



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

ALESSANDRO MARINELLI DE OLIVEIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:
E A INFLUÊNCIA DA NOVA ORDEM CONTRATUAL**

Londrina
2012

ALESSANDRO MARINELLI DE OLIVEIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:
E A INFLUÊNCIA DA NOVA ORDEM CONTRATUAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Londrina
2012

**Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca
Central da Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

O48i Oliveira, Alessandro Marinelli de.

Incorporação imobiliária e a influência da nova ordem contratual /
Alessandro Marinelli de Oliveira. – Londrina, 2012.
190 f.

Orientador: Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador.

Dissertação (Mestrado em em Direito Negocial) - Universidade
Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa
de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Incorporação imobiliária – Teses. 2. Registro de imóveis –
Teses. 3. Direito de propriedade – Teses. 4. Contratos – Teses. I.
Espolador, Rita de Cássia Resquetti Tarifa. II. Universidade Estadual
de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 347.2

ALESSANDRO MARINELLI DE OLIVEIRA

**INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:
E A INFLUÊNCIA DA NOVA ORDEM CONTRATUAL**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora do curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina como requisito parcial para obtenção do título de mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Rita de Cassia Resquetti Tarifa
Espolador
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Vicente de Marques Paula Filho
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Adauto de Almeida Tomaszewski
UEL – Londrina - PR

Londrina, 29 de junho de 2012

Aos meus filhos, João e Miguel.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha orientadora, Profa. Dra. Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador, pelas valiosas orientações dadas.

Ao Prof. Dr. Aduino de Almeida Tomaszewski, por me receber em seu grupo de estudos e contribuir para a concretização desta dissertação.

Agradeço à minha mulher, Suzana, fonte de inspiração nos estudos.

Minha gratidão aos colegas e amigos do escritório, Dr. Júlio César Nalim Salinet, por partilhar comigo seus conhecimentos e pelo empréstimo de livros, ao Dr. Francisco Cesar Salinet e à Dra. Clarissa Lichiardi Salinet, pelo apoio constante e por atenderem as demandas cotidianas durante as minhas ausências.

Aos meus colegas de mestrado, em especial aos alunos Alberto Júnior Veloso, Bruno Ponich Ruzon, Bruno Quiquinato Ribeiro e Luciano Alves Rodrigues dos Santos, pela troca de materiais, de experiências, e pela criação de novos vínculos de amizade.

OLIVEIRA, Alessandro Marinelli de. **Incorporação Imobiliária: l'influenza del nuovo ordine contrattuale**. 2012. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012

RESUMO

A incorporação imobiliária encontra sua relevância socioeconômica na expansão dos centros urbanos, no crescimento do mercado imobiliário, na falta de habitação, na alta do preço dos imóveis, e, mais presentemente, nos estímulos do governo federal à habitação urbana. Pretendeu-se neste trabalho, discutir as repercussões jurídicas na Lei das Incorporações à luz da nova ordem contratual. Para tanto, foi necessário investigar, inicialmente, quais eram os princípios fundamentais da teoria contratual clássica e quais eram as verdades primeiras que eles expressavam. Analisaram-se as diretrizes que norteavam o Código Civil vigente e as repercussões havidas de seus princípios sociais que tencionavam funcionalizar a propriedade, impor uma conduta honesta aos contratantes e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres contratuais. Posteriormente, foi definida a incorporação imobiliária e os contornos do instrumento que a regula. Por último, foi investigada a aplicabilidade das normas protetivas da relação de consumo às incorporações imobiliárias, e quais seriam as suas contribuições para a concretização dos valores expressados por essa nova ordem contratual. Investigou-se a repercussão da conexidade dos negócios jurídicos que se encerram na incorporação e analisou-se o regime de afetação na incorporação imobiliária. Foi possível aferir que foram introduzidos novos preceitos contratuais, expressados nas cláusulas-gerais de boa-fé objetiva e de função social. Os princípios clássicos não foram antagonizados, mas mitigados. A incorporação imobiliária é negócio jurídico que se formaliza pela coligação de contratos distintos. Tanto a incorporação sob o regime de construção por empreitada, quanto o de administração, impõem ao incorporador deveres típicos da cláusula geral da boa-fé objetiva, notadamente do dever lateral de informação e à equivalência material das prestações. A doutrina resiste à aplicação da Teoria da Imprevisão à incorporação imobiliária, seja em favor do adquirente de unidade imobiliária, no caso de aumento de salário ou inflação, seja em favor do incorporador, diante da alteração dos insumos e serviços no mercado. Em relação à cláusula de perdimento, formou-se o consenso de que o embate entre a obrigatoriedade da convenção deve ceder espaço ao dever do julgador de reduzir equitativamente a cláusula penal iníqua. A propriedade horizontal, de importância meramente instrumental, legitima-se pela função social, tal como a propriedade individual. A aplicação da Lei das Incorporações não deu os resultados esperados pelo legislador, diante da resistência do incorporador em registrar o empreendimento. A despeito do registro, tem-se entendido que o negócio não é nulo, mas suscetível de resolução, defraudada na legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte. Considerando-se que só é possível a existência legal da unidade imobiliária se a construção tiver sido averbada e sua individualização assentada no Registro de Imóveis, é possível cogitar que a inobservância ao dever de registro de incorporação, que obsta a sua finalidade, torna o contrato ineficaz. O código consumerista reforça aquilo que já é determinado pela Lei nº 4.591/64 em relação aos efeitos obrigacionais da publicidade, e às práticas e cláusulas contratuais abusivas, no entanto, traz importante contribuição com a reelaboração da disciplina

da garantia. A incorporação imobiliária abrange distintos atos e negócios jurídicos coligados que se reúnem para um só fim. Tal caracterização importa na interpretação sistemática de todos os contratos, na contaminação (de invalidades e de ineficácias) de um contrato em relação a outro, bem como na responsabilidade contratual para as ações entre os cocontratantes. O advento da Lei 10.931/2004 trouxe à incorporação o regime de afetação, um instrumento de proteção aos adquirentes que torna o contrato de incorporação mais justo, compatível com a nova ordem contratual, na medida em que aqueles que contribuíram para a formação do acervo patrimonial da incorporação não sofrerá os revezes da crise patrimonial alheia.

Palavras-chave: Contratos. Incorporação imobiliária. Propriedade horizontal. Conexidade. Afetação.

