não respondendo por negócios estranhos ao objeto da afetação.

Com a finalização do empreendimento e a conseqüente entrega das unidades autônomas, o ativo restante será de propriedade do incorporador, como resultado de sua atividade econômica, passando a compor o patrimônio geral da incorporadora.

Na hipótese de afetação imobiliária, antes do lançamento do empreendimento, o incorporador já deverá separar bens de seu patrimônio, criando um orçamento específico, para conferir autonomia ao negócio, de modo a permitir o atendimento às obrigações específicas vinculadas à realização da obra em questão.

É importante ressaltar que a adoção do regime de afetação nas incorporações imobiliárias significa o reconhecimento de que o empreendimento disporá de ativos e passivos próprios, como se fosse uma “empresa” distinta, sem sair da esfera de propriedade da incorporadora.

O real escopo da Lei n.º 10.931/2004 é contemplar com maiores direitos quem efetivamente contribuiu com a incorporação, na medida em que desvincula os créditos do patrimônio geral do incorporador. O patrimônio afetado responderá exclusivamente pelos créditos, sem a interferência de terceiros que não estejam nem minimamente envolvidos com a relação.

Como o escopo da instituição do patrimônio de afetação é garantir a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, ocorre a criação de uma reserva patrimonial com essa destinação específica, com poderes para que a Comissão de Representantes dos adquirentes assuma a administração da incorporação se houver atraso injustificado da obra ou em caso de falência.

Nesse contexto, deve-se reconhecer a importância da instituição do patrimônio de afetação pela proteção aos adquirentes nas hipóteses de crises econômico-financeiras do incorporador, com a possibilidade de resolução extrajudicial dos problemas, na medida em que a Comissão dos Representantes dos adquirentes pode assumir a administração da incorporação.

Apesar desse relevante objetivo, pode-se constatar que, na prática, a adesão das incorporadoras a esse formato de relação não foi como o esperado, sendo poucas as que optaram por realizar a afetação em suas obras.

Desse modo, em razão da necessidade de proteção aos adquirentes de unidades autônomas, a jurisprudência consolidou entendimento que parece romper com as bases do sistema brasileiro, com desconsideração completa de institutos como a hipoteca.

A insuficiência da proteção legal abriu espaço para a atuação dos Tribunais em uma tentativa de proteger os milhares de adquirentes de unidades imobiliárias autônomas que enfrentavam problemas em suas aquisições de imóveis por meio de contratos ligados a incorporações imobiliárias.

## **2 A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A BOA-FÉ OBJETIVA COMO FUNDAMENTOS DA VULNERABILIDADE DA GARANTIA HIPOTECÁRIA NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

### **2.1 A ineficácia da hipoteca firmada entre o incorporador e a instituição financeira como uma tentativa jurisprudencial de proteção ao adquirente de unidade autônoma em incorporação imobiliária: a Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça**

A proteção legal ao adquirente de unidade autônoma em incorporação imobiliária é nitidamente insuficiente, como já abordado no capítulo anterior.

A inércia do legislador levou a jurisprudência a um entendimento que parece romper com as bases do sistema pátrio, por levar a garantia hipotecária a uma vulnerabilidade excessiva.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou, no enunciado da Súmula n.º 308, o entendimento de que “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”.

Da atenta análise dos precedentes que levaram o Superior Tribunal de Justiça à adoção da Súmula n.º 308, pode-se constatar a existência de sucessivos julgados em ações ordinárias para suspender hipoteca constituída sobre imóveis adquiridos junto à incorporadora Encol S.A., em que as ações foram julgadas procedentes, desconstituindo-se a hipoteca dada pela construtora à instituição bancária.

Como fundamento jurídico para o referido entendimento, o Superior Tribunal de Justiça utilizou o artigo 1.420, *caput*, do Código Civil, compreendendo que a hipoteca só poderá ser ofertada por aquele que tem o direito de alienar o bem. Celebrado o compromisso de compra e venda entre a construtora e o adquirente, não mais tem aquela o poder de dispor do imóvel; em consequência, não mais poderá gravá-lo com hipoteca.

Os precedentes com o entendimento acima mencionado consideram ainda que fere a boa-fé objetiva da relação contratual a atitude da construtora que, primeiramente, celebra o compromisso de compra e venda do imóvel com o promissário comprador e, depois, onera-o com hipoteca em favor de terceiro (agente financeiro).

Com efeito, o entendimento consolidado na jurisprudência aponta que o promissário comprador de unidade habitacional somente é responsável pelo pagamento

integral da dívida relativa ao imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da incorporadora/construtora perante o financiador do empreendimento.

Por oportuno, cabe destacar que esse entendimento foi construído nos julgamentos envolvendo a incorporadora Encol S.A., que teve problemas de fluxo de caixa e causou prejuízo a centenas de adquirentes de unidades habitacionais. Esse contexto fático pode ter conduzido os Tribunais a um entendimento que parece romper com as bases do sistema pátrio.

De fato, o artigo 1.420 do Código Civil, um dos fundamentos para as decisões judiciais, poderia até ser utilizado para retirar a eficácia das hipotecas posteriores à promessa de compra e venda do imóvel, mas o argumento não se sustenta quando a jurisprudência também torna ineficaz as hipotecas anteriores à celebração da promessa de compra e venda.

Por outro lado, quanto à boa-fé objetiva, constata-se a necessidade de sua aplicação a todos os envolvidos na relação negocial, ou seja, a boa-fé objetiva se aplica tanto ao incorporador quanto ao promissário comprador e à instituição financeira.

As instituições financeiras tinham o hábito de conceder empréstimos aos incorporadores, com a garantia de hipotecas das unidades autônomas construídas com a incorporação.

Em virtude da oponibilidade contra todos do direito real decorrente da hipoteca, as instituições financeiras concediam recursos ao mercado imobiliário com segurança.

Com as crises que eventualmente atingem a atividade empresarial do incorporador, diversos empréstimos não foram quitados e os terceiros adquirentes das unidades autônomas hipotecadas não conseguiam obter autorização da instituição financeira para que o registro da hipoteca fosse baixado, já que o contrato de financiamento firmado entre as duas ainda não se encontrava adimplido.

Por oportuno, cabe destacar que a situação perdurava mesmo após o adquirente quitar o preço da unidade junto à incorporadora. O terceiro adquirente da unidade autônoma estava sendo afetado pelos efeitos de um contrato de financiamento em que não era parte.

A condição para a hipoteca ser cancelada era a quitação da dívida contraída pela incorporadora. É evidente que o terceiro adquirente da unidade imobiliária não é devedor e não tem responsabilidade pelo pagamento da dívida da incorporadora. Ademais, o volume de recursos necessários para eventual quitação, na maioria das vezes, é muito superior às possibilidades da pessoa prejudicada pela hipoteca.

O STJ, com o escopo de minimizar as injustiças causadas aos adquirentes de unidades em incorporação imobiliária, passou a considerar ineficazes as hipotecas firmadas pela incorporadora em favor das instituições financeiras.

O maior problema da Súmula nº 308 do STJ é, eventualmente, tornar ineficazes as hipotecas instituídas antes do compromisso de promessa de compra e venda, quando parece lícito ao incorporador conceder a unidade em garantia hipotecária, conforme se abordará em tópico mais abaixo.

Quanto às hipotecas firmadas após a promessa de compra e venda, parece sustentável o entendimento jurisprudencial, notadamente nos casos em que o adquirente busca efetivar seu direito à moradia.

De qualquer modo, firmou-se no STJ o entendimento de que a promessa de compra e venda, ao indicar que o imóvel estava livre e desembaraçado, levaria a uma violação da expectativa legítima do adquirente se houvesse hipoteca, o que tornaria a sua instituição contrária ao princípio da boa-fé objetiva. Porém, é preciso uma compreensão mais adequada da boa-fé objetiva, como se abordará mais à frente.

Além disso, considerou-se negligente a instituição financeira que não observa a situação do empreendimento ao conceder financiamento hipotecário para edificar um prédio de apartamentos, principalmente se a hipoteca se deu quando já era razoável supor que o prédio estivesse com unidades vendidas.

O STJ entende que, 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.

O princípio da boa fé objetiva, na ótica do STJ, impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda o dever de se acautelar para receber o 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 direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda se limita ao recebimento do pagamento das prestações dos terceiros adquirentes, não assumindo os compradores de unidades autônomas a responsabilidade de pagar as dívidas da incorporadora ou da construtora do prédio.

O fato de constar do registro a hipoteca da unidade edificada em favor do agente financiador da incorporadora/construtora não tem o efeito de atingir também o terceiro adquirente, pois é evidente que o adquirente não assumiu a responsabilidade de pagar a sua dívida e mais a dívida da incorporadora/construtora perante a instituição financeira.

Por um critério de justiça e para não colocar milhares de adquirentes de imóveis em situação absolutamente desfavorável, o entendimento jurisprudencial se consolidou nos moldes da Súmula n.º 308 do STJ, mesmo diante das regras jurídicas expressas do instituto da hipoteca.

Os argumentos principais dos julgados passam pela análise da função social do contrato e da boa-fé objetiva, para concluir que configuraria abuso de direito, em favor da instituição financeira, uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre terceiros.

Antes de analisar as divergências da corrente firmada na jurisprudência, cabe uma breve exposição acerca da função social do contrato e da boa-fé objetiva no direito privado.

## **2.2 Função social do contrato**

A função social do contrato é um dos fundamentos utilizados para justificar a posição jurisprudencial que torna ineficaz a hipoteca, em prestígio ao interesse do promissário comprador de unidade imobiliária autônoma em incorporação imobiliária.

Pela relevância do fundamento, mostra-se necessária uma breve análise do assunto, com a ressalva de que não se tem a intenção de aprofundar-se no tema, pois não é o objeto principal do presente estudo.

### *2.2.1 Da estrutura à função*

Antes da análise da função social propriamente dita, é oportuno mencionar as lições do jusfilósofo Norberto Bobbio, que publicou uma série de estudos na década de 1970, reunidos num livro denominado *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, defendendo a importância da perspectiva funcionalista no campo jurídico.

Constata-se, ao longo do referido texto, a presença de preocupações que claramente aproximam o jurista dos problemas econômicos da sociedade contemporânea, sendo relevante uma visão funcional para o entendimento dos problemas envolvendo a incorporação imobiliária.

No estudo denominado “Verso una teoria funzionalistica del diritto”, Norberto Bobbio apresenta a diferença entre a perspectiva estruturalista e a funcionalista.<sup>61</sup> Em linhas gerais, a primeira, predominante na ciência jurídica, compreende o direito a partir de suas estruturas, privilegiando como o perfil interno das normas jurídicas se delineia e como elas se relacionam na composição do ordenamento jurídico. Do ponto de vista funcional, o estudioso do direito levaria em consideração a teleologia das normas ou as finalidades as quais procuram (as normas) atender.

Em vez de se preocupar apenas com o “como”, o jurista deve considerar na sua atividade o “para que” da norma. Evidentemente, a perspectiva funcional, ao incorporar no mundo jurídico finalidades sociais e econômicas, não leva à desconsideração das tradicionais preocupações atinentes à perspectiva estrutural.

Essa diferença é exemplificada por Norberto Bobbio quando este se reporta ao grande expoente da perspectiva estrutural, francamente dominante na seara jurídica, o austríaco Hans Kelsen.<sup>62</sup>

De fato, segundo Bobbio, Kelsen, em sua *Reine Rechtstheorie* (Teoria Pura do Direito), sobretudo na primeira edição, disse que o direito enquanto estrutura atende a uma finalidade, mas essa finalidade não seria objeto da teoria pura do direito. O jurista kelseniano sabe que as estruturas jurídicas têm uma finalidade, mas ele não deve se interessar por ela, pois, do contrário, não estaria mais na pura ciência jurídica, e sim em outro terreno, como a política ou a economia.

Norberto Bobbio afirma ainda que a perspectiva funcionalista não desconhece a importância das estruturas normativas, porém rejeita que tais estruturas tenham uma função natural, a ela inerente, ou seja, uma estrutura que atenda a uma e somente a uma finalidade. O saber jurídico poderia não apenas cogitar uma função inerente a uma dada estrutura, como também reconhecer a possibilidade de se lhe agregarem funções outras, e que essa faceta não é externa à ciência jurídica.

A visão jurídica do mercado, aliás, fica facilitada com a perspectiva funcionalista, mormente quando se cogita de particulares problemas, como desvirtuamento das instituições jurídicas.

Para além da já tradicional abordagem muito comum entre os civilistas, do abuso do direito, Bobbio chega a discutir o conceito de disfuncionalidade, no plano da teoria geral

---

<sup>61</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione** – nuovi studi di teoria del diritto. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 63-88.

<sup>62</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione** – nuovi studi di teoria del diritto. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 64.

do direito, distinguindo-o da ideia de função negativa. Um instituto pode ter uma função positiva ou negativa, sendo certo que essa última não se confunde com a disfunção. A disfunção está relacionada a uma patologia da função, enquanto a função positiva diz respeito à fisiologia.<sup>63</sup>

Dentro dessas linhas teóricas, é que se pode analisar a relevante função social dos incorporadores, da própria incorporação imobiliária e das instituições financeiras que concedem crédito imobiliário para a economia, sob a ótica jurídica.

Tais agentes econômicos (incorporadores e instituições financeiras) compõem o que se denomina mercado imobiliário, cujo papel é objeto de relevante debate especialmente nos tempos atuais, em que recentes crises econômicas têm levado à paralisação de obras, com impactos evidentes e pungentes sobre a vida de pessoas e empresas.

Não se pode deixar de mencionar a ideia do professor francês Louis Josserand de que a funcionalização do direito se inspira justamente sobre a ação e o controle de uma jurisprudência preocupada em realizar a adaptação da regra escrita às necessidades e aos costumes da sociedade. Com efeito, o jurista francês Louis Josserand, em seu livro *De l'esprit des droits et de leur relativité*, explica que a funcionalização do direito se inspirava justamente na ação e no controle de uma jurisprudência preocupada em realizar adaptação da regra escrita às necessidades e aos costumes da sociedade.

Louis Josserand aponta a necessidade de adaptação da jurisprudência para garantir a funcionalização do direito, o que demonstra a importância de a academia realizar contribuições teóricas para o avanço das decisões judiciais.<sup>64</sup>

Nesse contexto de tensão envolvendo interesses conflitantes no mercado imobiliário, passa-se a analisar a função social do contrato.

### 2.2.2 Função social do contrato no Brasil

Inicialmente, é importante fazer menção a teorias e autores que desenvolveram estudos que contribuíram para a noção atual de função social do contrato.

Karl Larenz reconhecia que toda a proposição jurídica tem de ser vista também na sua função social. A proposição jurídica tem o objetivo de conformar a existência social, no sentido de ordenar a existência a um fim social.<sup>65</sup>

---

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione** – nuovi studi di teoria del diritto. Milão: Edizioni di Comunità, 1977. p. 100.

<sup>64</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1950. t. 1, Vol. III. p. 102.

Louis Josserand seguia a premissa de que o legislador, ao conceder direitos, não visa a uma injustiça; pelo contrário, visa a um uso legítimo e regular dos direitos. Todo direito teria, como motivo para sua instituição, uma função social a desempenhar, sendo essa a razão pela qual a lei exige do titular do direito que seu exercício se dê de modo a ter uma finalidade social. Caso exerça o direito divorciado da realidade social, cometerá abuso do direito.<sup>66</sup>

Pode-se constatar, nos doutrinadores mencionados, o debate acerca do caráter social do direito civil, identificando-se aí um dos primórdios do princípio da função social do contrato.

Do ponto de vista histórico, o princípio da função social do contrato se encontra ligado ao Estado Social. A Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919 são exemplos de documentos constitucionais que inauguram um novo modelo de Estado, com o objetivo central de garantir o bem comum, o que leva a profundas transformações no direito privado.

O Estado Social e sua preocupação central com a coletividade levam a mudanças significativas no direito civil, com destaque para a queda do caráter absoluto dos direitos do indivíduo em prol dos interesses sociais.

Pietro Perlingieri sustenta a necessidade de investigação do sentido social em cada caso concreto subjetivo, pois acredita que, ao justificar e condicionar o exercício do direito, a função social servirá como critério para aferir se determinada situação merece tutela, pelo controle da atividade privada tendo por base os valores consagrados na Constituição.<sup>67</sup>

No Brasil, o advento do Estado Social passa a ficar claro a partir da Constituição de 1934. Posteriormente, as Constituições de 1937 e 1946 seguiram a ideia de Estado Social. Com o advento da Constituição de 1967, nota-se a previsão expressa do princípio da função social da propriedade.

Em 1988, foi publicada a nova Constituição democrática, com a previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, norte a guiar toda a atuação do Poder Público e da sociedade em benefício dos direitos e das garantias fundamentais.

A Constituição de 1988 promove verdadeira funcionalização do Direito Civil, com alteração de institutos ligados ao contrato, à propriedade e à família, sempre com a busca da conformação dos interesses individuais aos interesses sociais.

---

<sup>65</sup> LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2 ed. Lisboa: Fundação Colouste GulbenKian, 1983. p. 56.

<sup>66</sup> JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1950. t. 1, Vol. III. p. 102.

<sup>67</sup> PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 670.

É nesse cenário que a função social passa a ser entendida no país como uma ferramenta de interpretação mais humanizada, verdadeiro elo a ligar os direitos individuais aos sociais.

O contrato continua a ser meio para a circulação da riqueza, mas passou a ser necessário observar parâmetros de justiça social. Os efeitos do contrato não se limitam às partes, pois há uma irradiação para terceiros.