OLIVEIRA, Alessandro Marinelli de. **Incorporation Imobiliaria**: the influence of the new contractual order. 2012. 190 f. Dissertation (Master's degree in Law Negotiation) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

ABSTRACT

The incorporation imobiliaria is its relevance in the socioeconomic growth of urban centers, the growth of the housing market, the housing shortage, the big price of incorporation imobiliaria, and more present in stimulus from the federal government to the urban housing. It was intended in this paper, discuss the legal implications of the Megers Act in the light of the new contractual order. Therefore, it was necessary to investigate, first, what were the fundamental principles of classical contract theory and what were the primary truths they express. We analyzed the guidelines that shaped the Civil Code and the repercussions incurred their social principles they intended to functionalize the property, impose an honest contractors and preserve the equilibrium real contractual rights and obligations. It was later defined the real estate and the contours of the instrument that regulates. Finally, we investigated the applicability of the protective ratio of consumption to real estate development, and what are their contributions to the achievement of the values expressed by the new contractual order. We investigated the effect of the connectedness of legal transactions that will close the merger and analyzed the system of allocation in real estate. It was possible to infer that introduced new contractual provisions, expressed in terms of general objective good faith and social function. The classical principles were not antagonized but mitigated. The real estate business is legal is formalized by coalition of separate contracts. Both incorporation under the regime of construction under contract, and the administration, to impose developer duties typical of the general clause of good faith objective, notably the duty side information and the material equivalence of benefits. The doctrine resists application of Unpredictability of Theory to incorporation imobiliaria in favor of purchaser of real estate unit, in the case of salary increase and inflation, is in favor of the developer, before the change of inputs and services to market. Regarding the forfeiture clause, formed a consensus that the conflict between the requirement of the Convention must give way to the duty of the judge to reduce the penalty clause equally unjust property. The enforcement of the Megers Act did not yield the expected results by the legislature, on the strength of the developer to register the project. Despite the record, it has been understood that the business is not null, but susceptible of resolution, defrauded legitimate expectation on the lack of compliance by the counterparty. Considering that it is only possible to the legal existence of the real estate unit if the building has been annotated and its individualization seated in the Property Registry, you can contemplate that breach the duty of registration of incorporation, wich precludes its purpose, makes the contract ineffective. The code consumerist reinforces what is already determined by Law nº 4.591/64 dividend in relation to the effects of advertising, and practices and unfair contract terms, however, brings an important contribution to the rethinking of the discipline of security. The real estate development encompasses different legal acts and business associates to gather for one purpose. Such characterization matter in systematic interpretation of all contracts and contamination (of nullity and inefficiencies) a contract in relation to another, as well as contractual liability for the actions among co-contractor. The enactment of

Law 10.931/2004 brought to the merger agreement fairer, compatible with the new contractual order, to the extent that those who contributed to the formation of the net assets the merger will not suffer the setbacks of the crisis alien sheet.

Keywords: Contracts. Incorporation imobiliaria. Freehold. Connectivity. Affectation.

OLIVEIRA, Alessandro Marinelli de. **L'incorporazione immobiliare: e a influência da nova ordem contratual.** 2012. 190 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

RIASSUNTO

L'incorporazione immobiliare trova la sua rilevanza socio economica nello svolgimento dei centri urbani, nella crescita del mercato immobiliare, nella mancanza di abitazione, nell'elevazione del prezzo degli immobili e, più adesso, negli stimoli al governo federale all'abitazione urbana. Si è preteso in questo lavoro, discutere le ripercussioni giuridiche nella Legge degli Incorporazioni alla luce del nuovo ordine contrattuale. Per tanto, è stato necessario investigare, inizialmente, quali erano i principi fondamentali della teoria contrattuale classica e quali erano le prime verità che loro esprimevano. Si è analizzato le direttrici che orientavano il Codice Civile vigente e le ripercussioni che hanno avuto dei suoi principi sociali che progettavano di tornare funzionale la proprietà, imporre una condotta onesta ai contrattanti e preservare l'equilibrio reale dei diritti e doveri dei contrattanti. Posteriormente, è stata definita l'incorporazione immobiliare e i contorni degli strumenti che la regola. Per ultimo, è stata investigata l'applicabilità delle norme protettive della relazione di consumo alle incorporazioni immobiliare, e quali sarebbero le sue contribuzioni per le concretizzazioni dei valori espressi per questa nuova ordine contrattuale. Si è investigata la ripercussione della connesità dei negozi giuridici che se chiudono nell'incorporazione e se ha analizzato il regime di affettazione nell'incorporazione immobiliare. È stato possibile verificare che sono stati introdotti nuovi precetti contrattuali, espressati nelle clausole generali di buona fede oggettiva e di funzione sociale. I principi classici non sono stati contrari, ma mitigati. L'incorporazione immobiliare è negozio giuridico che si formalizza per il collegamento di contratti distinti. Tanto il collegamento sotto il regime di costruzione per appalto, quanto quello dell'amministrazione, impone all'incorporatore dovere laterale tipico della clausola generale di buona fede oggettiva, in particolari di del dovere laterale d'informazione e all'equivalenza materiale delle prestazioni. La dottrina resiste all'applicazione della Teoria dell'Imprevedibilità all'incorporazione immobiliare, sia in favore dell'acquirente dell'unità immobiliare, nel caso di aumento di stipendio o inflazione, sia in favore dello sviluppatore, davanti all'alterazione dei fattori di produzione e servizi nei mercati. A proposito della clausola di perdita, si è formato il consenso di che il conflitto tra l'obbligo della convenzione deve concedere spazio al dovere del giudice di ridurre con equità la clausola penale iniqua. La proprietà orizzontale, d'importanza meramente strumentale, è legittimata per la funzione sociale, come proprietà individuale. L'applicazione della Legge delle Incorporazioni non ha dato i risultati sperati dal legislatore, davanti alla resistenza dello sviluppatore per registrare l'impresa. Nonostante il registro, si è capito che il negozio non è nullo, ma suscettibile di risoluzione, defraudato nella legittima attesa per la mancanza di conformità con controparte. Considerandosi che solo è possibile l'esistenza legale dell'unità immobiliare se la costruzione è stata approvata e la sua individuazione scritta nella Conservatoria dei Registri Immobiliari, è possibile cogitare che l'inosservanza al dovere del registro d'incorporazione, che impedisce la sua finalità, stipula un contratto privo di effetti. Il Codice del Consumo rafforza quello che già è stabilito per la Legge n. 4.591/64, sugli effetti obbligazionari dalla pubblicità, e

le pratiche e clausole abusive dei contratti, tuttavia, porta contributo importante con la rielaborazione della disciplina della garanzia. L'incorporazione immobiliare comprende vari atti giuridici e soci in affari che se riuniscono per un solo fine. Tale caratterizzazione importa in un'interpretazione sistematica di tutti i contratti e contaminazioni (da invalidità e l'inefficienza) di un contratto in relazione ad un altro, così come responsabilità contrattuale per le azioni delle parti contraenti. L'avvento della Legge 10.931/2004 ha portato all'incorporazione il regime di affettazione, strumento di protezione agli acquirenti che rende il contratto più equo, compatibile con il nuovo assetto contrattuale, nella misura in cui quelli che hanno contribuito alla formazione della massa patrimoniale d'incorporazione non soffre i rovesci dalla crisi patrimoniale dello sviluppatore.

Parole chiave: Contratti. Incorporazione immobiliare. Proprietà orizzontale. Connessione. Affettazione.

SUMÁRIO

I	INTRODUÇÃO	13
PARTE I – EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL		
1	PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DO DIREITO CONTRATUAL	16
1.1	OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO	19
1.2	SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA	21
1.3	AUTONOMIA DA VONTADE	22
2	TRANSFORMAÇÃO DA CONCEPÇÃO JURÍDICA	25
2.1	CÓDIGO DE NAPOLEÃO	25
2.2	CÓDIGO CIVIL ALEMÃO (BGB)	28
2.3	INTERVENÇÃO ESTATAL E CRISE DO CONTRATO	29
3	TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA NO BRASIL	34
3.1	ATUAL PAPEL DA VONTADE	38
3.2	BOA-FÉ OBJETIVA	41
3.3	FUNÇÃO SOCIAL	43
3.4	EQUIVALÊNCIA MATERIAL	46
PARTE II – A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA		
1	CARACTERIZAÇÃO	50
2	CONTRATO DE INCORPORAÇÃO	53
2.1	OBJETO	53
2.2	PARTES	56
2.3	FORMA	61
2.4	NATUREZA JURÍDICA	63
2.5	FORMAÇÃO	68
2.6	OBRIGAÇÕES E DIREITOS DOS CONTRATANTES	69
2.6.1	Obrigações e direitos do incorporador	70
2.6.2	Obrigações e direitos dos adquirentes	78
2.7	REGIMES DE CONSTRUÇÃO	80
2.7.1	Empreitada ou preço fechado	81
2.7.2	Administração ou preço de custo	82

3	EXTINÇÃO	86
4	SANÇÃO	97
PARTE III – A INFLUÊNCIA DA NOVA ORDEM CONTRATUAL		
1	PROPRIEDADE	99
1.1	FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE	99
1.2	CONDOMÍNIO COMUM	103
1.3	PROPRIEDADE HORIZONTAL	105
1.3.1	Fração Ideal	108
1.3.2	Propriedade Exclusiva	109
1.3.3	Propriedade Comum	110
2	REGISTRO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	112
2.1	OBRIGATORIEDADE E DISPENSA	112
2.2	DESRESPEITO À OBRIGAÇÃO LEGAL	116
2.3	CAUSA FINAL E FUNCIONALIZAÇÃO	123
3	INCORPORAÇÃO E CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	128
3.1	APLICABILIDADE, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS	128
3.2	INCORPORAÇÃO SOB A PERSPECTIVA CONSUMERISTA	134
3.3	CONEXIDADE	145
4	REGIME DE AFETAÇÃO	153
4.1	INTRODUÇÃO	153
4.2	OS RISCOS DE INSOLVÊNCIA DO INCORPORADOR	154
4.3	TEORIA DA AFETAÇÃO E SUA APLICAÇÃO ÀS INCORPORAÇÕES	157
III - CONSIDERAÇÕES FINAIS		160
REFERÊNCIAS		165
ANEXO		175

I INTRODUÇÃO

O dirigismo estatal nas relações econômicas e o solidarismo que preponderou na política contemporânea modificaram a concepção tradicional do contrato, então considerado como puro acordo de vontades, bem como o papel da própria vontade dos contratantes. O contrato *gré à gré*, bilateral, paritário, baseado na irrestrita liberdade contratual, já não se assemelha às modalidades contemporâneas de contratação.

Admitido como instrumento essencial à circulação de riquezas, de colaboração entre as pessoas e o progresso, o contrato foi revisado, com a introdução de novos preceitos. Salvou-se o contrato e salvou-se também a própria liberdade contratual, que passou a coexistir com outras liberdades em cooperação. A anunciada crise do contrato fundava-se, pois, na concepção inadequada do instituto.

Com o advento do Código Civil de 2002, houve a superação de um diploma legal marcado pela lógica proprietária, pelo individualismo exacerbado. Voltado à diretriz da socialidade, o Código Civil vigente carrega consigo a ideologia da terceira fase histórica do Estado Moderno, um Estado Social que prestigia uma carga de valores também social, expressada no princípio da função social, da boa-fé objetiva, e, finalmente, no princípio da equivalência material.

A incorporação imobiliária, negócio jurídico coligado caracterizado por atos e negócios jurídicos distintos, foi regulada pela vetusta Lei Federal nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964, por sua vez sancionada durante o governo do Marechal Castello Branco. O contrato de incorporação continua a se destacar, desde então, por vários motivos, dentre eles, a expansão dos centros urbanos, o êxodo rural, o crescimento da população e do mercado imobiliário, a falta de habitação, a alta do preço dos imóveis, e, mais presentemente, os estímulos do governo federal ao financiamento da habitação urbana. A questão que se propõe é a de saber se a Lei das Incorporações está alinhada à nova ordem contratual.

É preciso, pois, delinear o que vem a ser essa nova ordem contratual. Para tanto, é necessário investigar quais eram os princípios norteadores da teoria contratual clássica, como a obrigatoriedade das convenções, radicada no aforisma *pacta sunt servanda*, na supremacia da ordem pública e na autonomia da vontade, bem como quais eram as verdades primeiras que eles expressavam.