Ademais, a relação contratual deve compreender tanto os deveres jurídicos gerais e de cunho patrimonial quanto os deveres anexos ou colaterais, decorrentes do perfil socializante.

Isso porque, além de ser instrumento de circulação da riqueza, o contrato passa a ser entendido como meio de desenvolvimento social.

No direito privado brasileiro, a função social do contrato se encontra prevista de forma expressa no artigo 421 do Código Civil, segundo o qual a liberdade de contratar será exercida nos limites da função social do contrato.

Ademais, o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil prescreve que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos pelo próprio Código Civil para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

De acordo com a compreensão atual, o contrato deve não só possibilitar a circulação econômica, mas também fomentar valores fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social.

O modelo solidarista gerou uma inversão total das concepções e dos valores dominantes no modelo anterior, pois, enquanto a concepção liberal garantia uma autonomia contratual com mínima intervenção estatal, o solidarismo prevê a necessidade de condutas positivas a serem observadas pelos contratantes, com aumento considerável da intervenção nas relações contratuais.<sup>68</sup>

A leitura do artigo 421 do Código Civil permite identificar a função social do contrato como limite negativo à liberdade contratual; mas a função social vai além, integrando o conteúdo do contrato, com papel positivo e de fomento das escolhas valorativas do sistema.

Não se pode negar o poder dos contratantes de regulamentar seus interesses econômicos e individuais, com a efetiva proteção do ordenamento jurídico; porém, a vontade não é a única fonte de valores protegida pela norma.

---

<sup>68</sup> ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009. p. 296.

Existem escolhas axiológicas do sistema, com o escopo de promover a verdadeira liberdade social, razão por que as liberdades individuais devem observar as escolhas sociais.

O fundamental na liberdade contratual é a autonomia, que, por sua vez, deve observar a ordem jurídica, o interesse coletivo e a função social dos contratos, que a condiciona ao atendimento do bem comum e dos fins sociais.

Antonio Rulli Neto afirma que “a função social, em que pese exercer certa limitação, faz parte da estrutura da autonomia privada, limitando a autonomia internamente, diante da dignidade da pessoa humana e do solidarismo social”.<sup>69</sup>

Com efeito, a função social promove valores básicos do ordenamento, não podendo ser enquadrada apenas como instrumento limitativo. A função social significa a forma de garantia e respeito aos valores constitucionais que devem ser implementados nos contratos, notadamente quando existe desequilíbrio entre as partes.

O núcleo do contrato se desloca da autonomia da vontade para a solidariedade social, com o escopo de se alcançar o equilíbrio contratual, com igualdade material.

O contrato se torna verdadeiro instrumento de realização da justiça comutativa. Em um primeiro momento, o contrato é instrumento de realização dos interesses individuais das partes. Após, exige-se o atendimento do interesse coletivo, no sentido de garantir o equilíbrio social. Deve haver a circulação de riquezas (função primeira do contrato) de forma justa (função social).

Claudio Luiz Bueno Godoy afirma que o conceito de função social do contrato tem um conteúdo genérico *inter partes*, nos seguintes termos:<sup>70</sup>

[...] cuida-se, antes de tudo, de entender o contrato como instrumento funcionalizado a esse solidarismo, a essa justiça distributiva, manifestada pela garantia de mais fácil acesso ao consumo dos bens e serviços. Portanto, em resumo, o solidarismo social ostenta um primeiro contorno, que vale para quaisquer das relações jurídicas, paritárias ou não, de, justamente, preservar uma substancial igualdade entre as pessoas, garantindo que suas contratações sejam justas e, mais, marcadas pelo padrão e exigência de colaboração entre os contratantes, assim socialmente úteis, enquanto palco de prestígio das escolhas valorativas do sistema. De outra parte, significa também a promoção da justiça distributiva, quando fomenta o acesso a bens e serviços, em especial, embora não só, ao se cuidar de relações profissionais e, aí, intrinsecamente desiguais. Enfim, esses são os contornos ou, antes, o conteúdo genérico da função social do contrato – de promoção da dignidade humana e do solidarismo –, que, porém, se revela, ainda, em normas e formas específicas de contratação, de cuja exemplificação adiante se tratará.

---

<sup>69</sup> RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 193.

<sup>70</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 145.

A função social se proteja não apenas entre os contratantes, como também sobre o corpo social e a bem do desenvolvimento da sociedade. Nesse segundo sentido da projeção da função social, Claudio Luiz Bueno Godoy menciona que o conceito de função social do contrato tem um conteúdo genérico *ultra partes*, que seria a eficácia social:<sup>71</sup>

Tem-se, assim, toda uma gama de novas situações que reclamam diferente compreensão da relatividade dos efeitos do contrato, sempre ao pressuposto de que esses ajustes não são atomizados entre as partes mas, antes, inserem-se no seio das relações sociais, por isso que projetando efeitos externos, *ultra partes*, como já se disse, destarte alargando, mesmo fora de hipóteses típicas, ou tipificadas pelo registro, o campo da sua oponibilidade, o que, de resto, não fugiu à observância do legislador civil.

O contrato passou a ter função social, compreendida como o respeito às noções de equidade, boa-fé, segurança e justiça social.

Miguel Reale entende que a justiça social é uma composição harmônica de valores sociais, de maneira que cada homem possa realizar a plenitude de seu ser e a sociedade possa atingir o máximo de bem-estar, compatível com a convivência pacífica e solidária.<sup>72</sup>

A função social do contrato tem o claro escopo de garantir a justiça nos contratos, com determinação objetiva, através do atendimento aos princípios contratuais essenciais, e com um exercício de ponderação razoável.

Ao iniciar a conclusão dos estudos da função social do contrato, Claudio Luiz Bueno Godoy afirma:<sup>73</sup>

A função social do contrato corresponde, hoje, a uma nova compreensão do instituto, a que atinentes novos ou relidos princípios e voltado, é certo, a possibilitar a circulação econômica mas, com efeito, de modo a, mais que garantir, promover mesmo valores constitucionais reputados fundamentais, como a dignidade da pessoa humana e o solidarismo social. E, para além da esfera jurídica das partes contraentes, assume o contrato uma eficácia social, corolário de sua inserção no contexto das relações entre os indivíduos, portanto perante quem não é indiferente, a revelar que seus efeitos se espraiam igualmente diante de terceiros, não contratantes.

Para finalizar, Claudio Luiz Bueno Godoy faz interessante resumo da função social do contrato:<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 168.

<sup>72</sup> REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 308.

<sup>73</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 198.

<sup>74</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 209.

O que se tem, enfim, é a função social do contrato integrando-lhe o conteúdo, garantindo que o ato de vontade receba tutela jurídica, desde que seja socialmente útil e sirva à promoção de valores constitucionais fundamentais – portanto uma função não só negativa e limitativa –, dentre os quais a dignidade humana, de que, é certo, o exercício da liberdade contratual não deixa de ser uma expressão, como visto. Ou seja, a vontade não fica excluída do processo formador do contrato, não deixa de ser o móvel criador do negócio, mas cujo efeito normativo encontra sua origem na incidência do ordenamento, condicionada à verificação da consonância do ato de iniciativa da parte às escolhas e valores do sistema. De resto, mais, como uma forma de prestigiá-los e fomentá-los. Portanto, não se entrevê no dispositivo do art. 421 nada mais senão a expressão da releitura que o ordenamento impôs ao instituto do contrato ou, antes, da própria autonomia privada, tal como ao longo deste trabalho se procurou demonstrar. A dicção legal ostenta-se coerente com o que hoje se entende, ainda de forma atual, por autonomia privada. E representa um instrumento de garantia e prestígio a valores constitucionais que precisam ainda ser implementados na prática das relações negociais, especialmente aquelas intrinsecamente desequilibradas, em modelo que, nessa medida, e para essas relações, não se considera superado porque nem mesmo completamente assimilado.

A função social do contrato pode ser entendida como uma cláusula geral. Eduardo Tomasevius Filho<sup>75</sup> entende ser um princípio. Há quem entenda, ainda, que a natureza jurídica é de princípio e também de cláusula geral, como Claudio Luiz Bueno Godoy.<sup>76</sup>

De qualquer forma, o magistrado deve utilizar a função social do contrato como regra de interpretação, bem como mediante aplicação direta aos casos concretos, na forma de cláusula geral.

É preciso deixar claro, também, o caráter normativo dos princípios, sendo possível a utilização da função social do contrato de modo direto, como norma jurídica.

No que se refere aos fundamentos da função social do contrato, não existem dúvidas de que estes são os valores da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da justiça social, da igualdade material, além de outros extraídos do sistema jurídico de um direito privado interpretado à luz da Constituição.

Por oportuno, cabe dar ênfase à dupla eficácia da função social do contrato. A primeira eficácia é a interna, entendida como aquela direcionada às partes contratantes. A eficácia interna leva à proteção da parte vulnerável do contrato, na busca de se minimizar a desigualdade entre as partes, na promoção da justiça social e da igualdade material. A eficácia interna da função social do contrato pode, por exemplo, levar o juiz a interpretar a norma ou a cláusula contratual de modo mais favorável ao adquirente de unidade imobiliária autônoma.

Por sua vez, a eficácia externa está ligada à proteção dos direitos coletivos, visto que o contrato pode atingir terceiros ou a própria coletividade de modo geral. Nas hipóteses

---

<sup>75</sup> TOMASEVIUS FILHO, Eduardo. **Uma década de aplicação da função social do contrato**: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 940.

<sup>76</sup> GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012.

em que terceiro tem conduta tendente a frustrar a finalidade social do contrato, também é possível se verificar a incidência da eficácia externa.

Pode-se falar, ainda, em eficácia diagonal da função social do contrato, como aquela que atinge terceiros de modo indireto, os quais estejam ligados a uma atividade ou setor comum e que sentem os efeitos da relação contratual, mesmo sem participar dela de forma direta.

A função social do contrato é de suma importância na interpretação do novo direito contratual; porém, é preciso cuidado para não haver sua aplicação sem critérios, o que pode levar a prejuízos e efeitos negativos. A aplicação imoderada da função social do contrato pode ser fator de grande insegurança jurídica, o que, indiscutivelmente, prejudica as relações negociais e o desenvolvimento econômico e social.

Na interpretação proposta no presente trabalho, a forma ampla de vulnerabilidade à hipoteca em benefício do promissário comprador da unidade autônoma desconsidera o fato de a incorporação imobiliária ter a função social de promover a efetivação do direito fundamental à moradia.

Entende-se que a forma abstrata e aberta de se interpretar a função social do contrato com uso de valores constitucionais, como a solidariedade social, com meras referências à Constituição, por mais importante que pareça, é insuficiente para oferecer um critério seguro de limitação da liberdade contratual.

A verdadeira aplicação da função social do contrato na incorporação imobiliária deve buscar encontrar a coexistência entre os interesses das instituições financeiras, do incorporador e do adquirente de unidade imobiliária.

### **2.3 Boa-fé objetiva**

Após a abordagem da função social do contrato, o presente estudo passa a analisar a boa-fé objetiva – que significa um padrão de comportamento reto, leal, veraz –, partindo-se, sobretudo, dos ensinamentos de Antônio Manoel da Rocha, Menezes Cordeiro e da professora Judith Martins-Costa.

A boa-fé objetiva se apresentou como o principal argumento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para a edição da Súmula n.º 308.

Diferentemente da boa-fé subjetiva, que é um estado psicológico, pode-se entender a boa-fé objetiva como uma regra de conduta, uma norma de comportamento leal que se espera das pessoas. Os conceitos não se confundem. O primeiro é um estado, enquanto

o segundo é um princípio, de especial relevância para os negócios envolvendo incorporações imobiliárias.

A boa-fé que interessa aos fins do presente trabalho é a boa-fé objetiva; porém, não se pode apresentar um conceito perfeito e acabado do instituto.

Judith Martins-Costa<sup>77</sup> afirma que o agir segundo a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfego negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam ou cogitam vincular-se, bem como o específico campo de atuação em que situada a relação obrigacional.

Quanto à definição de boa-fé objetiva no direito brasileiro, cumpre transcrever a lição de Judith Martins-Costa:<sup>78</sup>

Conquanto impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva, pode-se, contudo, indicar, relacionalmente, as condutas que lhe são conformes (valendo então a expressão como forma metonímica de variados modelos de comportamento exigíveis na relação obrigacional), bem como discernir funcionalmente a sua atuação e eficácia como (i) fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação, proteção e consideração às legítimas expectativas do alter, copartícipe da relação obrigacional; (ii) baliza do modo de exercício de posições jurídicas, servindo como via de correção do conteúdo contratual, em certos casos, e como correção do próprio exercício contratual; e (iii) como cânone hermenêutico dos negócios jurídicos obrigacionais. Ao assim atuar funcionalmente, a boa-fé serve de pauta de interpretação, fonte de integração e critério para a correção de condutas contratuais (e, em certos casos demarcados em lei, inclusive para a correção do conteúdo contratual).

Em vista das normas do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva se põe, expressamente, como metro para a aferição da licitude no exercício de direitos derivados de negócios jurídicos (art. 187); como cânone de interpretação dos negócios (art. 113); e como cláusula geral dos contratos, servindo à sua integração (art. 422). Nessas três previsões de caráter geral, espraiando a sua eficácia em numerosos institutos. Mas está também prevista de modo específico em setores delimitados, por exemplo: indicando como há de ser procedida a interpretação moduladora da eficácia de condição resolutiva aposta a um negócio de execução continuada ou periódica, (art. 128); quais são os limites para o exercício de denúncia em contratos duradouros e de execução continuada (art. 473, parágrafo único); determinando limites ao exercício jurídico do *ius variandi* em contrato de empreitada, num caso específico de *supressio* (art. 619); impondo especiais deveres de conduta para as partes em contrato de seguro (arts. 765 e 769).

Também o Código de Defesa do Consumidor situa a boa-fé objetiva em caráter geral, como princípio fundante da Política Nacional das relações de consumo (art. 4º, inciso III, *in fine*) e como critério de aferição da validade das cláusulas contratuais (art. 51, inciso IV).

A noção de boa-fé objetiva foi acolhida no Brasil e tem sido aplicada pela jurisprudência nos mais diversos temas do direito privado, sendo necessária a sua análise com

<sup>77</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 43.

<sup>78</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 44.

precisão, para se evitar sua aplicação como mero critério de justiça ou como expressão genérica, utilizada na forma como deseja o julgador do caso concreto.

Inicialmente, cumpre registrar que a dificuldade de entendimento da real noção do instituto da boa-fé objetiva decorre do fato de ter sido importado do sistema jurídico germânico.

O § 242 do BGB (Código Civil alemão) estabelece que “o devedor deve cumprir a prestação tal como exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego jurídico”.<sup>79</sup>

A cláusula geral da boa-fé, acima transcrita, foi essencial para o desenvolvimento do direito obrigacional alemão, pois foi o ponto de partida de diversas decisões dos Tribunais germânicos.

Judith Martins-Costa<sup>80</sup> lembra as hipóteses de *exceptio doli*; a inalegabilidade de nulidades formais, em certas hipóteses, reunidas sob a denominação de *Verwirkung*; a culpa na formação dos contratos (“culpa *in contrahendo*”) e todo o desenvolvimento da responsabilidade pré-contratual; o alargamento dos casos de abuso de direito, entre outros.

No Brasil, a boa-fé objetiva está prevista no artigo 422 do Código Civil, segundo o qual “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

É preciso redobrado cuidado no significado e na extensão da boa-fé objetiva. O juiz não pode utilizar tão somente o sentimento de justiça para preencher o sentido do instituto.

Como ressaltado por Judith Martins-Costa,<sup>81</sup> o magistrado “deverá averiguar os parâmetros em casos anteriores, em padrões de comportamento social objetivamente aferíveis, na praxe do setor, na prática eventualmente seguida pelas partes”.

O artigo 422 do Código Civil não descreve o que seria um comportamento conforme a boa-fé objetiva, não esclarece as condições para um contrato ser executado conforme a boa-fé, nem mesmo define a boa-fé objetiva ou apresenta a consequência da inobservância desse dever.

Todas essas questões serão definidas pelo juiz, no caso concreto, que deve identificar os padrões de comportamento seguidos no ambiente contratual, os interesses e os riscos ligados ao negócio, para realizar uma comparação com o comportamento das partes.

---

<sup>79</sup> Disponível em: <[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/)>. Acesso em: 18.12.2018.

<sup>80</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 139.

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 160.

É comum o magistrado buscar na jurisprudência as soluções anteriormente aplicadas a casos parecidos. Nesse contexto, mostra-se importante destacar que, embora a boa-fé objetiva tenha natureza fluida, não tendo rigidez, sua definição não está sujeita apenas ao arbítrio do julgador, pois deve haver respeito às regras do sistema jurídico.

Nesse particular, a conclusão de Judith Martins-Costa<sup>82</sup> deve ser transcrita:

Nada descrevendo o texto legal – mas apenas reenviando o intérprete ao princípio da boa-fé – na motivação da decisão deverá estar contrastada a conduta efetivamente seguida pelas partes com o padrão do comportamento conforme a boa-fé (o dever ser). Para tanto, será necessário averiguar quais são os deveres contratualmente devidos – considerado o contrato e suas circunstâncias, seu tipo legal ou social, os riscos implicados, a finalidade econômica da operação, a ambiência do campo em que inserido (v.g.: civil, em sentido estrito; comercial; societário; internacional etc.), a partir daí determinando como foram (ou não) executados, pois a boa-fé, habitualmente, impõe deveres atinentes ao “como” e não ao “que” da prestação.

A grande vantagem de cláusulas gerais, como a boa-fé, é permitir a alteração do Direito sem mudança da legislação, com atuação do juiz no sentido de promover uma adequação social.

Por outro lado, o grande problema é a aplicação incorreta da cláusula geral, que pode gerar um decisionismo judicial, com eventual afastamento das regras jurídicas e dos demais elementos racionais do sistema.

Antes de se analisar o uso incorreto da boa-fé objetiva, cumpre destacar as três principais funções da boa-fé, na classificação proposta por Judith Martins-Costa: a função hermenêutica, a função integrativa e a função corretiva.<sup>83</sup>

Na função hermenêutica, a boa-fé não se aplica de forma isolada, sendo comum sua utilização em conjunto com outros critérios interpretativos, em verdadeira conjugação de *standards* para encontrar o comportamento mais adequado a ela em determinado contrato.

A previsão legal da função hermenêutica da boa-fé pode ser encontrada nos artigos 112 e 113 do Código Civil.

De acordo com o art. 112, “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”.

Já o art. 113 dispõe que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Judith Martins-Costa<sup>84</sup> aborda a função hermenêutica em lição abaixo transcrita:

---

<sup>82</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 178.

<sup>83</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 484.

<sup>84</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 490.

Em sua função hermenêutica (art. 113) a boa-fé opera contextualmente, atuando de modo compósito aos demais cânones legais e àqueles filtrados da tradição doutrinária. No Código Civil, os arts. 112 e 113 situam os cânones hermenêuticos gerais e centrais dos negócios jurídicos privados, estando ambos intimamente inter-relacionados não apenas na topografia do Código Civil, mas também por expressarem, conjuntamente, uma explicação teórica para a concepção de negócio jurídico ali adotada (Teoria da Confiança).

O exercício da função hermenêutica da boa-fé leva o juiz a manter a finalidade econômico-social do contrato. Os contratantes devem se ater à finalidade do negócio e à utilidade que razoavelmente esperavam dele.

Nessa análise, é necessário valorar a conduta das partes na execução do contrato e compará-la aos padrões de comportamento reconhecidos como segundo a boa-fé, a lealdade, a probidade, a cooperação, tudo com o escopo de se atingirem os fins visados pelo negócio.

A utilização da função interpretativa da boa-fé não deve ser conjugada com uma ideia de solidarismo que desconsidera os fins econômicos do contrato e desrespeita regras jurídicas expressas, como ocorreu com o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

No entendimento firmado na jurisprudência, pode-se verificar o uso da função hermenêutica da boa-fé para desconsiderar o papel principal do contrato, que é a segura circulação econômica. O contrato não se presta a realizar assistência social ou fins beneficentes a critério do julgador.

Ao comentar questão ligada à carência em plano de saúde, Judith Martins-Costa<sup>85</sup> faz interessante comentário, que pode ser transportado para a situação envolvendo o entendimento firmado na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça:

Quanto a uma suposta função solidarista que seria derivada da boa-fé o próprio Superior Tribunal de Justiça reconheceu, em outros julgados, não se poder desconsiderar o papel primário e natural do contrato, que é o econômico. Este não pode ser ignorado, a pretexto de cumprir-se uma atividade beneficente, pois ao contrato não incumbe função de assistência social. Consequentemente, por mais que o indivíduo mereça tal assistência, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser postos de lado pela lei e muito menos pelo seu aplicador.

De fato, na hipótese da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, o uso da função hermenêutica da boa-fé para se alcançar uma decisão favorável ao adquirente de

---

<sup>85</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 531.

unidade imobiliária autônoma em incorporação imobiliária se mostra contrário ao sistema jurídico brasileiro, por desconsiderar regras expressas e causar insegurança.

É preciso respeitar os limites do ordenamento jurídico, com preservação da autonomia privada, na interpretação das questões ligadas à incorporação imobiliária. A função interpretativa da boa-fé não se presta a uma desconsideração completa da legislação e do próprio direito privado.

Mais uma vez, cabe destacar o entendimento de Judith Martins-Costa:<sup>86</sup>

O que não é lícito ao intérprete é utilizar a boa-fé como aríete para esfacelar o texto legal ou o contratual a pretexto de interpretar o contrato, pois a autonomia privada há de ser preservada. Repise-se: seus limites são os que decorrem do Ordenamento jurídico, e não da vontade do intérprete.

Abordada a função hermenêutica, passa-se a destacar a função integrativa da boa-fé.

Na integração busca-se o preenchimento de uma lacuna.

Antônio Manuel Menezes Cordeiro registra que “a sistemática deve ser reformulada, admitindo-se um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético; a boa-fé articula-se com esta realidade, distinguindo-se das lacunas”.<sup>87</sup>

No Brasil, a função integrativa da boa-fé pode ser extraída do artigo 422 do Código Civil, sem maiores dificuldades. A questão problemática é se identificarem os limites do juiz na utilização da integração do ato de autonomia privada que gerou o contrato.

É importante registrar que a função integrativa da boa-fé autoriza o juiz a suprir uma lacuna, não sendo possível ao aplicador reescrever as cláusulas contratuais.

O aplicador deve preencher a incompletude contratual através da fixação de deveres instrumentais de cooperação e informação, bem como de deveres de proteção.

Judith Martins-Costa (2018, p. 565) ensina que uma lacuna não resulta do desejo do intérprete nem de sua boa intenção:<sup>88</sup>

A integração parte da interpretação, inclusive porque determinar se no contrato há, ou não, determinada carência a ser preenchida já é resultado de interpretação. Mas a determinação do que é uma lacuna não resulta do desejo do intérprete, nem de sua boa intenção, do que este pensa que deveria lá estar: ao intérprete (juiz, árbitro) não é autorizado refazer o conteúdo do contrato. Cabe, apenas, em certos casos, integrá-

<sup>86</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 557.

<sup>87</sup> CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha Menezes. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 1299.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 565.

lo, colmatando lacunas que, se assim permanecessem, despiriam de sentido o negócio.

Portanto, num contrato, integra-se o que deveria estar nele contido, ou dele ser deduzido, não porque haja uma omissão, mas porque há uma incompletude que deve ser preenchida para atingir-se o adimplemento satisfativo segundo a normalidade da operação econômica realizada, a utilidade visada pelas partes e o mandamento legal, imposto a todos os contratantes, de agir na conclusão e execução de um contrato segundo a boa-fé, com lealdade e probidade (Código Civil, art. 422). Explica-se, assim, a razão pela qual – por concretização da boa-fé – haverá a imposição, às partes, dos mencionados deveres anexos e laterais (ou de proteção) porque necessários à implementação dos fins e da função cometidos pelos contraentes ao próprio autorregulamento de interesses.

Quanto à Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, deve-se reconhecer a boa intenção da jurisprudência; porém, não havia lacuna a ser preenchida com a integração por meio da boa-fé. Pelo contrário, o sistema jurídico pátrio tem regra expressa que disciplina a situação do imóvel hipotecado.

Judith Matins-Costa alerta que “não está entre as funções da boa-fé atuar como fonte geradora de declaração de vontade negocial ou como fonte de deveres de prestação principais ou secundários”.<sup>89</sup>

Outra forma de integração contratual decorrente da boa-fé se dá por meio dos conhecidos deveres informativos.

Os deveres informativos tanto podem ser violados tanto por ação quanto por omissão, ou seja, pelo silêncio em face de elementos em que a contraparte tinha interesse objetivo.

Ainda quanto à função integrativa da boa-fé, pode-se destacar ponto importante para o presente trabalho: ela está intimamente ligada aos deveres de proteção ou deveres laterais.

A boa-fé cria deveres de proteção e cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte, deveres de guardar sigilo e deveres ligados ao resguardo da esfera jurídica de terceiros eventualmente atingidos pelo negócio.

Esses deveres de proteção – ou deveres laterais – foram usados pelo Superior Tribunal de Justiça nos julgados que levaram à edição da Súmula n.º 308, os quais doutrinariamente foram nominados por Judith Matins-Costa como “caso de difícil enquadramento dogmático, o caso do credor pouco ativo”.<sup>90</sup>

Como pilar dos julgamentos realizados está um suposto dever da instituição financeira em proteger o próprio crédito, evitando danos a terceiros.

---

<sup>89</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 574.

<sup>90</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 599.

O caso concreto envolvia um alegado dever de colaboração do credor consistente em proteger ativamente seu próprio crédito.

Na prática, o litígio surgia em sede de contrato de incorporação imobiliária, pelo qual haviam sido incorporadas unidades habitacionais (apartamentos em edifícios) para a venda a terceiros, verificando-se inadimplemento por parte da construtora relativamente à instituição financeira, a qual executou a dívida.

A construtora, mesmo firmando hipoteca com a instituição financeira, vendeu os apartamentos a terceiros adquirentes de unidades autônomas.

Esses terceiros embargaram a execução da dívida, visando proteger os direitos expressos nas respectivas promessas de compra e venda.

A questão envolvia embargos de terceiros opostos por adquirente de apartamentos em face da instituição financeira, com fulcro na penhora aos imóveis realizada por esta frente à construtora alienante dos imóveis.

Um dos pontos levantados no Superior Tribunal de Justiça foi o conhecimento da instituição financeira acerca das vendas que estavam sendo realizadas pela construtora e se deveria haver alguma consequência nessa eventual ciência das vendas.

Na hipótese de a instituição financeira ter conhecimento da realização das vendas, ficaria caracterizado, segundo o STJ, a sua omissão em adotar conduta proativa, no sentido de proceder à penhora dos bens ou de promover sua execução, antes da efetivação da promessa de compra e venda com terceiro.

De acordo com a jurisprudência, haveria o dever da instituição financeira de proteger o próprio crédito e evitar danos oriundos da alienação do imóvel a terceiros de boa-fé.

No contexto apresentado, o Superior Tribunal de Justiça utilizou um dever de proteção criado através da função integradora da boa-fé para desconsiderar regras jurídicas expressas no sistema pátrio. Esse é o ponto em que o presente trabalho realiza críticas ao posicionamento jurisprudencial.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao levar a hipoteca a uma vulnerabilidade excessiva, em prejuízo da instituição financeira e do incorporador, desconsidera que os deveres criados pela boa-fé se aplicam a todos, inclusive ao adquirente de unidade imobiliária autônoma.

Ao utilizar o mesmo dever de proteção próprio e mesmo em relação a terceiros, é razoável entender que o adquirente de unidade imobiliária autônoma deve se precaver no

sentido de buscar, pelo menos, consultar a existência de hipoteca no imóvel que pretende adquirir.

Judith Matins-Costa lembra que “a boa-fé cria deveres para ambos os contratantes, além de inibir o exercício jurídico disfuncional por parte a quaisquer figurantes”.<sup>91</sup>

Analisada a função integradora, passa-se à abordagem da função corretora da boa-fé objetiva.

A função corretora é muito importante, tendo em vista a utilidade da boa-fé no sentido de direcionar condutas. Por meio dessa função, o juiz direciona as condutas para os padrões de licitude e efetiva o ajustamento do conteúdo do contrato.

Para Judith Matins-Costa, existem duas vertentes na função corretora:<sup>92</sup>

A função corretora se abre em duas distintas vertentes: a boa-fé auxilia a corrigir o exercício jurídico, direcionando-o e ajustando-o aos padrões de licitude (Código Civil, art. 187, a contrario); e pauta a correção do próprio conteúdo contratual, nas hipóteses de abusividade e de desequilíbrio contratual, neste último caso atuando por meio de institutos especificamente previstos pela lei.

A mais vasta e relevante, conseqüente à qualificação geral da boa-fé como instituto jurídico, é a função corretora do exercício jurídico para impedir o exercício manifestamente desleal, incoerente, imoderado ou irregular de direitos subjetivos, formativos, faculdades e posições jurídicas. [...]

A segunda modalidade da função corretora, aqui denominada por função de ajustamento do conteúdo contratual, provoca o conseqüente controle do conteúdo contratual, notadamente (mas não exclusivamente) nos contratos formados por adesão, quando um dos polos está em vulnerabilidade legalmente presumida.

A função corretora da boa-fé atravessa dois planos do negócio jurídico, na medida em que pode influenciar a validade e a eficácia dos contratos.

No plano da validade, o aplicador realiza uma análise de compatibilidade entre o regramento privado e o ordenamento jurídico. Nesse contexto, o desrespeito à boa-fé objetiva poderia levar à nulidade do ato.

Apesar dessa afirmação e do entendimento jurisprudencial consolidado nesse sentido, o artigo 166 do Código Civil não traz a boa-fé objetiva como causa de invalidade dos negócios jurídicos.

O artigo 166, VI, do Código Civil aponta a nulidade do negócio jurídico quando tiver por objetivo fraudar a lei imperativa. Os artigos 113, 187 e 422, que constituem a previsão legal da boa-fé objetiva no direito civil brasileiro, sem dúvida devem ser

---

<sup>91</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 595.

<sup>92</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 625.

considerados lei imperativa, que não pode ser afastada pela autonomia privada dos envolvidos no negócio.

Ademais, o artigo 187 do Código Civil estabelece que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Nessa previsão legal do artigo 187, o princípio da boa-fé objetiva impacta o plano da eficácia, no sentido de conformar o exercício de direitos subjetivos, com possibilidade de se reconhecer a ineficácia do ato ou mesmo a eficácia parcial, sendo possível ainda a imposição de uma eficácia indenizatória.

O desrespeito às normas cogentes leva à nulidade, desde que não exista previsão de sanção diferente. Em outras palavras, caso exista regra jurídica com previsão específica para o caso concreto e sanção diferente da nulidade, como indenização, não se mostra adequado usar a boa-fé objetiva.

Com efeito, as próprias regras jurídicas existem para concretizar, no plano legislativo, a boa-fé objetiva, sendo inadequado o afastamento delas por meio de menção genérica ao princípio.

Não se mostra acertado buscar a boa-fé nas hipóteses em que o sistema já oferece diretamente a solução que teria que ser construída, no caso concreto, pelo juiz.

Ao analisar julgados que invocam desnecessariamente a boa-fé objetiva, Judith Matins-Costa afirma:<sup>93</sup>

No exame dos acórdãos, observa-se que, nesses e em similares casos, o apelo à boa-fé vem, muitas vezes, coligado ao chamamento de outros institutos, princípios, diretrizes e mesmo a fenômenos, tais como a interpretação pró-aderente, o enriquecimento sem causa, a função social do contrato, a proibição de vantagem excessiva, o dirigismo contratual, etc., sobrepondo-se e mesclando-se figuras distintas. Salvo a primeira técnica acima referida (interpretação pró-aderente), indicativa de regra hermenêutica milenar, as demais referências tratam, porém, de institutos cujas finalidades e eficácias são distintas daquelas operadas por via de nulidade. A invocação múltipla e simultânea de figuras diversas mais serve à assistematização da matéria, dificultando a construção dogmática da boa-fé. Nota-se, por igual, que em outras ocasiões é a boa-fé invocada embora o sistema apresente direta e expressamente a solução, prevista em regras jurídicas ou em outros institutos dotados de maior densidade. Não é, pois, um caminho metodologicamente adequado recorrer à boa-fé nos casos em que o sistema já oferece, diretamente a solução que, por via do apelo à boa-fé, teria que ser construída, caso a caso, pelo intérprete. À maior extensão corresponde menor precisão, e o inverso é verdadeiro.

---

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 643.

Nessa aplicação da boa-fé em sua função corretora, é preciso deixar claro que ocorre excesso no Poder Judiciário, com referências meramente formais à boa-fé objetiva, mesmo diante da existência de regra legalmente prevista para a espécie em julgamento.

Para finalizar as funções exercidas pela boa-fé, pode-se confirmar, pelos precedentes da Súmula n.º 308 do STJ, o uso genérico do instituto, como uma expressão padrão ao lado de outros princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, no sentido de criar um entendimento através do sentimento de justiça, de forma assistemática, porém, e com afastamento de regras jurídicas postas.

#### **2.4 Principais imprecisões dos fundamentos utilizados na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça: o rompimento com as bases do sistema**

Em que pese a relevante preocupação jurisprudencial que parece ter motivado a edição da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, é preciso destacar que o entendimento parece romper com as bases do sistema pátrio.

Em primeiro lugar, é oportuno mencionar que o STJ acabou por conferir força excessiva ao instrumento de promessa de compra e venda. O compromisso de compra e venda não é um contrato que gera a transmissão da propriedade diretamente. É apenas um contrato obrigacional conexo a um contrato que pode levar à transmissão da propriedade. O promissário comprador é apenas titular de um crédito em face do promitente vendedor ou de um direito à aquisição futura do imóvel. Ressalte-se que o promissário comprador não tem, e não pode ter no sistema brasileiro, os mesmos direitos do proprietário.

Ao determinar que a hipoteca firmada em favor de instituição financeira pelo incorporador/construtor não tem eficácia perante o adquirente de unidade imobiliária, ainda que firmada antes do compromisso de compra e venda, o STJ está reconhecendo caráter de disposição à promessa de compra e venda, mesmo sem previsão legal.

Ademais, o entendimento da Súmula n.º 308 do STJ rompe a prioridade da constituição da hipoteca, ao pregar a ineficácia das hipotecas anteriores à promessa de compra e venda.

É preciso destacar o equívoco do STJ ao invocar a função social do contrato e a boa-fé objetiva para desconsiderar as regras referentes à hipoteca. Isso porque a hipoteca está disciplinada expressamente no Código Civil. Trata-se de um direito real de garantia com ampla regulação legal.