A transição entre o estado liberal e o estado social foi marcada por transformações socioeconômicas associadas ao mercantilismo. Essas alterações também foram manifestadas, com vigor, nos contratos e no seu conjunto de princípios informadores. E para entender tais variações pelas quais passaram a concepção jurídica do contrato, é necessária a análise do Código de Napoleão e do Código Civil Alemão, influentes no ordenamento jurídico pátrio, notadamente no direito patrimonial, o que se dará na primeira parte desta dissertação.

Também na primeira parte serão analisadas as diretrizes que norteiam o Código Civil de 2002 e quais são as repercussões havidas de seus princípios sociais que tencionam funcionalizar a propriedade, que impõem a conduta de honestidade, probidade e a lealdade do homem médio na execução de suas obrigações contratuais, e, finalmente, e as que reclamam a realização e a preservação do equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, na harmonização de interesses.

Identificados os valores expressados por essa nova ordem contratual, e acolhidos pelo Código Civil vigente, será o caso de analisar como as suas cláusulas gerais, aplicáveis a todos os contratos, repercutem no negócio jurídico incorporativo, e se a lei que a regula se mostra suficiente para ordenar as complexas relações que caracterizam os negócios jurídicos contemporâneos.

Devem ser definidos, na segunda parte desta dissertação, o que vem a ser incorporação imobiliária e quais os contornos do instrumento que a regula, para que se possa saber se o instituto protege adequadamente o adquirente das unidades autônomas antes, durante e após o seu trânsito contratual, como exige a boa fé e a equivalência material das prestações, notadamente em relação à eventual aplicação da teoria da imprevisão e da imposição da cláusula de perdimento aos aderentes.

A funcionalização da propriedade imóvel privada e a consequente funcionalização da propriedade horizontal, a sua constituição por intermédio do registro da incorporação imobiliária em atendimento à causa do negócio jurídico incorporativo qual seja, a de aquisição, em regime especial de condomínio, de bem imóvel no mesmo edifício ou em conjuntos de edifícios -, sem colocar em risco o patrimônio dos pretensos adquirentes, agora em sintonia com a funcionalização da propriedade, serão objetos da terceira parte do trabalho.

Também no terço final da dissertação será investigada a aplicabilidade das normas protetivas da relação de consumo às incorporações imobiliárias, e quais seriam as suas contribuições para a concretização dos valores expressados por essa nova ordem contratual no instrumento que regula o negócio, com especial relevo aos efeitos – interpretação, contaminação e responsabilização - derivados do coligamento dos contratos que tipicamente compõem o negócio jurídico incorporativo.

Finalmente, ainda para investigar a repercussão dos princípios sociais no negócio jurídico incorporativo, analisar-se-á o regime de afetação na incorporação imobiliária de acordo com a Lei nº 10.931/2004, importante instrumento de fracionamento e vinculação do acervo de bens e direitos de um empreendimento, com vistas a assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades, em prestígio à justiça e à função social da propriedade.

PARTE I

EVOLUÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL

1 PRINCÍPIOS CLÁSSICOS DO DIREITO CONTRATUAL

A contratação ou contratualidade e o progresso seguem, na história, uma interligada curva ascendente.¹

Em uma época marcada por forte sentido individualista e liberal, a figura do contrato já foi utilizada para explicar ou edificar instituições jurídicas das mais diversificadas natureza e teve no individualismo liberal sua fase de ouro². Desde a própria construção do Estado, baseada no “contrato social”, ou a ordenação do mundo internacional, assente em tratados de essência contratualista, até à imposição de sanções penais, aceitas de antemão por quem haveria de sofrê-las; e, não menos, nas áreas do direito privado, desde o casamento, encarado como acordo de vontades entre os que o celebra, até aos direitos reais, alicerçados numa espécie de pacto que vincula ao seu respeito.³

Ao referido apogeu, seguiu-se o que se caracteriza como uma espécie de crise ou decadência, cuja gênese é procurada no intervencionismo estatal e na exaltação do sentido de comunidade. Apontam-se certos sinais, com destaque para o facto de diversas instituições se haverem emancipado do pressuposto contratual que as tutelava, tanto no campo do direito público como na esfera do direito privado, e para a revisão do conceito de contrato, que se intenta reconstruir sobre novas bases, inspiradas em critérios sociais.⁴

A publicização ou socialização do direito privado se verifica, em especial, no terreno dos contratos. Mas não poderá concluir-se coisa diversa do que a abertura de modernos horizontes ao instituto, no âmbito da prática e da teoria. Basta observar a pujança da circulação de riquezas que caracteriza o nosso tempo, como causa e efeito de demandas reprimidas e de novos incentivos econômicos,

¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12 ed. rev. e act., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 201-214.

² Aquilo que Josserand chamou de “a idade do ouro” da liberdade contratual. In: JOSSERAND, Louis. *Le contrat dirigé. Recueil Hebdomadaire*, n. 32, chronique, 1933, p. 19.

³ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12 ed. rev. e act., Coimbra: Almedina, 2009, pp. 201-214.

⁴ *Idem.*

como a que se observa no mercado imobiliário brasileiro⁵, para reconhecer no contrato um instrumento de colaboração entre as pessoas e do progresso, instituto esse que continua a fascinar e despertar opiniões antagônicas, como anota Antônio Pinto Monteiro:

De figura incensada no século XIX à figura profundamente criticada no século XX, o contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências econômicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época [...] De “invenção admirável”, a “frasco de perfume vazio”; de mecanismo privilegiado do relacionamento econômico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidade – eis alguns dos juízos antagônicos que o contrato suscita. Porventura residirá aí algo de seu fascínio⁶.

A constituição da doutrina dos contratos como produto extremo da lógica jurídica representa o termo de uma evolução, através da qual foram sendo eliminadas normas e restrições sem fundamento racional, ao mesmo tempo em que se criavam princípios⁷ flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, sem quebra do sistema⁸.

⁵ “O crescimento do setor imobiliário no Brasil tem sido notável. Depois de quase duas décadas de estagnação, o lançamento de novas unidades prosperou nos últimos dois anos. Passou de menos de 100 mil em 2000 para mais de 650 mil em 2009. Em 2010, os cálculos apontam para até 800 mil unidades. A estabilidade econômica e os avanços regulatórios podem levar o mercado de imóveis do país a ser um dos mais dinâmicos no mundo”. In: Expansão Imobiliária. Editorial. Folha de São Paulo. 24 de março de 2010. Opinião. Caderno A2.

⁶ PINTO MONTEIRO, Antônio. In: _____. *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21.