As hipotecas somente valem contra terceiros desde a data da inscrição e, enquanto não inscritas, só subsistem entre os contraentes.

A hipoteca inscrita deve ter eficácia em face dos terceiros, não se podendo afastar o efeito de uma regra jurídica expressa mediante menção genérica a regra de interpretação, cláusula geral ou mesmo princípio.

A elasticidade perigosa da interpretação jurisprudencial fica ainda mais evidente quando se verifica que ela desconsidera todo o sistema de regras envolvendo a hipoteca.

Tornar ineficaz uma hipoteca constituída antes da promessa de compra e venda leva a situações absurdas. Uma reflexão atenta da Súmula n.º 308 permite concluir o tamanho do perigo de se desconsiderarem as regras da hipoteca em razão da invocação da boa-fé objetiva, que parece ser exigida só para um dos lados da relação contratual, quando deve ser amplamente aplicada, ou seja, a todos os atores do negócio.

O STJ teria criado um tipo de titularidade maior que o próprio direito de propriedade. O promissário comprador ficou dotado de poderes superiores ao proprietário, pois a hipoteca seria ineficaz em virtude de uma promessa de compra e venda.

De fato, observa-se que o proprietário que fizer a aquisição de um imóvel hipotecado deve respeitar a garantia hipotecária; já o promissário comprador passou a ter o direito de ver declarada a ineficácia da hipoteca anterior.

O promissário comprador de uma promessa de compra e venda não registrada tem, assim, poder superior ao proprietário do imóvel. O promissário comprador facilmente consegue o reconhecimento da ineficácia de uma hipoteca, que o proprietário deve respeitar, em evidente desvirtuamento dos institutos.

Ao que parece, o entendimento do STJ rompe as bases do sistema. Há uma “relativização” do direito subjetivo real do credor-hipotecário e uma “absolutização” do direito subjetivo-obrigacional do promissário comprador.

O principal argumento para a tese da Súmula n.º 308 do STJ é o princípio da boa-fé objetiva. Isso porque a boa-fé objetiva exigiria um cuidado da instituição financeira ao realizar empréstimos para a construção de edificações em que as unidades autônomas serão destinadas à venda durante a obra. Violaria a boa-fé a postura da instituição financeira que não buscasse assegurar o seu crédito por meio dos pagamentos que os terceiros fazem ao incorporador/construtor, preferindo se manter em inércia e cobrar através da hipoteca do imóvel, em prejuízo ao adquirente.

Caracterizaria abuso de direito e violação da boa-fé objetiva a postura da instituição financeira que não buscasse o pagamento de seus créditos, em razão da existência

de uma hipoteca que não atingirá o incorporador/construtor, verdadeiro devedor, mas afetará apenas o terceiro adquirente da unidade imobiliária autônoma.

Com efeito, o STJ reconhece um verdadeiro dever de proteção da instituição financeira em face do promissário comprador da unidade imobiliária autônoma.

Apesar do entendimento firmado pelo STJ com fundamento na boa-fé objetiva, cabe destacar que o referido princípio deve ser aplicado não somente à instituição financeira, como também ao incorporador/construtor e ao adquirente da unidade autônoma.

Não é possível uma interpretação e aplicação da boa-fé objetiva a apenas uma das partes da relação contratual.

Nos casos em que a hipoteca é anterior ao compromisso de compra e venda, nota-se que o incorporador/construtor e o adquirente da unidade autônoma tinham pleno conhecimento da garantia hipotecária que se encontrava averbada no registro de imóveis.

A conduta de buscar a ineficácia da garantia hipotecária nesses casos pode, em tese, configurar um comportamento que viola a boa-fé objetiva e vulnera excessivamente o instituto da hipoteca.

Se o incorporador/construtor falhou em seu dever de informar o adquirente acerca da existência da garantia hipotecária, pode ter violado a boa-fé objetiva. Ainda assim, deve-se perceber que existe todo um sistema de regras envolvendo a hipoteca, as quais não podem ser simplesmente desconsideradas.

Ademais, o adquirente que tem ciência da hipoteca e aceita a promessa de compra e venda viola a boa-fé objetiva ao pleitear a ineficácia da hipoteca. Não se pode admitir que o adquirente de unidade envolvido num negócio dessa espécie passe a não sofrer nenhuma consequência pela sua inércia, pela ausência de cautelas que, de rigor, devem ser tomadas.

Desse modo, a aplicação do princípio da boa-fé objetiva na forma ampla, como exposta na Súmula n.º 308 do STJ, não se sustentaria por exigir apenas da instituição financeira os deveres de cuidado e proteção.

Quanto ao princípio da função social do contrato – outro argumento utilizado para sustentar o entendimento jurisprudencial –, deve-se observar que as incorporações imobiliárias promovem o direito fundamental à moradia, razão por que os referidos contratos têm relevância social e econômica.

A manutenção da estabilidade, da confiabilidade e da segurança jurídica do mercado imobiliária interessa à sociedade. A incorporação imobiliária está ligada tanto aos interesses dos contratantes quanto aos do próprio Poder Público e da sociedade, na medida em que efetiva um direito social relevante.

Na realidade, sob perspectiva diversa do entendimento majoritário, o princípio da função social do contrato pode ser entendido como fator a exigir o incentivo aos negócios de incorporação imobiliária, e não como fundamento para, em detrimento de disposição legal, enfraquecer a estabilidade, a confiabilidade e a segurança dos negócios.

É preciso rever a forma como se está a prestigiar o pedido de cancelamento por ineficácia da hipoteca, devidamente registrada, com base em promessa de compra e venda não registrada, com rompimento do sistema legal de registro.

## **2.5 Da necessidade de proteção jurisprudencial aos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas**

A proteção legal ao adquirente de unidade imobiliária autônoma em incorporação imobiliária é insuficiente, o que gera insegurança no mercado imobiliário e multiplica as demandas judiciais.

Diante das notórias injustiças envolvendo pessoas que compraram imóveis em busca de realizar o “sonho da casa própria”, os Tribunais criaram uma jurisprudência protetiva, tendo como base, principalmente, a boa-fé objetiva.

Não se questiona a necessidade de uma interpretação que prestigie a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na seara privada.

Com efeito, nenhuma interpretação que desconsidere os valores constitucionais pode ser admitida no direito brasileiro; porém, é urgente a necessidade de fixação de parâmetros, para se tentar alcançar a coexistência dos interesses das incorporadoras, das instituições financeiras e do promissário comprador do imóvel.

Nesse contexto, o próximo capítulo abordará o direito à moradia como fundamento para uma proposta de coexistência de interesses legítimos dos incorporadores, das instituições financeiras e dos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas.

### 3 DIREITO À MORADIA

#### 3.1 Direito à moradia no Direito Civil clássico

Na visão clássica do direito civil, o direito à moradia é percebido com forte viés patrimonial, explicado, em regra, como manifestação da propriedade imobiliária ou mesmo efetivado por meio de um contrato de locação.

Marcelo de Oliveira Milagres afirma que, em perspectiva clássica do direito privado, o direito à moradia é visualizado como manifestação do domínio, carregado de patrimonialidade, quando não vinculado diretamente ao direito de propriedade ou ao contrato de locação.<sup>94</sup>

As formas mais comuns de se efetivar o direito à moradia são, realmente, a aquisição da propriedade imobiliária e a locação; porém, diversos outros institutos são úteis na realização do direito à moradia, como o usufruto, o direito real de habitação e de superfície, o bem de família, a alienação fiduciária em garantia e a incorporação imobiliária.

Adquire-se a propriedade imóvel pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel, pela acessão, pelo usucapião e pelo direito hereditário.

Na visão clássica do direito civil, a aquisição da propriedade imóvel é a forma principal de se efetivar o direito à moradia. A ligação da propriedade com a moradia é tão forte no Brasil que se disseminou “o sonho da casa própria” como um objetivo a permear a vida dos brasileiros. De acordo com essa visão, quem “conquistou” a casa própria tem sucesso e segurança.

Outro exemplo de como a propriedade e a moradia estão intimamente relacionadas é a existência de programas sociais com o escopo de facilitar a aquisição da propriedade imobiliária.

Ainda na visão clássica do direito civil, o contrato de locação é entendido como modo de efetivar o direito à moradia.

Quanto à relação contratual de locação, é oportuno transcrever a lição de Marcelo de Oliveira Milagres:<sup>95</sup>

A relação contratual locatícia sempre foi um dos instrumentos mais utilizados na efetivação do direito à moradia. De igual forma, houve grande preocupação com o equilíbrio dessa relação contratual, garantindo-se ao locador-proprietário a justa

---

<sup>94</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 70.

<sup>95</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 84.

remuneração, e ao locatário-morador, a segurança da moradia. O dirigismo contratual é necessário para correção dos efeitos da ruptura desse equilíbrio negocial. No âmbito do Direito Comparado, alguns códigos expressamente reconhecem a necessidade de maior proteção do locatário, presumidamente em situação de maior vulnerabilidade.

Além da propriedade e da locação, o usufruto pode representar o modo de obtenção do direito à moradia. O usufruto constitui o direito real de fruir as utilidades e os frutos de uma coisa, enquanto temporariamente destacado da propriedade.

No usufruto, o proprietário permanece como titular do imóvel; porém, as prerrogativas de usar e fruir da coisa são deslocadas ao usufrutuário.

O usufruto de imóveis, quando não resulte de usucapião, será constituído mediante registro no cartório de Registro de Imóveis, conforme regra expressa no artigo 1.391 do Código Civil.

Ao obter o direito de usar e fruir, o usufrutuário pode fixar sua habitação no imóvel; logo, o instituto assegurará o respectivo direito à moradia.

O direito de superfície é mais um modo de efetivação do direito à moradia. O artigo 1.369 do Código Civil estabelece que “o proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no cartório de Registro de Imóveis”.

Nota-se que o superficiário pode receber o direito de construir no terreno de outra pessoa e lá edificar sua morada, tendo, assim, o direito de superfície constituído a base para o direito à moradia.

O direito de superfície se dá por tempo determinado e o artigo 1.375 disciplina a extinção da concessão, quando “o proprietário passará a ter a propriedade plena sobre o terreno, construção ou plantação, independentemente de indenização, se as partes não houverem estipulado o contrário”.

Marcelo de Oliveira Milagres destaca ainda a elevada funcionalidade social do direito de superfície:<sup>96</sup>

[...] trata-se de direito real, de configuração jurídica distinta e autônoma do direito de propriedade, como forma de manifestação do domínio, poder de sujeição sobre uma coisa imóvel urbana ou rural. É, igualmente, instituto jurídico de manifesta e elevada funcionalidade social, proporcionando adequada destinação socioeconômica ao bem material.

---

<sup>96</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 75.

Após essa sucinta exposição sobre o direito de superfície, cabe um breve comentário acerca do bem de família.

O bem de família consiste em patrimônio com finalidade especial de moradia da família, tendo importância por configurar o núcleo entendido como patrimônio mínimo.

Para Marcelo de Oliveira Milagres,<sup>97</sup> “de todos os institutos do ordenamento jurídico pátrio, o que mais se destaca na proteção e garantia do valor existencial da moradia é, sem dúvida, o bem de família”.

Na proteção ao bem de família, constata-se verdadeiro instituto promotor da dignidade da pessoa humana e do direito fundamental à moradia.

A alienação fiduciária sobre bens imóveis também fomenta o direito à moradia, ao facilitar a aquisição da propriedade imobiliária. Tal instituto é muito utilizado na aquisição de imóveis em incorporação imobiliária.

A visão do direito à moradia através de institutos do direito civil clássico não é objeto do presente capítulo, razão por que se realizou tal menção apenas para fins de registro.

Antes de apresentar a nova interpretação do direito civil e o direito fundamental à moradia, faz-se oportuno mencionar o direito especial de personalidade à moradia.

### **3.2 Direito especial de personalidade à moradia**

A moradia sempre foi estudada em uma perspectiva patrimonial, por meio de diversos institutos que levam à aquisição do direito de propriedade ou a outros direitos que assegurem a morada sob um aspecto material, como mencionado na seção anterior.

Modernamente, é preciso reconhecer que o direito à moradia supera a questão patrimonial e de local físico, para significar verdadeiro direito de personalidade, como bem resume Marcelo de Oliveira Milagres:<sup>98</sup>

A transcendência econômica do direito à moradia vai além das conhecidas fronteiras do direito subjetivo patrimonial, da identificação do indivíduo, não se confundindo, pois, com o direito de posse, propriedade, ou elementos como residência, domicílio ou qualquer categoria de direitos reais. A moradia é essencial. É elemento pertinente e inerente à pessoa humana. É bem da personalidade. Essa amplitude gradativa dos direitos de personalidade decorre do contemporâneo e necessário reconhecimento dos valores essenciais da pessoa humana.

---

<sup>97</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 78.

<sup>98</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 109.

É preciso proteger a moradia não apenas com uma lente para o patrimônio, sendo preciso o cuidado, a atenção e a consciência de que se trata da essência do ser humano, qualificada como direito de personalidade.

### **3.3 A nova interpretação do direito civil e o direito fundamental à moradia**

O direito civil passa por profunda transformação em razão de uma verdadeira repersonalização e despatrimonialização.

A construção normativa e conceitual do novo direito civil deve partir do princípio da dignidade da pessoa humana e da teoria geral dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais influenciam o desenvolvimento do direito privado, uma vez que os preceitos deste devem ser compatíveis com as normas constitucionais.

A unidade valorativa do direito privado se desloca do Código Civil para a Constituição da República. Importam não somente os interesses, mas também os valores. E, cabe destacar, os direitos fundamentais representam o sistema de valores que dão unidade à ordem jurídica, com verdadeira força irradiante.

É essa nova interpretação do direito civil profundamente ligada aos direitos fundamentais que pode justificar parcialmente a manutenção da interpretação da restrição à hipoteca, operada pela Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins apresentam uma definição clássica de direitos fundamentais:<sup>99</sup>

Direitos fundamentais são direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual.

Nessa concepção clássica, os direitos fundamentais surgiram para garantir a liberdade dos indivíduos em face do Estado. Exigiam uma abstenção do Estado, um não fazer do Poder Público, no sentido de evitar violação à liberdade das pessoas. Existiam para assegurar os direitos individuais, com especial atenção ao direito de liberdade.

Posteriormente, os direitos fundamentais passaram a ter caráter positivo, no sentido de exigir uma prestação estatal. Passaram a nortear a atuação do Estado, que deveria garantir os direitos sociais por meio de prestações.

---

<sup>99</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 52.

Em verdadeira ampliação da noção inicial, os direitos fundamentais não só exigem a abstenção do Estado para assegurar a liberdade, como também a ação estatal para prestar direitos sociais às pessoas.

Entre os direitos fundamentais sociais, pode-se destacar o direito à moradia, que tem estreita ligação com as incorporações imobiliárias e com a forma como o Judiciário deve interpretar as respectivas relações jurídicas.

Robert Alexy, ao abordar os conceitos fundamentais e a concepção fundamental, esclarece:<sup>100</sup>

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos de ações negativas (abstenções) do Estado. Eles pertencem ao status negativo, mais precisamente ao status negativo em sentido amplo. Seu contraponto são os direitos a uma ação positiva do Estado, que pertencem ao status positivo, mais precisamente ao status positivo em sentido estrito. Se se adota um conceito amplo de prestação, todos os direitos a uma ação estatal positiva podem ser classificados como direitos a prestações estatais em um sentido mais amplo; de forma abreviada: como direitos a prestações em sentido amplo. Saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais. Especialmente intensa é a discussão sobre os assim chamados direitos fundamentais sociais, como, por exemplo, direitos à assistência social, ao trabalho, à moradia, e à educação.

Os direitos fundamentais passam a garantir ao indivíduo a possibilidade de exigir que o Estado se abstenha de intervir arbitrariamente em sua liberdade e também que atue para assegurar a prestação de direitos sociais às pessoas.

O surgimento dos direitos sociais está ligado à tentativa de se minimizarem as desigualdades sociais existentes, na medida em que impõe ao Poder Público a criação de ações para a efetivação das prestações sociais de que a população necessita.

Ao abordar a caracterização dos direitos sociais, Ingo Wolfgang Sarlet explica:<sup>101</sup>

Caracterizam-se os direitos sociais por outorgarem ao indivíduo as prestações sociais de que necessita para viver com dignidade, como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras, revelando uma transição das liberdades formais abstratas, conquistadas pelo liberalismo, para as liberdades materiais concretas.

---

<sup>100</sup>ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 433.

<sup>101</sup>SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.51.

No direito constitucional brasileiro, a análise do conteúdo normativo da Constituição de 1988 permite identificar a preocupação do constituinte em promover o bem-estar dos indivíduos por meio dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais sociais são indispensáveis para garantir a dignidade das pessoas. Somente a concretização dos direitos sociais permitirá a todos os indivíduos uma existência plena.

As dificuldades na implementação dos diversos direitos sociais previstos na Constituição levou ao desenvolvimento da teoria do patrimônio mínimo, que seria o núcleo de necessidades básicas ou essenciais da pessoa humana.

Luiz Edson Fachin ensina que obter a guarida do patrimônio mínimo em favor dos valores fundamentais da pessoa humana é uma maneira de instituir um novo lugar de luta constante entre interesses e pretensões.<sup>102</sup>

Nesse contexto de busca de efetivação dos direitos sociais, insere-se o direito à moradia.

Cláudia Fonseca Tutikian assim conceitua o referido direito fundamental:<sup>103</sup>

O direito à moradia é um dos pressupostos básicos do ser humano, tanto que está intrinsecamente ligado ao princípio constitucional fundamental da dignidade da pessoa humana. Somente com a satisfação de suas necessidades existenciais básicas – os direitos fundamentais sociais, notadamente o direito à moradia – é que o homem poderá usufruir de uma vida digna.

O direito à moradia é um direito fundamental de segunda dimensão, que exige prestações positivas do Estado, no sentido de implementar políticas públicas. No Brasil, a Emenda Constitucional n.º 26/2000 inseriu expressamente o direito à moradia no rol dos direitos sociais do artigo 6º.

Edson Alvisi Neves, Fábio Roberto de Oliveira Santos e Fernanda Sepúlveda alertam que a moradia não representa um mero anseio ou intenção do ser humano. Representa, antes, uma necessidade a ser cumprida, sem nenhuma possibilidade alternativa de deixar de atendê-la, sob pena de ocorrer a degeneração permanente da qualidade de vida humana.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 220.

<sup>103</sup> TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da incorporação imobiliária: implementação do direito fundamental à moradia**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 28.

<sup>104</sup> NEVES, Edson Alvisi; SANTOS, Fábio Roberto de Oliveira; SEPÚLVEDA, Fernanda. **Direito à moradia. O papel da Jurisdição na redistribuição do solo urbano**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 29.

É preciso garantir uma moradia adequada, com requisitos mínimos de habitabilidade, um local em que a pessoa poderá viver com a dignidade proclamada na Constituição. As dificuldades orçamentárias do Poder Público impedem a concretização do direito à moradia nos moldes almejados pelo constituinte.

Com interessante realce para o caráter existencial do direito à moradia, Marcelo de Oliveira Milagres aponta a necessidade de vencer essas limitações ou restrições:<sup>105</sup>

De toda sorte, compreendendo a moradia como expressão de direito social ou como objeto de direito fundamental social (na concepção de mínimo existencial), sua efetividade progressiva decorre da sempre limitada capacidade prestacional do Poder Público ou da necessária adjudicação pelo Poder Judiciário.

É preciso vencer essas limitações ou restrições. A ausência ou insuficiência de recursos estatais não pode ser causa da não efetividade do direito à moradia, que, pela sua essencialidade e pelo seu caráter existencial, pode ir muito além de uma concepção de direito fundamental social.

É exatamente esse caráter existencial do direito à moradia o único fundamento defendido neste trabalho que poderia justificar a vulnerabilidade à garantia hipotecária promovida pela Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Aliás, também como registrado por Marcelo de Oliveira Milagres, o direito à moradia pode ser entendido até como direito especial ou autônomo de personalidade:<sup>106</sup>

Em verdade, o direito à moradia transcende a ideia de prestação estatal ou particular e também não se restringe a uma função de defesa. A perspectiva de direito fundamental social ou de mínimo existencial pode não reproduzir, na integralidade, a natureza jurídica desse direito subjetivo. O destinatário de um espaço essencialmente digno é a pessoa humana em si, independentemente de contraponto com o poder público ou com poderes privados – daí a tese do direito especial ou autônomo de personalidade à moradia.

Além da tese do direito especial ou autônomo de personalidade à moradia, cumpre salientar, ainda no reconhecimento do direito à moradia como direito fundamental, que a incorporação imobiliária, com a captação de poupança popular, pode ser um mecanismo privado de efetivação do direito à moradia, a suprir a ausência de recursos orçamentários estatais.

Para que as incorporações imobiliárias cumpram o relevante papel de concretização do direito fundamental à moradia, torna-se essencial haver segurança jurídica nas relações negociais.

---

<sup>105</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 67.

<sup>106</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011. p. 69.

É nesse contexto que se mostra importante analisar a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

### **3.4. Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e evolução da noção de contrato e autonomia privada**

O destinatário primário e principal do dever de respeitar os direitos fundamentais é o Estado em sentido amplo. Os direitos fundamentais tanto correspondem a deveres de abstenção por parte do Estado, no sentido de deixar de intervir na liberdade das pessoas, quanto a deveres prestacionais que devem ser assegurados mediante atuação positiva do Poder Público.

Além dos deveres de abstenção e de prestação positiva do Estado, os direitos fundamentais exigem que o Poder Público evite agressões oriundas dos particulares. É no contexto do dever estatal de proteger os indivíduos de violações efetivadas no âmbito de relações privadas que se situa o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

O estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e sua aplicação direta nas relações privadas devem partir da evolução da autonomia privada desde o Estado Liberal até o seu entendimento no Estado Social.

De fato, a liberdade, no momento histórico do Estado Liberal, significava um verdadeiro dever de não ingerência por parte do Poder Público. O Estado deveria respeitar a autonomia privada dos indivíduos.

Nesse contexto, não havia interesse ou necessidade de se utilizar a teoria dos direitos fundamentais nas relações privadas, pois o Estado era o único opressor dos direitos e das garantias individuais.

A concepção clássica dos contratos e da autonomia privada partia de um entendimento equivocado de que toda a disposição contratual seria justa e oriunda da livre manifestação dos próprios contratantes, sem levar em consideração a desigualdade fática e o poder econômico existente em cada caso concreto.

Clóvis do Couto e Silva ensinava que a autonomia privada era entendida como a faculdade ou a possibilidade concedida aos particulares, para promoverem a sua autodeterminação e dirimir seus conflitos de interesses.<sup>107</sup>

Durante o tempo em que o liberalismo reinava de modo absoluto, a autonomia privada atingiu o ápice de seu desenvolvimento. Não existia intervenção e regulação estatal na

---

<sup>107</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 17.

autonomia das pessoas, sendo certo que, em determinado momento, as relações contratuais passaram a ser travadas em total desigualdade de condições.

A hegemonia do poder econômico nas relações sociais, legitimada pelo discurso de liberdade presente no liberalismo, levou ao paradoxo da restrição da igualdade e da própria liberdade das pessoas. Os arbítrios que eram cometidos pelo Estado passaram a ser praticados pelos próprios particulares, em verdadeiro abuso da posição contratual e econômica que subjugava o contratante mais fraco.

As leis eram criadas para preservar a vontade das partes contratantes e caberia ao Poder Judiciário intervir tão somente para assegurar o cumprimento dos contratos.

A aplicação da teoria clássica dos contratos, a autonomia privada e a liberdade, como preconizadas no Estado Liberal, geravam injustiças nas situações fáticas postas em julgamento.

Por oportuno, cumpre trazer à baila a lição de Clóvis do Couto e Silva:<sup>108</sup>

A liberdade absoluta de contratar, sem legislação marginal ao mercado, que harmonizasse as forças econômicas em litígio, ocasionou profundas restrições ao princípio da autonomia da vontade. Os particulares se viam não só forçados a não poder escolher com quem contratar – Organisationzwang – como igualmente se lhes impossibilitava o diálogo a respeito do conteúdo do contrato.

A teoria clássica dos contratos e a autonomia privada entram em crise e se inicia um processo de transformação a partir da crescente industrialização e da massificação das relações contratuais.

O uso em larga escala do contrato de adesão deixa evidente que o modelo clássico de contrato não seria suficiente para disciplinar as novas relações sociais e os interesses emergentes de uma sociedade de massa.

A omissão estatal, diante das atrocidades cometidas pelos próprios particulares em suas relações privadas, torna-se insustentável. O discurso de liberdade passa a não se justificar ante as condições de desigualdade social e econômica.

Os contratos deixam de ser fruto da livre manifestação de vontade de ambas as partes, uma vez que criavam obrigações excessivamente onerosas para a parte mais fraca, inviabilizando o adequado cumprimento das cláusulas contratuais na forma como ditava o princípio *pacta sunt servanda*.

---

<sup>108</sup> SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 25.

A crise da teoria clássica do contrato e da autonomia leva a uma nova compreensão do direito contratual e da autonomia privada, com olhar especial aos critérios de justiça, equidade, função social, boa-fé objetiva e equilíbrio obrigacional.

A contradição existente no Estado Liberal – que, ao pregar liberdade, levou a uma igualdade formal em detrimento da verdadeira liberdade e da igualdade material – gerou a mudança de paradigma estatal, rumo à promoção dos interesses da coletividade, pavimentando o percurso para o Estado Social.

Nesse novo Estado Social, nota-se a necessidade de respeito à lei na formação dos contratos, com equilíbrio das partes e respeito à liberdade, com garantia de autodeterminação e intervenção na economia para proteger a liberdade de iniciativa e concorrência.

O Poder Público passa a proteger as pessoas dos abusos dos detentores do poder econômico privado, com a consagração dos direitos fundamentais, notadamente a igualdade material e a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais – que, antes, limitavam-se a assegurar a não interferência na liberdade dos indivíduos – avançam para o reconhecimento do dever de proteção não apenas em face do próprio Estado, como também e principalmente em face dos particulares.

Nesse ponto, Pietro Perlingieri destaca:<sup>109</sup>

O Estado moderno não é caracterizado por uma relação entre cidadão e Estado, onde um é subordinado ao poder, à soberania e, por vezes, ao arbítrio do outro, mas por um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa. A sua tarefa não é tanto aquela de impor aos cidadãos um próprio interesse superior, quanto aquela de realizar a tutela dos direitos fundamentais e de favorecer o pleno desenvolvimento da pessoa (arts. 2 e 3, § 2º, Const.), removendo os obstáculos que impedem a participação de todos na vida do Estado [...]. Ele assume como própria principalmente a obrigação de respeitar os direitos individuais do sujeito – direito à informação, direito ao trabalho, direito ao estudo, essenciais e característicos de todo cidadão – e, portanto, de promovê-los, de eliminar aquelas estruturas econômicas e sociais que impedem de fato a titularidade substancial e o efetivo exercício. O Estado tem a tarefa de intervir e de programar na medida em que realiza os interesses existenciais e individuais, de maneira que a realização deles é, ao mesmo tempo, fundamento e justificação da sua intervenção.

O Estado Social busca a realização da igualdade material com a menor limitação possível nas liberdades individuais. A concepção clássica de contrato, compreendida como instrumento de realização de interesse individual, passa a sofrer a influência do componente social como valor cogente.

---

<sup>109</sup> PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 54.

Na realidade, ocorre verdadeira perda da função eminentemente individual do contrato, em razão da renovação dogmática e da aplicação protetiva e justa aos mais fracos na sociedade, com o escopo de tornar eficaz o Direito.

A intervenção legislativa passa a limitar a manifestação da autonomia, com alteração substancial da base do negócio jurídico, com utilização das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e dos preceitos de ordem pública, em detrimento do caráter meramente subjetivista.

A alteração da base do negócio jurídico, de subjetiva para objetiva, leva a um dirigismo contratual, em que o contrato deixa de ser instrumento de realização de interesses individuais para se transmudar em instrumento de garantia de interesses sociais e meio de efetivação de políticas econômicas.

Ao se falar em crise da noção clássica de contrato, observa-se, em verdade, significativa ampliação de sua importância, não só nas relações individuais, como também no âmbito da macroeconomia e da microeconomia.

O Estado Social se destaca pela atuação em dois pontos que foram negligenciados pelo Estado Liberal: a efetivação da igualdade material e a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Desse modo, percebeu-se a necessidade de intervenção do Estado na formação das relações contratuais, por meio do dirigismo estatal e da mudança da base subjetiva dos negócios jurídicos, com a criação de uma teoria que assegurasse a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, com o escopo de minimizar o efeito deletério causado pela concepção clássica dos contratos e da autonomia privada.

A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem estrita ligação com a preocupação em se criar uma ordem jurídica atenta aos problemas da sociedade contemporânea, que deve não somente utilizar o contrato para garantir a realização das atividades econômicas, mas também promover a dignidade da pessoa humana.

Os direitos fundamentais passam a ter a função de limitar o efeito deletério da autonomia privada, manifestado pelo arbítrio e pela preponderância do contratante economicamente superior. Supera-se a ideia de um indivíduo patrimonializado, e o contrato passa a ter a função de instrumentalizar os direitos fundamentais nas relações privadas.

O Estado perde a posição de único sujeito passivo que deve respeito aos direitos fundamentais, em razão do reconhecimento de que agentes privados também têm posição de ingerência nos direitos fundamentais das outras pessoas.

A ofensa aos direitos fundamentais promovida por grupos privados leva o Estado a exercer a função de protetor da higidez das relações contratuais entre particulares. O indivíduo passa a exercer, por inúmeras ocasiões, a condição simultânea de violador e titular de direitos fundamentais.

E o fundamento jurídico-político dos direitos fundamentais é o princípio da dignidade da pessoa humana, que ocupa o centro de gravitação do ordenamento jurídico.

Os direitos fundamentais se projetam para as relações privadas quando seus conteúdos estão materialmente vinculados à dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana norteia todas as relações sociais e consiste em verdadeiro elemento de conexão entre as normas jusfundamentais e a aplicação nas relações entre particulares.

Com efeito, sempre que existe uma posição de supremacia nos campos econômico, cultural e social, inevitavelmente haverá outra posição de sujeição, sendo certo que as partes envolvidas não têm condições igualitárias de liberdade e igualdade para entabular relações jurídicas.

Nesse contexto fático assimétrico, o detentor do poder privado condiciona a manifestação de vontade dos que se encontram em posição de inferioridade, sendo necessária a aplicação dos direitos fundamentais, tendo como conexão a dignidade da pessoa humana, para que o contrato cumpra a sua função econômica e social.

Ao analisar a influência dos direitos fundamentais sobre a legislação de direito privado, Claus-Wilhelm Canaris aponta que os direitos fundamentais que se seguem vinculam a legislação, o Poder Executivo e a jurisdição como direito imediatamente vigente.<sup>110</sup>

Para o cidadão, as leis de direito privado podem ter efeitos ofensivos inteiramente semelhantes aos das leis de direito público.<sup>111</sup>

A ideia da hierarquia normativa é utilizada por Claus-Wilhelm Canaris para justificar a aplicação dos direitos fundamentais ao direito privado:<sup>112</sup>

[...] o direito privado é apenas o direito “ordinário”, e está, enquanto tal, na estrutura hierárquica da ordem jurídica, num plano sob a Constituição. Constitui, pois, um imperativo da lógica normativa que a legislação no campo do direito privado esteja

---

<sup>110</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 22.

<sup>111</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 24.

<sup>112</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 28.

vinculada aos direitos fundamentais, segundo o princípio da primazia da *lex superior*.

Consta-se, pois, que, além da evolução da noção de contrato e autonomia privada, a própria hierarquia das normas e supremacia da Constituição levam à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Analisada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e a evolução das noções de contrato e autonomia privada, cumpre abordar as teorias sobre a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

### **3.5 Teorias acerca da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**

A forma como se deve dar a eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é destacada por duas teorias.

A teoria da eficácia indireta ou mediata prega que os direitos fundamentais devem ser aplicados de maneira reflexa. Deveria haver uma intermediação legislativa ou judicial para a sua aplicação.

Já a teoria da eficácia direta ou imediata ensina que pode haver aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares sem necessidade de intermediação para a sua concretização.

#### *3.5.1 A teoria da eficácia indireta ou mediata*

A teoria da eficácia indireta ou mediata prega a necessidade de intermediação legislativa ou judicial para aplicar os direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Na verdade, os direitos fundamentais passariam a ter apenas uma função interpretativa das normas de direito privado, ante a necessidade de intermediação para a sua real aplicação.

Com efeito, no entendimento dos defensores da eficácia mediata dos direitos fundamentais, caberia ao legislador o dever de concretizar e estender a aplicação das normas jusfundamentais ao direito privado. O próprio legislador deveria fixar os parâmetros e os limites da utilização dos direitos fundamentais nas relações privadas.

Existem dois obstáculos intransponíveis à utilização da referida teoria. O primeiro é a impossibilidade de o legislador prever e disciplinar todas as supostas situações de tensões entre direitos fundamentais e direitos privados. Exatamente pela impossibilidade de previsão

em abstrato de todas as situações, as tensões e colisões de direitos fundamentais são resolvidas no caso concreto. É impossível ao legislador se antecipar a toda complexidade social e cultural, com evolução das relações jurídicas privadas, sendo indispensável uma margem de interpretação e concretização pelo juiz.

O segundo problema é a demora ou inércia do legislador em regular as situações concretas que podem surgir e necessitar de aplicação de normas constitucionais para a adequada resolução.

Para amenizar os problemas decorrentes da adoção da presente teoria, passou-se a levantar a possibilidade de a atividade jurisdicional ser usada para intermediar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Os juízes fariam uso dos direitos fundamentais para preencher o significado das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados no direito civil.

Os direitos fundamentais seriam utilizados pelo magistrado para definir o conteúdo de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais, em uma ordem objetiva de valores, que teria o princípio da dignidade da pessoa humana como vetor e valor absoluto do ordenamento jurídico.

A intervenção judicial na interpretação do caso concreto levaria à aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, em uma operação em que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados seriam os meios para superar a incomunicabilidade entre o direito civil e o direito constitucional.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins explicam de forma didática a teoria da eficácia mediata dos direitos fundamentais:<sup>113</sup>

Em termos simples, a teoria do efeito indireto ou mediato dos direitos fundamentais indica que os direitos fundamentais só produzem efeitos para as relações jurídicas de direito privado mediante normas e cláusulas gerais que contenham conceitos jurídicos indeterminados e que ofereçam verdadeiras “portas de entrada” (Einbruchsstellen, Einlasstore) para o direito constitucional no direito privado justamente por meio dos conceitos jurídicos indeterminados representados metaforicamente pela expressão das portas de entrada.