⁷ A ideia de princípio adotada aqui é aquela formulada por Luís-Diez Picazo e outros, repercutida entre nós por Paulo Bonavides: “[...] deriva da linguagem da geometria, ‘onde designa as verdades primeiras’. Logo acrescenta o mesmo jurista que exatamente por isso são ‘princípios’, ou seja, ‘porque estão ao princípio’, sendo ‘as premissas de todo um sistema que se desenvolve more geométrico’. [...] são verdades objetivas, nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. [...] têm os princípios, de um lado, ‘servido de critério de inspiração às leis ou normas concretas desse Direito Positivo’ e, doutro, de normas obtidas ‘mediante um processo de generalização e decantação dessas leis’. Ou ainda, apoiado em F. de Clemente: ‘Princípio de direito é o pensamento diretivo que domina e serve de base à formação das disposições singulares de Direito de uma instituição jurídica, de um Código ou de todo um Direito Positivo’. E ainda, inspirado em Crisafulli: ‘Princípio é, com efeito, toda norma jurídica, enquanto considerada como determinante de uma ou de muitas outras subordinadas, que a pressupõem, desenvolvendo e especificando ulteriormente o preceito em direções mais particulares (menos gerais), das quais determinam, e portanto resume, potencialmente, o conteúdo: sejam, pois, estas efetivamente postas, sejam, ao contrário, apenas dedutíveis do respectivo princípio geral que as contém’, e, finalmente, segundo Guastini: ‘o vocábulo princípio se refere a normas providas de um alto grau de generalidade’ [...] indeterminação, e que por isso requerem concretização por via interpretativa, sem a qual não seriam suscetíveis de aplicação a casos concretos; [...] refere-se a normas de caráter programático;

Toda essa evolução está terminada, em suas linhas e princípios gerais, no fim do século XVIII, e se traduz nas codificações do século seguinte, que deram normas ao surto econômico do capitalismo moderno. Não há exagero em dizer que o direito contratual foi um dos instrumentos mais eficazes da expansão capitalista em sua primeira etapa, como o direito das sociedades, especialmente das sociedades por ações, seria o instrumento da segunda etapa, caracterizada pela concentração econômica, pelo desenvolvimento pleno do mercado de capitais e pelas grandes empresas.⁹ Em suma, o direito contratual do início do século XIX:

[...] forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses; aumentou, pela eliminação quase completa do formalismo, o coeficiente de segurança nas transações; abriu espaço à lei da oferta e da procura, levantando as restrições legais à liberdade de estipular; e se é certo que deixou de proteger os socialmente fracos, criou oportunidades amplas para os socialmente fortes, que emergiram de todas as camadas sociais, aceitando riscos e fundando novas riquezas¹⁰.

Apoiado em Francesco Messineo, Francesco Ferrara, Ansom, Jossierand, Planiol-Rippert, A. von Thur e outros, San Tiago Dantas¹¹ leciona que, em sua forma evolutiva final, o direito dos contratos fundou-se sobre três princípios¹², quais sejam: a) sobre o princípio da autonomia da vontade, que se

[...] normas, cuja posição na hierarquia das fontes de Direito é muito elevada [...] que desempenham função importante e fundamental no sistema jurídico ou político unitariamente considerado, ou num ou noutro subsistema do sistema jurídico conjunto (o Direito Civil, o Direito do Trabalho, o Direito das Obrigações); [...] normas dirigidas aos órgãos de aplicação, cuja específica função é fazer a escolha dos dispositivos ou das normas aplicáveis nos diversos casos.” In: BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 255-258.

⁸ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. Evolução Contemporânea do direito contratual: dirigismo e imprevisão. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 544-557. v. 195, ano 41, jan./1952.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

¹² Outros juristas fazem referência ainda à relatividade da obrigação, como princípio fundamental do direito contratual, e que por sua vez impede que uma pessoa possa ser atingida pelos efeitos internos de um contrato do qual não participou. Segundo Limongi França, a formulação da regra é muito mais antiga: “Devêmo-la a Quintus Mucius Scaevola, a nosso ver o iniciador do período áureo do Direito Romano (elevado a Cônsul em 89 a. C.), para qual já era claro que não pode alguém, por si, obrigar a outrem, nem mediante pacto, nem por meio de contrato perfeito, nem através de estipulação – *nec pasciendo, nec legem dicendo, nec stipulando, quisquem alteri cavere potest*”. In: FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 716; também o admite como princípio fundamental do contrato Orlando Gomes, para quem “o princípio da relatividade dos contratos governa a sua eficácia. Trata-se de regra geral que, mais precisamente, delimita o campo de aplicação dos contratos. Sua formulação foi feita em termos claros e concisos ao se dizer que o contrato é *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest*, o que significa que os seus efeitos se produzem exclusivamente entre as partes, não aproveitando nem prejudicando aos que lhe são estranhos.” In: GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 44.

traduz na liberdade conhecida às partes de estipular o que lhes convier, fazendo de sua convenção uma verdadeira norma jurídica e na liberdade de contratar; b) sobre o princípio da supremacia da ordem pública, que se traduz nos limites e censuras de ordem jurídica e moral e no estabelecimento de normas específicas de caráter imperativo; e, finalmente, c) sobre o princípio da obrigatoriedade das convenções, limitadas pela escusa de força maior, que traduz a obrigatoriedade no cumprimento daquilo que as partes, por mútuo acordo, estipularam e aceitaram, radicado no aforisma *pacta sunt servanda* e sob pena de execução patrimonial¹³.

Passar-se-á à análise de cada um dos princípios tidos pela teoria de San Tiago Dantas como fundamentais à teoria contratual clássica, que logo depois serão cotejadas com os princípios informadores da nova teoria contratual brasileira, em especial os princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio contratual, tudo a fim de revelar a coexistência de ambos os conjuntos principiológicos, os primeiros, liberais, mitigados pelos demais, os sociais.

1.1 OBRIGATORIEDADE DA CONVENÇÃO

Em relação à obrigatoriedade da convenção, reconhecível pelo brocardo *pacta sunt servanda*, anote-se a influência do direito canônico¹⁴. Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas do Direito Romano animadas de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía pecado (*peccatum*), faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os jurisconsultos canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobre tudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento.¹⁵

Para Darcy Bessone¹⁶, no comércio humano, a declaração de vontade é instrumento natural e indeclinável. Para ser eficaz, porém, é necessário que seja obrigatória sempre que possa afetar interesses alheios. O contrato sempre

¹³ Idem.