Ao final de sua exposição, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins se filiam à corrente que defende o efeito horizontal de caráter mediato ou indireto:<sup>114</sup>

---

<sup>113</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 126.

<sup>114</sup> DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 128.

Em sede de conclusão, há de se firmar que o efeito horizontal tem caráter mediato/indireto. O efeito horizontal indireto refere-se precipuamente à obrigação do juiz de observar o papel (efeito, “irradiação”) dos direitos fundamentais, sob pena de intervir de forma inconstitucional na área de proteção do direito fundamental, prolatando uma sentença inconstitucional. No Brasil, pode ser considerado como fundamento normativo do efeito horizontal o vínculo do Estado como um todo (incluindo o Judiciário!) aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF).

Em que pese a louvável admissão de eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, a presente teoria mediata não se sustenta na atualidade, em razão da necessidade de se conferir proteção aos particulares vulneráveis nas relações envolvendo incorporações imobiliárias.

Destaca-se a posição de Claus-Wilhelm Canaris, em que pese a diferença entre vinculação ao legislador privado e aos sujeitos privados, abordada mais adiante:<sup>115</sup>

Globalmente, a posição segundo a qual o legislador de direito privado só está vinculado mediatamente aos direitos fundamentais, isto é por meio dos preceitos que dominam imediatamente essa área do direito, deve ser rejeitada sem reboço, tanto por razões de lógica normativa, como por razões práticas.

As limitações decorrentes da aplicação da teoria mediata levaram à criação de outra teoria, que permite exegese mais adequada, conforme se verifica a seguir.

### 3.5.2 A teoria da eficácia direta ou imediata

A teoria da eficácia direta ou imediata ensina que os direitos fundamentais se aplicam nas relações privadas sem necessidade de intermediação legislativa ou judicial.

O entendimento se sustenta no fato de os direitos fundamentais serem os valores que se manifestam por todo o ordenamento jurídico. A força normativa da Constituição e sua fundamentalidade no Estado Democrático de Direito não permitem o entendimento de que o direito civil seja tratado como uma ilha, isolada e alheia aos valores e interesses maiores da sociedade.

Os direitos fundamentais não precisam de nenhum mecanismo de intermediação para desfrutar de ampla eficácia nas relações entre particulares. A função de garantia e proteção dos direitos fundamentais exige rápida resposta em situações de ameaça ao núcleo essencial de direitos.

---

<sup>115</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 32.

Em resumo, a teoria da eficácia direta ou imediata leva à aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, independentemente de atividade legislativa ou interpretação de cláusulas gerais ou conceitos jurídicos indeterminados no direito privado.

Claus-Wilhelm Canaris argumenta que outra questão é saber se os direitos fundamentais valem para as normas de direito privado em suas funções clássicas de proibições de intervenção e de direitos de defesa, ou se apenas produzem efeitos na sua função de normas de princípio objetivo.<sup>116</sup> Existe posição segundo a qual, na seara privada, caberia aos direitos fundamentais tão somente a função de imperativos de tutela.

Por oportuno, cumpre trazer à baila a forma ampla como Claus-Wilhelm Canaris entende-aplicáveis os direitos fundamentais nas relações entre particulares:<sup>117</sup>

As leis de direito privado têm também, em numerosos casos, uma clara natureza ofensiva – e isto, nalgumas circunstâncias, de forma massiva. Então constitui um imperativo de coerência controlá-las, nessa medida, em princípio também à luz da proibição do excesso. A circunstância de do outro lado da relação estar também um titular de direitos fundamentais, e de a lei de direito privado servir frequentemente para o proteger, não pode alterar nada neste aspecto, desde logo, porque também normas de direito público – por exemplo as do direito penal, do direito urbanista e do ambiente – visam muitas vezes, em igual medida, ou, mesmo, primariamente, a proteção individual de outras pessoas, e não apenas a promoção de interesses públicos. O “pensamento da intervenção” – apesar de entretanto generalizadamente criticado – pode, pois, em princípio, defender a sua legítima posição também para as normas de direito privado. Deve, porém, conceder-se que as normas de direito privado também podem servir para a concretização de imperativos de tutela de direitos fundamentais, e, mesmo, que elas representam, muitas vezes, ambas as coisas simultaneamente: intervenções nos direitos fundamentais de uma parte e garantia de proteção dos direitos fundamentais da outra.

Claus-Wilhelm Canaris, como acima destacado, entende aplicáveis os direitos fundamentais em relação à legislação de direito privado, no sentido de que vigoram imediatamente. Para ele, “esta é a opinião claramente dominante. Aqui os direitos fundamentais desempenham as suas funções normais, como proibições de intervenção e imperativos de tutela”.<sup>118</sup>

Apesar do reconhecimento da aplicação imediata dos direitos fundamentais ao direito privado, Claus-Wilhelm Canaris não admite, em um primeiro momento, essa eficácia

---

<sup>116</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 32.

<sup>117</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 34.

<sup>118</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 36.

quanto aos sujeitos do direito privado, e aos negócios jurídicos particulares, conforme se verifica abaixo:<sup>119</sup>

Em contraposição às leis de direito privado, bem como à sua aplicação e desenvolvimento pela jurisprudência, os sujeitos de direito privado e o seu comportamento não estão, em princípio, sujeitos à vinculação imediata aos direitos fundamentais. Estes desenvolvem, porém, os seus efeitos nesta direção, por intermédio da sua função como imperativos de tutela.

Destinatários das normas sobre direitos fundamentais são, em princípio, apenas o Estado e os seus órgãos, mas não os sujeitos do direito privado. [...]

Por conseguinte, objeto de controle segundo os direitos fundamentais são apenas, em princípio, regimes e formas de conduta estatais, e não já de sujeitos de direito privado, isto é, negócios jurídicos, atos ilícitos, etc.

É verdade que Claus-Wilhelm Canaris admite os efeitos dos direitos fundamentais quanto aos sujeitos de direito privado, aos negócios jurídicos e aos atos ilícitos a partir de sua função como imperativos de tutela, pois cabe ao Estado proteger um cidadão perante outro cidadão, contra uma lesão a seus bens garantidos por direitos fundamentais no âmbito do direito privado. Para Claus-Wilhelm Canaris, essa concepção tem a vantagem de, por um lado, não abdicar da posição de que, em princípio, apenas o Estado, e não o cidadão, é destinatário dos direitos fundamentais, mas, por outro lado, oferecer, igualmente, uma explicação dogmática para a questão de saber como o comportamento de sujeitos de direito privado está submetido à influência dos direitos fundamentais.<sup>120</sup>

Neste trabalho, defende-se a aplicação imediata e direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares da forma mais ampla possível. As pessoas e as instituições privadas devem obediência às normas jusfundamentais.

Esses efeitos dos direitos fundamentais quanto aos sujeitos de direito privado, aos negócios jurídicos e aos atos ilícitos são a única justificativa ou fundamento válido para a manutenção do entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a incorporação imobiliária pode ser utilizada como instrumento para a efetivação do direito fundamental à moradia.

---

<sup>119</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 133.

<sup>120</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003. p. 133.

### 3.5.3 A eficácia dos direitos fundamentais nas incorporações imobiliárias

A aplicação dos direitos fundamentais nas incorporações imobiliárias deve ser reconhecida. A depender da teoria adotada, pode-se admitir a aplicação mediata, mediante a intermediação do magistrado, ou a eficácia imediata, para aqueles que entendem que as normas jusfundamentais vinculam diretamente os particulares.

De qualquer modo, cumpre, neste momento, firmar os dois fundamentos que justificam o cuidado na aplicação dos direitos fundamentais nas relações envolvendo incorporações imobiliárias.

O primeiro fundamento é que, na incorporação imobiliária, existe evidente desproporção no poder social e econômico. De um lado, um grande empreendedor é juridicamente sujeito de direito tanto quanto um adquirente que, com muito esforço, busca garantir o seu direito à moradia. Existe nítido desequilíbrio estrutural de forças entre as partes juridicamente iguais, ambas, em um primeiro momento, obrigadas na forma do direito privado. Ocorre que, em algumas situações, o poder econômico e social do empreendedor é tão grande que se abre a possibilidade de que seja tratado como detentor de um poder semelhante ao próprio Estado, com possibilidade ampla de violar direitos da parte mais fraca na relação jurídica.

Esse raciocínio leva à obrigatoriedade de vincular o incorporador diretamente às normas jusfundamentais, em virtude do poder econômico e social existente, sendo certo que os direitos fundamentais surgiram para equilibrar as forças entre o indivíduo e o Estado, no constitucionalismo clássico, mas contemporaneamente também se mostra necessária a aplicação dos direitos fundamentais para equilibrar as forças do incorporador e do adquirente, que não se encontram em mínimas condições de igualdade.

O segundo fundamento para a aplicação dos direitos fundamentais nas incorporações imobiliárias é a possibilidade dessas normas constitucionais influenciarem a interpretação e a aplicação de cláusulas abertas e conceitos jurídicos indeterminados do direito privado e até mesmo as disposições fixadas em contrato pelas partes.

Nesse segundo fundamento reside o cerne da tese ora proposta, uma vez que já se identificou que os princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva não amparam a forma ampla como a hipoteca foi vulnerabilizada pela Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Na realidade, a forma como o Judiciário deve interpretar as cláusulas contratuais e o direito privado, orientado pelas normas jusfundamentais, é o único fundamento para a

manutenção do entendimento de que a hipoteca firmada entre o incorporador e o agente financeiro não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.

Com efeito, é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares e no reconhecimento da necessidade de se dar eficácia ao direito fundamental à moradia que se encontra o verdadeiro fundamento para o entendimento jurisprudencial atualmente dominante.

### **3.6 A incorporação imobiliária como instrumento para efetivação do direito à moradia**

O direito à moradia ainda está em fase de implementação no Brasil. É de conhecimento geral a carência das habitações no Brasil, sendo, infelizmente, comum a existência de pessoas que nem mesmo têm o direito à moradia, além de diversas outras que vivem em moradas inadequadas.

O Brasil tem um déficit habitacional de 7,757 milhões de moradias, de acordo com estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), cujos dados mais recentes se referem ao ano de 2015, tendo como base a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).<sup>121</sup>

Muito superior ao déficit habitacional, acima transcrito, é a quantidade de moradias inadequadas, sem condições sanitárias e de saúde, insalubres, em forte violação ao mínimo existencial e à própria dignidade, o que caracteriza omissão do Estado Social na implementação dos direitos sociais previstos na Constituição.

É verdade que o Poder Público tentou avançar em matéria de habitação, com o exemplo do Programa Minha Casa Minha Vida, uma iniciativa do Governo Federal que oferece condições atrativas para o financiamento de moradias nas áreas urbanas para famílias de baixa renda.

Ocorre que os recursos públicos para investimento na área de habitação são finitos e existem milhares de famílias brasileiras que ainda precisam ser atendidas no direito fundamental à moradia.

Considerando a impossibilidade de o Poder Público atender a todos que precisam de acesso à moradia adequada por meio de programas de habitação públicos, mostra-se essencial a participação da iniciativa privada na concretização do direito à moradia.

---

<sup>121</sup> Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/habitacao.html>>. Acesso em: 10.11.2018.

E, entre os instrumentos de participação da iniciativa privada, a incorporação imobiliária é o mais importante instituto para abrir o acesso à moradia a um maior número de pessoas.

A captação de poupança popular realizada pela incorporação imobiliária permite a organização e a concentração de capital e trabalho necessárias para a implementação do direito à moradia por meio de capital privado, com pagamento de prestações pelos próprios adquirentes.

Além disso, indiscutivelmente, com o fomento do Poder Público às incorporações imobiliárias, mais empresários teriam intenção de investir recursos próprios na edificação de moradias no Brasil.

É verdade que parcela da população não teria condições de ingressar em um empreendimento de incorporação imobiliária para adquirir uma unidade autônoma. Para essa camada da sociedade, o Estado Social canalizaria os recursos públicos para a efetivação do direito à moradia, na busca da igualdade material.

As classes médias e altas financiariam a moradia com a aquisição de imóveis de forma direta em incorporação imobiliária.

A presente ideia beneficiaria toda a sociedade. As pessoas que ainda se encontram na classe mais baixa seriam muito beneficiadas, por terem todos os recursos públicos disponíveis para a habitação investidos pelo Estado em moradias dignas e subsidiadas. Por outro lado, as classes média e alta seriam beneficiadas pela aquisição do imóvel diretamente através da incorporação imobiliária, sem necessidade de intermediários e pagamento de juros a bancos.

Ante o exposto, pode-se constatar que a incorporação imobiliária é um instrumento para efetivar o direito fundamental à moradia, sendo essa uma importante função social do referido instituto.

Para as pessoas que têm possibilidades de adquirir um imóvel através da incorporação imobiliária, os benefícios são diretos. Já as pessoas que não têm recursos para adquirir o imóvel de uma incorporadora serão beneficiadas de modo indireto, uma vez que os recursos públicos disponíveis para habitação serão destinados a efetivar o direito à moradia da classe mais baixa.

Por fim, o crescimento do mercado imobiliário leva ao aquecimento da economia, com mais desenvolvimento em benefício de toda a sociedade.

### **3.7 Contratos de lucro e contratos existenciais nas incorporações imobiliárias: uma distinção necessária**

Como ressaltado, a aplicação dos direitos fundamentais nas relações particulares e o direito à moradia são os únicos fundamentos que podem justificar, ainda que em parte, o entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Apesar dessa afirmação e da argumentação do presente capítulo, cabe uma ressalva importante: o escopo do presente trabalho, como já afirmado, é realizar contribuições teóricas para o avanço do entendimento jurisprudencial.

Nesse contexto, as referências genéricas a direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana, solidariedade e demais expressões ligadas à constitucionalização do direito civil não podem ser vagas e abstratas a ponto de serem utilizadas em qualquer situação, sem indicação de critérios práticos que permitam aplicações no caso concreto, como se verifica em parte da doutrina brasileira.

Para não se incidir nesse equívoco, utiliza-se a classificação de Antônio Junqueira de Azevedo, que diferencia contratos de lucro e contratos existenciais, para delimitar um critério prático de aplicação do entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, em prestígio ao direito à moradia, com expresse afastamento do entendimento sumulado aos outros casos.

De fato, baseado no critério de interesses na relação contratual, Antônio Junqueira de Azevedo apresenta uma classificação dos contratos em contratos de lucro e contratos existenciais.

Os contratos de lucro são os firmados entre empresas e entre profissionais, com intenção de lucro; os contratos existenciais são os celebrados com o objetivo de subsistência, sendo certo que uma das partes deve ser uma pessoa natural.<sup>122</sup>

Apesar da distinção acima realizada, em outra oportunidade Antônio Junqueira de Azevedo indicou que contratos existenciais são aqueles que têm pessoas naturais como uma das partes. Por outro lado, os contratos de lucro seriam aqueles celebrados entre empresas ou profissionais.

Em um primeiro fator de distinção, o destaque está para a finalidade de lucro ou subsistência. Já no segundo fator de distinção, nota-se a importância da pessoa que celebra o contrato, se pessoa natural ou pessoa jurídica/profissional.

---

<sup>122</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 600.

Para os fins deste trabalho, a intenção ou não de lucro é o fator primordial e decisivo para a divergência na forma de se interpretar e aplicar o direito.

Nos contratos de lucro, todas as partes teriam a intenção de lucro, ao passo que, nos contratos existenciais, uma das partes não teria intenção de lucro. É essa a forma como se aplica a classificação dicotômica de Antônio Junqueira de Azevedo no presente estudo.

Por oportuno, cabe destacar que o professor Antônio Junqueira de Azevedo usa o termo “subsistência” como critério contrário à definição de lucro, ou seja, o que superar a subsistência entra na ideia de lucro.

O emprego do termo “subsistência” leva ao inconveniente de ter de fixar a partir de que ponto se passa da esfera da subsistência para o lucro.

A proposta ora apresentada substitui a análise do caráter de subsistência pelo exame do motivo, da causa concreta ou da causa final da relação negocial.

É a investigação da finalidade ou propósito de determinada pessoa que levará à classificação como contrato existencial ou contrato de lucro.

Não há dificuldade de se reconhecer uma finalidade existencial, quando o negócio é firmado com o escopo de subsistência, como no caso da compra de uma casa por uma pessoa natural, que busca efetivar o direito fundamental à moradia.

Deve-se reconhecer a possibilidade de contrato existencial mesmo que se possa argumentar que o negócio supera o critério da subsistência, como a compra de um bangalô na praia de Porto de Galinhas para reunir a família no fim de semana.

Já a finalidade de lucro é facilmente observada nos casos concretos. Uma incorporadora, por exemplo, tem como uma de suas finalidades a obtenção do lucro. Evidentemente, celebra contratos buscando obter lucro com suas atividades. Ao celebrar um contrato de fornecimento de tintas com uma fábrica de produtos químicos, a incorporadora firmará, indiscutivelmente, um contrato de lucro. São duas pessoas jurídicas, ambas com finalidade lucrativa.

Se ambos os contratantes manifestarem vontades com finalidade de lucro, estar-se-á diante de um contrato de lucro. Caso ambos os contratantes tenham finalidades existenciais, o contrato será existencial.

Existe uma terceira hipótese, em que um contratante tem finalidade lucrativa e o outro, existencial. Nesses casos, deve haver um cuidado especial do Poder Judiciário na interpretação do conteúdo negocial.