¹⁴ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 8.

¹⁵ PEREIRA, Caio Mário. *Instituições de Direito Civil*. fonte das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 17.

¹⁶ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 99.

os afeta. A declaração unilateral nem sempre. Mas, se os afetar, será imprescindível que o seu cumprimento possa ser compelido *manu militari*.

A sanção é essencial à segurança das declarações jurídicas, pois quem é beneficiário de uma promessa deve poder contar com a sua execução. Para Bessone, estaria aí “uma razão ou necessidade social justificativa da obrigatoriedade das declarações que afetem ou possam afetar interesses alheios e, por consequência, do contrato, que sempre os afeta”.¹⁷

A escusa da obrigatoriedade estaria, no entender de Limongi França, na cláusula *rebus sic stantibus*, que por sua vez tinha seu fundamento “na desigualdade superveniente das obrigações contratadas e consequente enriquecimento ilícito de uma das partes”. No entanto, tal ideia deveria, ainda segundo o jurista, e de acordo com os paradigmas daquela época, “se opor à da necessidade da estabilidade dos negócios, fator de paz e segurança social”.¹⁸

O atual Código Civil mitigou a força obrigatória dos contratos, favorecendo, em certos pontos, a parte economicamente mais fraca, subordinando o cumprimento do contrato à sua função social, aplicando-se o princípio do *favor debitoris*, em favorecimento do devedor, também no sentido de que este não deve ser levado à ruína, cumprindo o contrato, que a ele tornou-se insuportável, ante, por exemplo, a lesão enorme¹⁹.

O afrouxamento autorizaria o enriquecimento sem causa. A sua intangibilidade, contribuiria para a cristalização de injustiças odiosas. Por isso a subsunção da força obrigatória à função social, suprapartes, a fim de a lei não placite iniquidades, para favorecer um em detrimento de outro.

¹⁷ Idem.

¹⁸ FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 716.

¹⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 14. O mesmo autor, em outro artigo, especifica como se configura a lesão enorme, ligando-o não só à função social, mas também à comutatividade: “[...] é melhor usar o princípio da onerosidade excessiva, [...] porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio do contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes. Com essa lesão objetiva, um dos contratantes só tem benefícios e o outro, só desvantagens, o que configura, em linhas gerais, a *laesio enormis* do Direito Romano, quebrando-se o princípio fundamental dos contratos: o da comutatividade”. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*. Editora Notadez, Porto Alegre, v. 308, p. 8-26, jun/2003.

1.2 SUPREMACIA DA ORDEM PÚBLICA

A supremacia da ordem pública trata do princípio por força do qual a liberdade contratar não deve colidir com os interesses da ordem pública. Limongi França, que já percebia que “a ingerência pública na vida privada vai caminhando num crescendo”, anota:

Os novos princípios definidos pelo Direito Especial e pela ideia de utilidade pública e interesse social são o fulcro básico desse natural envolver do Direito, no sentido de se munir de meios para a consecução do bem comum [...] A autonomia da vontade encontra limite nos interesses da ordem pública, definidos em lei. Da lei, portanto, depende a maior ou menor hegemonia estatal, no que tange à liberdade de contratar, sempre com vistas para o bem comum.²⁰

Para Pedro Arruda França²¹, o interesse público, preponderando sobre o particular, é um obstáculo à liberdade das convenções. Invocando tal interesse, e limitando a vontade de contratar, interferem na vontade das partes no contrato, ou melhor, restringe a autonomia da vontade impedido as estipulações contrárias à moral, à ordem pública e aos bons costumes, às quais não ficam subjugadas à vontade das partes, o que decorreria do direito natural²².

Hoje, com a intervenção do Estado, que edita normas de ordem pública, exige uma verdadeira orientação no campo dos contratos, no sentido de encaminhar as partes para princípios equitativos, com preocupação estreita de proteger a parte economicamente fraca na relação jurídica contratual. É o dirigismo contratual, que impõe à vontade egoísta, individual, na salvaguarda do interesse coletivo²³.

²⁰ FRANÇA, R. Limongi. Instituições de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 715.

²¹ FRANÇA Pedro Arruda. Contratos Atípicos, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 24.

²² RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 14. O doutrinador dá como exemplo de leis de ordem pública, que afirmam a supremacia do Estado perante a liberdade das vontades: a) leis que consagram ou salvagam o princípio da liberdade e da igualdade dos cidadãos, e principalmente as que estabelecem o princípio da liberdade de trabalho, de comércio e de indústrias; b) as leis relativas a certos princípios de responsabilidade civil, ou a certas responsabilidades determinadas; c) leis que asseguram ao operário proteção principal; d) as leis sobre o estado e a capacidade das pessoas; e) as leis sobre o estado civil; f) certos princípios básicos do direito hereditário, como os relativos à legítima e à proibição de pactos sobre a sucessão futura; g) as leis relativas à composição do domínio público; h) os princípios fundamentais do direito de propriedade; i) as leis monetárias.

²³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009. p. 13.

Não é nova a intervenção do Estado na vontade das partes no direito imobiliário. Basta lembrar-se da fixação, por lei, de cláusula penal moratória nos contratos de compra e venda de lotes urbanos, limitadas à razão de 10% (art. 26, V, da Lei nº 6.766/79), ou ainda a necessidade do credor-loteador interpelar pessoalmente o adquirente de lote remisso, em que pese o contrato de compra e venda de lote urbano, que tem seu conteúdo mínimo regulado por lei, traga o preço, o prazo e o local para o cumprimento das obrigações pecuniárias do comprador (art. 26, IV), tal como se dá na incorporação (art. 63, § 1º, da Lei 4.591/64), tudo a fim de preservar a funcionalização da propriedade.

1.3 AUTONOMIA DA VONTADE

A autonomia da vontade é princípio por força do qual as partes tem ampla liberdade para contratar, sendo de se assinalar que se caracterizou por dominar as estruturas individualistas²⁴. Assim, dispõe o Código de Napoleão, art. 1.134: *“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”*. Disposição semelhante carrega o Código Civil Italiano de 1942, em seu art. 1.372: *“Il contratto ha forza di legge tra le parti”*.

Sem a manifestação da vontade autônoma - desprovida de qualquer meio de coerção física e psíquica - e séria não há contrato. É por intermédio do princípio da autonomia da vontade que o sujeito pode decidir se contrata ou não com alguém, e não apenas isso: “o sujeito de direito pode ainda escolher o que contratar, com quem contratar e em que termos contratar”.²⁵

Distinga-se a autonomia da vontade da autonomia privada. A primeira tem conotação mais subjetiva, psicológica, enquanto que a segunda marca o poder da vontade de modo objetivo, concreto e real.²⁶ Nesse mesmo sentido, são os escólios de Ana Prata, para quem a autonomia da privada e liberdade humana não se confundem, pois esta regula apenas uma das facetas da liberdade jurídica, a liberdade negocial. O ato de vontade, pois, não produz diretamente efeitos. Estes

²⁴ FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 715.

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. Princípios Gerais dos Contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 745, p. 27, nov./2007.

²⁶ AMARAL NETO. Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem pública. Perspectivas estrutural e fundamental. *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*. São Paulo, v. 46, p. 7-26, out.nov.dez./1988.

decorrem antes da lei “quando e se aquele preencher a *fattispecie* desta”²⁷. Para abonar a sua afirmação, conclui a doutrinadora:

[...] negócio jurídico não é uma qualquer manifestação de vontade dirigida a certos efeitos, nem um qualquer acto voluntário em que se verifique uma coincidência entre a vontade e os efeitos, mas apenas aquele em que a vontade integre a previsão da lei, sendo os efeitos desencadeados de acordo com a sua estatuição.²⁸

Com apoio nessa pauta principiológica, notadamente na importância atribuída à autonomia de vontade do indivíduo [não qualquer vontade, mas a vontade e conseqüente efeito reconhecidos pela lei], Darcy Bessone²⁹ definiu o contrato como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial.” Washington de Barros Monteiro³⁰, por sua vez, entendeu o contrato como o “acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito”. Além disso, a vontade seria “o agente primordial na formação do vínculo jurídico”³¹.

Já Caio Mário da Silva Pereira³² considerou que o princípio da força obrigatória do contrato traz em seu bojo o máximo subjetivismo que a ordem legal oferece, pois, por este princípio, a palavra individual, que seja conforme a lei, não comportaria retratação, e era tão importante que nem mesmo o Estado, a não ser em ocasiões excepcionais, poderia aí intervir. O contrato, dizia ele, é antes de tudo um acordo de vontades.

Pontes de Miranda³³, ao seu turno, considerava o contrato como um negócio jurídico bilateral ou plurilateral, isto é, que conta com duas ou mais partes. Ele “resulta da entrada no mundo jurídico da vontade acorde dos figurantes, com a irradiação dos efeitos próprios”.

Orlando Gomes³⁴ sustentou, finalmente, que o que cria o contrato é o “encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito

²⁷ PRATA, Ana. A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra: Almedina, 1982, p. 13.

²⁸ Idem, p. 21.

²⁹ ANDRADE, Darcy Bessone de Oliveira. *Aspectos da Evolução da Teoria dos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 21.

³⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. 3, p. 15

³¹ Idem, p. 23.

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 3, p. 11-16.

³³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1962, p. 6, tomo 38.

³⁴ GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 11.

de constituir, regular, ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica patrimonial de conveniência mútua”. Contudo, no mundo moderno, anteviu o jurista baiano, “há uma reconstrução do sistema contratual, no sentido de admitir que outras fontes, além da vontade das partes, integram o conteúdo dos contratos, como a legislação estatal e a equidade”³⁵.

Atualmente, entende Villaça Azevedo, é imperativo que o Estado intervenha na ordem contratual, para que a mesma não seja instrumento de escravização, por intermédio de normas de ordem pública, a fim de evitar um desequilíbrio. Para o jurista, “não há que se falar em liberdade, em Direito, sem que existam limitações de ordem pública”, fundadas nos princípios gerais de direito e no próprio Direito Natural.³⁶

Adiante será visto que a nova pauta de valores prestigiada pelo atual Código Civil introduziu novos preceitos (princípios sociais) que transformou a própria liberdade contratual e mitigou os princípios liberais, sem, no entanto, antagonizá-los. Essa transformação se fez sentir no Brasil e no mundo, diante da repercussão das influências dos Códigos Frances e Alemão, o primeiro a se assentar nos ideais da *liberdade, igualdade, e fraternidade*, o segundo a inaugurar um modelo móvel, com cláusulas gerais de fundo ético e social.

³⁵ Idem, p. 19.

³⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 12.

2 A TRANSFORMAÇÃO DA CONCEPÇÃO JURÍDICA

Segundo Rippert³⁷, duas seriam as causas que influenciam a evolução da teoria dos contratos: (a) o sentido solidarista, que prepondera na política contemporânea [à época] dos Estados Democráticos, e (b) a intervenção crescente do Estado nas relações econômicas, para exercer, por órgãos próprios, um número cada vez maior de atividades. Para entender a transformação por que passou a concepção jurídica do contrato, do século XIX para o século XX, é necessário analisar o Código de Napoleão (*Code Napoléon*), de 1804 e o Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*), de 1896, que entrou em vigor em 1900.³⁸

2.1 CÓDIGO DE NAPOLEÃO

O contrato, na França, gozava de status de pilastra mestra do direito privado, embora subordinado ao direito de propriedade³⁹, tido como força de lei entre as partes (art. 1.134 do CC francês). O *Code* era expressão da Revolução Francesa. Como tal, tinha também o objetivo de expurgar a antiga sociedade feudal, assentada em um Estado de privilégios e classes sociais estanques⁴⁰, procurando

³⁷ apud SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino. Evolução Contemporânea do direito contratual: dirigismo e imprevisão. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, p. 544-557. vol. 195, ano 41, jan./1952.

³⁸ Sobre a relevância dos dois diplomas, escreveu Franz Wieacker: “De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o Código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do *Code Civil*, até então tomado como modelo exclusivo.” In: WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 554.