É a terceira hipótese que acontece nos casos concretos que motivaram o presente debate. Em uma promessa de compra e venda celebrada entre uma incorporadora e uma

pessoa natural que busca a sua primeira casa própria, constata-se a finalidade lucrativa da incorporadora e a finalidade existencial da pessoa natural, que tenta efetivar o direito fundamental à moradia com o negócio.

Não há dúvida de que o contrato mencionado seria um contrato existencial sob a ótica do adquirente da unidade imobiliária autônoma, mesmo que a incorporadora esteja na relação contratual com o escopo de lucro.

Nos negócios em que um contratante visa ao lucro e o outro busca um objetivo existencial, a boa-fé objetiva e a função social do contrato poderiam incidir de modo a prestigiar a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a dignidade da pessoa humana.

Marco Fábio Morsello, ao analisar a diferença de densidade de princípios como a boa-fé objetiva nos contratos existenciais e de lucro afirma:<sup>123</sup>

Desse modo, levando em conta o primado da dignidade humana, princípio fundante com função iluminante, que se espalha por todo o sistema jurídico, os contratos existenciais imporão ao hermenêuta em juízo de ponderação maior densidade na aplicação dos denominados princípios sociais do contrato, quando cotejados com a autonomia privada. Por outro lado, certamente não escapará ao observador arguto que, nos denominados contratos de lucro, fulcrados em componente interempresarial destituído de qualquer insuficiência, a autonomia privada terá maior peso e interesse quando sopesada com os demais princípios, nomeadamente sociais, que, embora não elididos, terão aplicação em menor grau, sob pena de obstaculizar o tráfego contratual, com efetivo spreading indevido para o corpo social.

Tendo como base a classificação proposta por Antônio Junqueira de Azevedo e a adaptando aos negócios envolvendo incorporações imobiliárias, pode-se concluir que o incorporador está sempre em busca do lucro em sua atividade, razão por que de sua parte, celebra contratos de lucro.

Quanto ao adquirente de unidade imobiliária autônoma, cabe diferenciar duas situações diversas. Em primeiro lugar, o adquirente pode também visar o lucro, ou seja, a aquisição do imóvel pode ter a finalidade de especular no mercado imobiliário, com futura venda da edificação com ganhos; logo, celebra contrato de lucro. Situação diversa é a do adquirente que adere ao contrato de incorporação imobiliária com o escopo de efetivar o direito fundamental à moradia, celebrando, assim, contrato existencial.

A diferenciação entre contratos de lucro e contratos existenciais se mostra essencial, pois o presente trabalho propõe que a interpretação da Súmula n.º 308 do Superior

---

<sup>123</sup> MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro – análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In.: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 293.

Tribunal de Justiça deve prevalecer tão somente nas incorporações imobiliárias em que o adquirente tem uma finalidade existencial, em razão da importância da efetivação do direito fundamental à moradia.

A classificação entre contratos de lucro e contratos existenciais, proposta por Antônio Junqueira de Azevedo, serve como parâmetro claro para a aplicação do entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça apenas aos contratos existenciais em que se efetivará o direito à moradia.

A função social do contrato e a boa-fé objetiva se aplicam a todas as partes da relação contratual; logo, não faz sentido impor uma vulnerabilidade excessiva ao instituto da hipoteca, para proteção de um adquirente de unidade que apenas busca o lucro com a incorporação imobiliária.

### **3.8 A coexistência de interesses legítimos dos incorporadores, instituições financeiras e adquirentes de unidades imobiliárias autônomas**

A incorporação imobiliária, ao efetivar o direito fundamental à moradia, merece ser estimulada pelo ordenamento jurídico, para que os negócios no mercado imobiliário se desenvolvam e mais pessoas tenham possibilidades de adquirir imóveis.

Como já afirmado, o entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça rompe com as bases do sistema, pois leva a uma vulnerabilidade excessiva da hipoteca, com disseminação de insegurança nas relações negociais.

Desse modo, mostra-se urgente a busca de nova leitura da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, em verdadeira tentativa de promover a coexistência de interesses legítimos dos incorporadores, das instituições financeiras e dos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas, como se apresenta abaixo.

#### *3.8.1 Da impossibilidade de cancelamento de hipoteca anterior à promessa de compra e venda*

A hipoteca é o direito real de garantia que incide em regra sobre coisa imóvel, que permanece em poder do devedor, tendo o credor a possibilidade de realizar a venda judicial, com preferência a outros credores, desde que respeitada a prioridade na inscrição da hipoteca.

Existem diversas regras jurídicas que regulamentam a hipoteca, sendo importante mencionar a especialização e a publicidade. A especialização exige a correta individualização

da dívida e do bem hipotecado que a garante. Já a publicidade é exigida na forma de constituição da hipoteca, que se dá mediante registro no cartório de Registro de Imóveis.

A publicidade que envolve a constituição da hipoteca assegura o amplo conhecimento da sociedade acerca da sua existência e amplitude.

Em virtude da necessária publicidade envolvendo a constituição da hipoteca, mostra-se nitidamente inadequado o cancelamento de hipoteca anterior à promessa de compra e venda. É que, ao firmar a promessa de compra e venda, todos os envolvidos no negócio imobiliário têm conhecimento da hipoteca, através do registro dela no cartório de Registro de Imóveis.

Além disso, não se pode desconsiderar que a hipoteca, como direito real de garantia, tem eficácia *erga omnes*. Com efeito, o credor hipotecário tem o direito de sequela e pode buscar a satisfação do seu crédito por meio da alienação do bem hipotecado, mesmo que tal esteja com terceiros.

Não se identifica razão jurídica para desconsiderar a hipoteca anterior em uma proteção excessiva ao adquirente do imóvel, que poderia e deveria se cercar de cuidados mínimos ao firmar uma promessa de compra e venda.

A hipoteca, como acessório da dívida, deve se manter enquanto esta perdurar, respeitado o prazo máximo de 30 anos da data do contrato de constituição da hipoteca, nos termos do artigo 1.485 do Código Civil.

As causas de extinção da hipoteca também se encontram reguladas em regras jurídicas. De fato, o artigo 1.499 do Código Civil estabelece rol dos modos de extinção da hipoteca. A primeira hipótese é a extinção da obrigação principal, pois o acessório segue o principal. O segundo modo de extinção da hipoteca é o perecimento da coisa, uma vez que não se pode manter a hipoteca quando a coisa não subsiste. A resolução da propriedade é a terceira causa extintiva da hipoteca, porque, apesar de ser admitido o oferecimento de hipoteca por titular de propriedade resolúvel, o credor fica sujeito a perder a garantia nos casos de resolução. A renúncia do credor à hipoteca, evidentemente, também provoca sua extinção. A remição também leva à extinção da hipoteca, nas situações em que o devedor ou o terceiro podem liberar o bem da hipoteca, ao oferecer o pagamento da dívida. A última hipótese de extinção da hipoteca é a arrematação ou a adjudicação do bem hipotecado, com a respectiva satisfação da dívida garantida.

Observa-se que, entre as causas de extinção da hipoteca, não se encontra a promessa de compra e venda entre a incorporadora e o adquirente de unidade autônoma.

Pelo contrário, é perfeitamente possível a alienação do bem hipotecado, não podendo haver prejuízo ao credor hipotecário. Existe regra expressa nesse sentido no artigo 1.475 do Código Civil, que prevê ser nula a cláusula que proíbe ao proprietário alienar imóvel hipotecado.

Pode haver a alienação do imóvel hipotecado; porém, o credor hipotecário tem o direito de sequela, através do qual pode perseguir a coisa nas mãos do terceiro adquirente.

Não há necessidade de interveniência do credor hipotecário quando da alienação, mas seu direito de sequela não deve ser esfacelado.

Como os outros direitos reais de garantia, a hipoteca tem o caráter de acessoriedade, indivisibilidade, sequela e preferência.

É preciso deixar evidente que a hipoteca confere ao credor o direito de sequela, razão pela qual a garantia deve permanecer mesmo que o imóvel seja alienado. A extinção da hipoteca ocorreria se o adquirente do imóvel liquidasse a dívida que onera o bem.

Em outras palavras, a hipoteca é uma garantia indivisível, que persiste enquanto não extinta a obrigação.

Executar o terceiro adquirente do imóvel hipotecado é direito do credor hipotecário, sendo esse bem objeto de sua garantia, independentemente de não mais pertencer ao primitivo titular que contraiu a hipoteca.

Existem regras expressas no ordenamento jurídico disciplinando as características dos direitos reais de garantia e, especialmente, da hipoteca, sendo inadequado o recurso a princípios, conceitos jurídicos indeterminados ou cláusulas abertas para desconsiderar as regras postas.

Com mais ênfase ainda, cabe mencionar a impossibilidade de cancelamento de hipoteca anterior à promessa de compra e venda, o que seria ofensivo à própria função social do contrato como circulação da riqueza e à boa-fé objetiva, na medida em que o terceiro adquirente do imóvel tem conhecimento da existência do direito real de garantia por meio dos mecanismos de publicidade previstos no ordenamento jurídico pátrio.

O entendimento jurisprudencial retira toda a validade e todo o sentido da hipoteca. Transforma o instituto em mero direito pessoal, retirando sua natureza de direito real de garantia, uma vez que a simples alegação de boa-fé do adquirente, que não tomou os cuidados necessários na compra do imóvel, leva à impossibilidade de execução hipotecária.

O STJ, ao afirmar que a hipoteca de bens imóveis não é eficaz contra os promitentes compradores, acabou com a principal característica do direito real que há sobre o imóvel, pois retirou sua eficácia *erga omnes*.

Ocorre que a boa-fé não pode ter a extensão concedida pelo STJ. O credor hipotecário que busca receber seu crédito não pode ser culpado e penalizado por eventual não ciência do risco de se comprar um imóvel já hipotecado.

Desse modo, nota-se a impossibilidade de cancelamento de hipoteca anterior à promessa de compra e venda, de acordo com as regras jurídicas do sistema pátrio.

### *3.8.2 A função social nos contratos existenciais e de lucro envolvendo incorporações imobiliárias*

A função social da incorporação imobiliária é a efetivação do direito fundamental à moradia.

Como já salientado na seção acerca da incorporação imobiliária como instrumento para efetivação do direito à moradia, este instituto permite a realização do direito à moradia com dinheiro dos particulares, seja pelo pagamento das prestações pelo próprio adquirente, seja pelo investimento do empreendedor.

O cumprimento da função social dos contratos de incorporação imobiliária leva a três benefícios: efetivação do direito à moradia dos adquirentes de imóveis, concentração dos recursos públicos para programas de habitação nas classes mais baixas e geração de riquezas em virtude do desenvolvimento do mercado imobiliário e aquecimento da economia.

Para o cumprimento da relevante função social, todos os envolvidos no mercado imobiliário necessitam de segurança jurídica e previsibilidade normativa e jurisprudencial.

É evidente que a proteção ao adquirente de unidades autônomas deve ser buscada; porém, torna-se essencial se proceder a uma interpretação justa, com adaptações aos casos concretos submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

A distinção entre contratos existenciais e contratos de lucro é relevante ao se tratar da função social no Poder Judiciário.

Com efeito, a função social dos contratos existenciais de um modo geral permite ao juiz uma atuação mais intensa, no sentido de proteger a parte que busca uma finalidade essencial com a relação negocial, notadamente quando houver a necessidade de se promover, na justiça, o equilíbrio contratual.

Nos contratos em que ambas as partes têm finalidade existencial, a preocupação do julgador será ainda maior, no sentido de haver a intervenção mais adequada possível, para firmar o equilíbrio contratual e coibir comportamentos abusivos, prejudiciais ao solidarismo social.

Nos contratos em que uma parte tem finalidade existencial e outra parte busca o lucro, o magistrado deve estar atento para os valores do novo direito civil constitucional, notadamente a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais.

Naturalmente, será preciso prestigiar a finalidade existencial perseguida pela parte com finalidade essencial, sem violação excessiva na esfera privada do contratante que busca o lucro, com atenção, ainda, à função social própria do contrato que se encontra em debate.

É nessa situação que se encontra boa parte dos contratos firmados no âmbito das incorporações imobiliárias. De um lado, o incorporador que busca o lucro com sua atividade de organizar o empreendimento; do outro lado, o adquirente de unidade autônoma, que compra o imóvel para efetivar o seu direito à moradia.

No conflito entre confirmar o lucro do incorporador ou mesmo da instituição financeira financiadora do empreendimento e assegurar o direito à moradia do contratante com finalidade existencial, o juiz deve aplicar a Súmula n.º 308 do STJ, reconhecendo a ineficácia da hipoteca firmada, desde que posterior à promessa de compra e venda.

Ao analisar a eficácia da referida hipoteca, deve-se prestigiar a função social do contrato de incorporação imobiliária, qual seja, com a circulação econômica e a efetivação do direito à moradia, o que leva à aplicação do entendimento sumulado.

Completamente diversa deve ser a atuação do juiz diante de contratos de lucro. Quando ambas as partes buscam o lucro com o negócio, não haverá preocupação com questões existenciais; logo, o Judiciário deve prestigiar a liberdade de contratar.

É preciso assegurar a autonomia privada e fazer cumprir o contrato na forma como as cláusulas foram negociadas pelas partes.

Aqui, a função social do contrato tem como fundamento a lição de Clóvis Beviláqua de que seria o contrato um conciliador de interesses, com nobre função civilizadora.<sup>124</sup>

Vale a lição clássica de contrato em que cada parte tenta extrair o máximo de utilidades da relação contratual, cabendo ao Poder Judiciário determinar o cumprimento das cláusulas acordadas.

Os contratos de incorporação imobiliária podem ser contratos de lucro. Nesses casos, o incorporador está desenvolvendo sua atividade com finalidade lucrativa e o adquirente do imóvel encontra no empreendimento uma possibilidade de auferir lucro, como,

---

<sup>124</sup> BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. p. 154.

por exemplo, comprando o imóvel na planta para revendê-lo com ágio após o avanço das obras.

Ao contratar com finalidade lucrativa, o adquirente deve se cercar de todo o cuidado e diligência exigidos no direito privado. Por não buscar efetivar o direito à moradia, mas sim ganhar dinheiro, o adquirente não terá os benefícios da interpretação judicial que tenta assegurar o direito à moradia como função social do contrato de incorporação imobiliária.

A função social do contrato de incorporação imobiliária, em que ambas as partes buscam o lucro, será gerar riqueza, desenvolver o mercado imobiliário e aquecer a economia. Essa função social estará cumprida ao se permitir a atuação das partes com liberdade, segurança jurídica e previsibilidade legislativa e judicial.

Nos contratos de incorporação imobiliária em que todos os contratantes têm objetivo de lucro, não se deve aplicar o entendimento da Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, com manutenção da eficácia da hipoteca firmada e registrada.

Em resumo, antes de aplicar o princípio da função social do contrato para intervir no negócio jurídico, o magistrado deve realizar uma cuidadosa análise da finalidade de cada parte da relação contratual, com atuação distinta a depender de se tratar de contrato existencial ou contrato de lucro.

### *3.8.3 A boa-fé objetiva nos contratos existenciais e de lucro envolvendo incorporações imobiliárias*

Na interpretação e aplicação da boa-fé objetiva, também cabe resgatar a lição do professor Antônio Junqueira de Azevedo na classificação dicotômica entre contratos existenciais e contratos de lucro.

A boa-fé objetiva tem significativa ligação com as expectativas legítimas que uma parte tem em relação à forma como a outra conduzirá a execução do contrato. E essas expectativas e padrões de comportamentos são diferentes quando se comparam os contratos existenciais e os contratos de lucro.

Nos contratos existenciais, o padrão de conduta esperado é a condução do cumprimento do contrato de modo a alcançar a finalidade existencial do negócio. Mesmo que a relação contratual tenha cunho patrimonial, como uma promessa de compra e venda de imóvel em incorporação, ambas as partes devem se comportar no sentido de atingir a função

existencial, como a efetivação do direito a moradia. A confiança é maior nos contratos existenciais.

Já nos contratos de lucro, a finalidade lucrativa conduz toda a atividade das partes. A boa-fé objetiva exige um comportamento das partes em linha com as práticas do mercado. Não existe a preocupação em se promover a dignidade humana ou os direitos fundamentais. As partes estão perseguindo, a todo tempo, o ganho que anteviram com a realização do contrato.

O Poder Judiciário deve redobrar o cuidado na aplicação da boa-fé objetiva, pois não deve haver excessiva proteção a partes de um contrato de lucro.

Na hipótese em que uma das partes busca uma finalidade existencial e a outra persegue o lucro, nota-se a maior incidência da boa-fé objetiva. É que a parte que celebra os contratos com finalidade lucrativa, naturalmente, tem mais informações, o que pode desequilibrar a relação jurídica.

É nesse momento que a boa-fé objetiva deve ser utilizada para reequilibrar a relação jurídica, com exigência de cumprimento dos deveres anexos, notadamente ligados ao dever de informação.

No contrato de incorporação imobiliária, caso ambas as partes estejam na relação com finalidade lucrativa, não caberia ao juiz declarar a ineficácia da hipoteca firmada entre a incorporadora e a instituição financeira, com fundamento na boa-fé objetiva.

Diversamente, na incorporação imobiliária em que o adquirente tem finalidade existencial, os deveres anexos devem ser rigorosamente cumpridos pelo incorporador, principalmente o dever de informar.

As exigências dos padrões de condutas da boa-fé objetiva levam o incorporador a ter absoluta transparência com o adquirente e o impedem de agir de modo a prejudicar o adquirente, sendo assimétrica a relação travada.

Nessa situação, o juiz deve aplicar o entendimento consolidado na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça, decidindo pela ineficácia da hipoteca firmada em desfavor do promissário comprador da unidade imobiliária.

Com efeito, o magistrado deve prestigiar a finalidade existencial perseguida pelo comprador, no sentido de efetivar o direito à moradia.

Em todas as hipóteses, deve haver a coexistência de interesses legítimos dos incorporadores, das instituições financeiras e dos adquirentes de unidades imobiliárias autônomas, razão pela qual a ineficácia da hipoteca deve ser realizada após a promessa de

compra e venda. É uma solução intermediária e que atende de modo razoável aos interesses de todos os envolvidos nas transações imobiliárias.

#### *3.8.4 O direito à moradia como real fundamento para manutenção parcial da vulnerabilidade à hipoteca*

Todo o esforço interpretativo apresentado até o presente momento se deu no sentido de aplicar a função social do contrato e a boa-fé objetiva de modo a manter a coexistência dos interesses das instituições financeiras, das incorporadoras e dos promissários compradores; porém, na realidade, em análise mais cuidadosa, constata-se que o único e real fundamento para a manutenção parcial do entendimento consagrado na Súmula n.º 308 do STJ é o direito à moradia.

Isso porque a jurisprudência dominante levou a hipoteca a uma flexibilização incompatível com as regras jurídicas previstas e aplicadas ao instituto. A utilização imprecisa de expressões abertas não pode servir de fundamento para desconsiderar todo um sistema normativo em vigor.

Deve-se atentar para a função social do contrato como meio de circulação da riqueza, o que exige o estímulo a operações contratuais seguras e respeito às regras postas no ordenamento jurídico.

Ademais, a boa-fé objetiva concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizarem adequado tráfego negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio.

Porém, não se pode exigir a atuação de acordo com a boa-fé objetiva apenas para um dos contratantes, sob pena de se gerar desequilíbrio no contrato ao argumento da promoção de valores relevantes.

E o terceiro adquirente do imóvel deve agir com comportamento leal, de modo a estimular o tráfego negocial, não sendo viável buscar-se a vulnerabilidade de uma hipoteca regularmente constituída por meio dos mecanismos de publicidade previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Nesse contexto, não seria possível a manutenção do entendimento do STJ nos casos de hipotecas firmadas antes da promessa de compra e venda do imóvel com terceiro.

Nem mesmo a distinção entre contratos existenciais e contratos de lucro, acima apresentada, tem aplicabilidade a manter as bases do sistema de direito privado, pois, ainda assim, o uso da função social do contrato e da boa-fé objetiva poderia ser questionado.

Na verdade, o direito à moradia e sua centralidade e importância justificam em parte, apenas para as hipotecas firmadas após a promessa de compra e venda com terceiros, o entendimento que parece romper com as bases do sistema.

Por fim, cabe destacar que apenas o reconhecimento da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares e a relevância da efetivação do direito à moradia podem manter, ainda assim parcialmente, o entendimento da ineficácia da hipoteca firmada entre a instituição financeira e a incorporadora.

## CONCLUSÃO

A incorporação imobiliária é o negócio jurídico por meio do qual o incorporador promove e realiza a edificação de um prédio, vendendo a uma ou a mais pessoas frações ideais do terreno que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão construídas.

Sob outro ponto de vista, a incorporação imobiliária pode ser identificada com a captação de poupança popular realizada pelo incorporador para a construção de unidades autônomas em determinada edificação.

O reconhecimento da causa e dos motivos do contrato de incorporação imobiliária pode ter significativa influência na forma como o Poder Judiciário deve interpretar os conflitos decorrentes do negócio.

A causa da incorporação imobiliária de natureza residencial seria a transferência imobiliária mediante contraprestação de natureza econômica.

A principal característica do contrato de incorporação imobiliária é possibilitar a venda de coisa futura, ou seja: o incorporador realiza verdadeira captação de poupança popular no mercado mediante o pagamento antecipado do preço pelos adquirentes.

Como o adquirente está comprando uma unidade imobiliária autônoma que ainda não existe, deve estar ciente dos elevados riscos envolvidos na operação.

Apesar dos diversos riscos em se pagar um preço por imóvel que ainda se encontra em construção, não existe nenhuma estrutura estatal ou órgão de fiscalização dos incorporadores.

Não se pode aceitar que uma incorporadora – sem nenhuma regulação e fiscalização eficientes – faça lançamento de imóveis na planta, oferta pública de venda, anúncios, com estabelecimentos abertos ao público e corretores vendendo bem que ainda não existe, que será construído com as economias e os esforços de milhares de brasileiros que sonham com a casa própria pronta.

Apesar de ser relevante a ideia de criação de um órgão de fiscalização, devem-se compreender as dificuldades fáticas de implementação da proposta, que necessitaria de alterações legislativas e dotação orçamentária.

Com efeito, a adoção da solução acima apresentada criaria mais um custo para o Poder Público e para os agentes econômicos da iniciativa privada, podendo ser considerada uma verdadeira externalidade negativa.

Por configurar, em tese, uma externalidade negativa, mostra-se essencial, antes mesmo da adoção da medida regulatória, reconhecer a necessidade de aprimoramento dos contratos e, principalmente, tornar obrigatório o patrimônio de afetação.

Na ausência de avanço na questão referente a esse ponto, o legislador criou o patrimônio de afetação como tentativa de proteção ao adquirente de unidade imobiliária autônoma. Com o patrimônio de afetação da incorporação imobiliária, a massa patrimonial separada responde apenas pelas dívidas decorrentes da respectiva edificação; logo, não podem ser utilizados débitos gerais do incorporador.

Em razão da necessidade de proteção aos adquirentes de unidades autônomas, a jurisprudência consolidou entendimento que parece romper com as bases do sistema brasileiro, com desconsideração completa de institutos como a hipoteca.

O Superior Tribunal de Justiça consolidou, no enunciado da Súmula n.º 308, o entendimento de que “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”.

A função social do contrato é um dos institutos utilizados para justificar a posição jurisprudencial que torna ineficaz a hipoteca, em prestígio ao interesse do promissário comprador de unidade imobiliária autônoma em incorporação imobiliária.

Ocorre que a interpretação da função social não pode desconsiderar seu papel principal, que é o econômico, no sentido de possibilitar a circulação da riqueza com segurança jurídica, razão pela qual a função social não seria fundamento válido para sustentar o entendimento jurisprudencial.

A boa-fé objetiva é outra expressão utilizada pelos Tribunais para justificar a desconsideração da hipoteca firmada entre a instituição financeira e o incorporador.

Identificam-se três principais funções da boa-fé: a função hermenêutica, a função integrativa e a função corretiva.

A utilização da função interpretativa da boa-fé não deve ser conjugada com uma ideia de solidarismo que desconsidera os fins econômicos do contrato e desrespeita regras jurídicas expressas, como ocorreu com o entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça.

Já a função integrativa da boa-fé está intimamente ligada aos deveres de proteção ou deveres laterais. A boa-fé cria deveres de proteção e cuidado com a pessoa e com o patrimônio da contraparte, deveres de guardar sigilo e deveres ligados ao resguardo da esfera jurídica de terceiros eventualmente atingidos pelo negócio.

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ao levar a hipoteca a uma vulnerabilidade excessiva, em prejuízo da instituição financeira e do incorporador, desconsidera que os deveres criados pela boa-fé se aplicam a todos, inclusive ao adquirente de unidade imobiliária autônoma. Ao utilizar o dever de proteção próprio e mesmo em relação a terceiros, é razoável entender que o adquirente de unidade imobiliária autônoma deve se precaver no sentido de buscar, pelo menos, consultar a existência de hipoteca no imóvel que pretende adquirir.

Na função corretora, o juiz direciona as condutas para os padrões de licitude e efetiva o ajustamento do conteúdo do contrato. Apesar da relevância da função corretora, identificam-se, na prática, referências meramente formais à boa-fé objetiva, mesmo diante da existência de regra legalmente prevista para a espécie em julgamento. Não é possível, nesse particular, criar um entendimento através do sentimento de justiça, de forma assistemática, porém, e com afastamento de regras jurídicas postas.

A análise dos argumentos utilizados na fundamentação da Súmula n.º 308 do STJ demonstra que o entendimento rompe com as bases do sistema jurídico, não sendo sustentável.

Poder-se ia pensar em uma solução intermediária e que atende de modo razoável aos interesses de todos os envolvidos nas transações imobiliárias, por meio da classificação dos contratos em existenciais e de lucro; porém, estariam mantidos os problemas de aplicação incorreta de institutos do direito privado.

A única razão jurídica para a manutenção parcial do entendimento sumulado é a efetivação do direito à moradia, enquanto direito fundamental de segunda dimensão. A aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares tem estrita ligação com a preocupação em se criar uma ordem jurídica atenta aos problemas da sociedade contemporânea, que deve não somente utilizar o contrato para garantir a realização das atividades econômicas, mas também para promover a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

- AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris Editora, 2006.
- ALCARO, Francesco. **Causa del contrato: evoluzioni interpretative e indagini applicative**. Milano, Giuffrè, 2016.
- ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Posse: evolução histórica**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1997, v. 1.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- AREÁN, Beatriz. **Derechos reales**. 6 ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008. v. 2.
- ASCARELLI, Tullio. **Iniciación ao estudo do direito mercantil**. Sorocaba: Minelli, 2007a.
- ASCARELLI, Tullio. **Panorama do direito comercial**. Sorocaba: Minelli, 2007.
- ASCENÇÃO, José de Oliveira. **Direito civil: reais**. 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 832. p. 115-137, fev. 2005.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 797, p. 11-26, mar. 2002.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 775, p. 11-17, maio 2000.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado – Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento – Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para o inadimplemento do contrato. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BERLIOZ, Pierre. **La notion de bien**. Paris: LGDJ, 2007.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1994.

BETTI, Emilio. **Teoria geral do negócio jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 1969.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1951.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la proprietà**. Milano: Giuffrè, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Dalla struttura alla funzione – nuovi studi di teoria del diritto**. Milão: Edizioni di Comunità, 1977.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Função social dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRITO, Miguel Nogueira de. **A justificação da propriedade privada numa democracia constitucional**. Coimbra: Almedina, 2007.

BUONOCORE, Vincenzo. **Le nuove frontiere del diritto commerciale**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2006.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Incorporação imobiliária: ensaio de uma teoria geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPRARA, Andrea; TESCARO, Mauro. **Studi sul c. d. contrato di engineering**. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2016.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.

CEOLIN, Ana Caroline Santos. **O patrimônio sob a ótica do direito privado**. 2003. 172 f. Orientador: João Baptista Villela. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 923, p. 37, set. 2012.

COSTA, Judith Martin. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DEL MAR, Carlos Pinto. **Direito na construção civil**. São Paulo: Pini/leud, 2015.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

DUGUIT, Léon. **Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon**. Paris: Librairie Félix Alcan, 1920.

DUGUIT, Léon. **Las transformaciones del derecho: público e privado**. Buenos Aires: Heliasta, 1975.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos em serio**. 5. ed. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel Derecho, 2002.

EROLES, Pedro. **Boa-fé objetiva nos contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado**. Trad. Eduardo V. Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro: Da mercancia ao mercado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GALGANO, Francesco. **Diritto privato**. 17. ed. Vicenza: Wolters Kluwer Italia, 2017.

GAMBARO, Antonio. **Trattato di diritto privato – la proprietà**. Milão: Giuffrè, 1990.

GHESTIN, Jacques. **Le contrat dans le nouveau droit québécois et em droit français: principes directeurs, consentement, cause et objet**. Montréal: Institut de Droit Comparé – Faculté de Droit Université MacGill; Coop. Harpell, 1982.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GIUDICELLI, Gustavo Barbosa. **Dimensão objetiva dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

GLEIZE, Bérengère. **La protection de l'image des biens**. Paris: Defrénois, 2008.

GODOY, Claudio Luiz Bueno. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. Doutrinas essenciais de obrigações e contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, p. 1339-1353, jun. 2011.

GRAU, Eros. **A ordem econômica na constituição de 1988**. 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HADDAD, Luís Gustavo. **Função social do contrato: um ensaio sobre seus usos e sentidos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HALPÉRIN, Jean-Louis. **Histoire du droit des biens**. Paris: Économica, 2008.

IAMICELI, Paola. **Unità e separazione dei patrimoni**. Padova: Cedam, 2003.

IRTI, Natalino. **L'ordine giuridico del mercato**. 3. ed. Roma: Laterza, 2004.

JHERING, Rudolf Von. **Teoria simplificada da posse**. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel Editores, 2005.

JOSSERAND, Louis. **De l'esprit des droits et de leurs relativité**. Paris: Dalloz, 1939.

JOSSERAND, Louis. **Derecho civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa – América, 1950. t. 1, Vol. III.

LARENZ, Karl. **Derecho civil: parte general**. Trad. Miguiel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Colouste GulbenKian, 1983.

LEME, Lino de Moraes. A causa nos contratos. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 52, p. 72-79, 1957.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. **A propriedade como relação jurídica complexa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MARQUES FILHO, Vicente de Paula. **Incorporação Imobiliária & patrimônio de afetação**. Curitiba: Juruá, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manoel da Rocha. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2015.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. **Direito à moradia**. São Paulo: Atlas, 2011.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. A causa do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 14, p. 159-178, jan.-mar. 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A causa do contrato. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, ano 2, n. 4, out.-dez. 2013. Disponível em: <<http://civilistica.com/a-causa-do-contrato/>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

MORSELLO, Marco Fábio. Contratos existenciais e de lucro – análise sob a ótica dos princípios contratuais contemporâneos. In: **Temas relevantes do direito civil contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2012.

NEVES, Edson Alvisi; SANTOS, Fábio Roberto de Oliveira; SEPÚLVEDA, Fernanda. **Direito à moradia**. O papel da jurisdição na redistribuição do solo urbano. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

NUNES, Pedro Caetano. **Corporate governance**. Coimbra: Almedina, 2006.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Manual de corporate finance**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 712. p. 115-137, fev. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva **Condomínio e Incorporações**. São Paulo: Forense, 1965.

PEREIRA, Caio Mário da Silva **Condomínio e Incorporações**. 12. ed. São Paulo: Forense, 2016.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. 2. ed. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PETTER, Lafayette Josué. **Princípios constitucionais da ordem econômica**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 45.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2015.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1998.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

RULLI NETO, Antonio. **Função social do contrato**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 4. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2011.

SILVA, Bruno Mattos. **Compra de imóveis**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à moradia e de habitação: análise comparativa e suas implicações teóricas e práticas com os direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados**. São Paulo: Atlas, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato.** Coordenador: Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2008. Vol. X.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TOMASEVIUS FILHO, Eduardo. **Uma década de aplicação da função social do contrato: análise da doutrina e da jurisprudência brasileiras.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 940.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TRIMARCHI, Pietro. **Istituzioni di diritto privato.** 20. ed. Milano: Giuffrè, 2014.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da incorporação imobiliária: implementação do direito fundamental à moradia.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

VILLELA, João Baptista. O problema das lacunas do ordenamento jurídico e os métodos para resolvê-lo. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais,** Belo Horizonte, p. 221-230.

## REFERÊNCIA LEGISLATIVA

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm)>. Acesso em: 20 nov. 2017.

## REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 367, Recorrente: Irnack Carvalho do Amaral. Recorrido: Estado do Rio de Janeiro. Rel.: Ministro José de Jesus Filho, j. 16.12.1992, *DJ*, 08.03.1993.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 192.315, Recorrente: ENCOL S/A. Recorrido: José de Almeida Guedes. Rel.: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13.11.2001, *DJ*, 18.02.2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.582.318, Recorrente: Sérgio Machado Terra. Recorrido: CHL Desenvolvimento Imobiliário S/A. Rel.: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.09.2017, *DJe*, 21.09.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.490.802, Recorrente: Carlos Fukuda Nogueira. Recorrido: J. Martini Construtora e Incorporadora Ltda. Rel. Ministro Moura Ribeiro, j. 17.04.2018, *DJe*, 24.04.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.727.939, Recorrente: Direcional Taguatinga Engenharia LTDA. Recorrido: Maria Aparecida Moreira Cruz. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.09.2018, *DJe*, 17.09.2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 723.067, Recorrente: Amanda Cunha Souza. Recorrido: Antônio Pedro Sabedotti. Rel.: João Otávio de Noronha, j. 15.12.2009, *DJ*, 02.02.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 586.684, Recorrente: GD Empreendimentos Imobiliários S/A. Recorrido: SEN Urbanização e Construções Ltda. Rel.: Ministro Humberto Gomes de Barros, j. 01.06.2004, *DJ*, 14.06.2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 130.387, Recorrente: Marco Aurélio Valleta. Recorrido: RICON Comercial e Construtora LTDA. Rel.: Ministro Cesar Asfor Rocha, j. 06.04.2000, *DJ*, 29.05.2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.625.984, Recorrente: CANOPUS Empreendimentos e Incorporações LTDA. Recorrido: Condomínio do Bosque do Mosteiro. Rel.: Ministro Marco Buzzi, j. 25.10.2016, *DJ*, 04.11.2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.º 1.399.024, Recorrente: Liliana Maria Ferreira D'Azambuja Ramos. Recorrido: Construtora Aterpa LTDA. Rel.: Ministro Luis Felipe Salomão, j. 03.11.2015, *DJ*, 11.12.2015.