³⁹ Cf. ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina. 2009, p. 48 - 49: “Se atentarmos na disciplina que o legislador francês de 1804 ditou para a matéria contratual, e sobretudo se a confrontarmos com a contida no código italiano vigente, um elemento ressalta antes de qualquer outro: o relativo à sua colocação sistemática, e portanto à disposição que tal disciplina ocupa no complexo corpo do código, e às suas relações com os outros institutos, com as outras matérias que neste encontram a sua regulamentação jurídica. Enquanto no nosso código o contrato é disciplinado num livro próprio [...], no code civil, ao invés, os artigos que lhe dizem respeito encontram-se num livro (o terceiro) dedicado em geral aos “diversos modos de aquisição de propriedade”. Dessa forma, o instituto do contrato assume, num certo sentido, uma posição não autônoma, mas subordinada, servil, relativamente à propriedade, que se apresenta como instituto-base, em torno do qual e em função do qual são ordenados todos os outros: o contrato, em suma, surge na consideração do legislador só no seu papel de instrumento [...]”.

⁴⁰ PINHO, Ruy Rebello. O Contrato no Mundo Moderno. *Revista dos Tribunais*, ano 46, vol. 263, set. 1957, p. 13-24: “No período histórico em que antecedeu a Revolução Francesa, o homem era encarado sempre como integrante de um grupo social. O nobre pertencia à nobreza; como tal, possuía privilégios mais ou menos extensos. O sacerdote, ao clero; membro do clero, gozava de regalias próprias ao grupo social que integrava. O plebeu era uma peça do povo; como tal, cabiam-

centrar a nova sociedade que se inaugurava na França nos ideais da *liberdade*, *igualdade* (o que jamais se concretizou em nível material), e *fraternidade*.

A enorme influência que o Código Civil francês teve ao redor do mundo foi tamanha que traduzindo-se no *Code* do século XIX⁴¹, influenciando tanto novas codificações como sendo, até, transposto para outras nações, que o adotavam integralmente.

Tratava-se de nova codificação fortemente influenciada pelas doutrinas de Domat e Pothier, na qual o contrato, como exercício de autonomia privada, traduzia-se na maior expressão da liberdade individual⁴², e isso era tão caro

lhe muitos deveres, ao lado de um número bem reduzido de direitos [...] nunca o Direito encarava o homem como homem. O homem estava como que escondido atrás de sua posição na sociedade. Havia um direito para cada classe, como revela de modo cru o seguinte trecho, colhido no título XXXVIII das 'Ordenações Manuelinas': 'Achando o homem casado a mulher em adultério, lícitamente, a poderá matar, assim a ela como o adúltero salvo se o marido for peão, e o adúltero fidalgo ou nosso desembargador ou pessoa de maior qualidade'. A lei dava valor diferente à palavra do homem, conforme fosse plebeu ou nobre. No linguajar do povo, criou-se mesmo o ditado 'palavra de rei não volta atrás', como se a palavra de súdito mudasse ao sabor das circunstâncias".

⁴¹ WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado...*, p. 391: "O *Code* Civil é um Código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores Códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB"

⁴² Cf. ROPPO, Enzo. op. cit. p. 28-29: "Na perspectiva adoptada por fórmulas como a da transição 'do status do contrato', é claro que o contrato não é encarado na acepção estrita de instrumento técnico-jurídico da circulação dos bens, mas com um significado bem mais geral: como símbolo de uma determinada ordem social, como modelo de uma certa orgânica da sociedade na sua complexidade. Quando Maine observava que a sociedade que lhe era contemporânea (portanto, a sociedade do séc. XIX) baseava-se no contrato e na liberdade de contratar, ao contrário das sociedades antigas governadas pelos vínculos de status, elevava o contrato a eixo fundamental da sociedade liberal, a protótipo de seus valores e dos seus princípios (da livre iniciativa individual à concorrência entre os empresários no mercado, à procura ilimitada de lucro...) em antítese com o modelo de organização da sociedade do 'antigo regime', com os seus resíduos feudais, com os seus vínculos e privilégios corporativos, com a sua economia fechada. O contrato torna-se, assim, a bandeira das sociedades nascidas das revoluções burguesas e, em definitivo, um elemento de sua legitimação. Mas, desta forma, a categoria do contrato adquire um valor acentuadamente ideológico e político [...]. toda uma série de teorias em torno à gênese, à natureza, ao ordenamento e funcionamento da sociedade, amadurecidas no séc. XVII e no séc. XVIII, intitulavam-se de 'contratualismo'. De Hobbes a Spinoza, de Locke a Rousseau, é comum aos filósofos deste período a idéia de que a sociedade nasceu e baseia-se no consenso, no acordo, precisamente no contrato (o 'contrato social' de Rousseau) com que os homens se comprometem a abster-se do uso indiscriminado da força nas relações recíprocas, renunciando consensualmente a fazer justiça por si próprios, transferindo o direito ao uso da força (em definitivo, parte da sua própria liberdade) para uma entidade superior e distinta de cada um dos indivíduos, que exprime a 'vontade geral': a sociedade, o Estado. Também nesta doutrina – e sobretudo nesta – a categoria do contrato exprime, portanto, uma forma de organização da sociedade, ou melhor, a forma de organização da sociedade tout court, revelando claramente a sua função política e ideológica: porque é claro que reconduzir a origem da sociedade e do Estado a um 'contrato' e portanto à livre escolha dos associados, significava, ao fim e ao cabo (embora com acentuações diversas: mais despóticas e absolutistas em Hobbes, mais 'liberais' em Locke, mais solidárias em Rousseau) justificar e

as franceses, que ele, contrato, na célebre expressão de Fouillée, passava a ser identificado com a ideia de justiça (*justice contractuelle; qui dit contractuel dit juste*).⁴³

Nesse cenário em que se contentava com a mera igualdade formal⁴⁴ - já que a igualdade substancial jamais se operou -, e sem que se concretizasse o ideal da fraternidade, a estrutura hermética do *Code* não foi suficiente para dar as respostas necessárias exigidas pela sociedade.

Se de um lado o *Code Napoléon* forneceu as bases necessárias ao desenvolvimento do capitalismo e ao enriquecimento da Europa, por outro lado, essa estrutura fechada do Código Civil francês contribuiu, e muito, para as distorções em matéria contratual - submissão da parte mais fraca -, além das graves distorções sociais decorrentes dessa submissão.

E a revolução francesa, avessa à magistratura, formada na época por nobres do antigo regime, procurou em um código hermético a segurança jurídica de que precisava, daí porque a interpretação que se dava, inicialmente, ao *Code* era literal e exegética⁴⁵.

Essa concepção excessivamente formal e rigorosa do contrato, ignorando a inexistência, muitas vezes, de igualdade substancial entre as partes, bem como as perturbações que podem afetar o cumprimento das prestações⁴⁶,

legitimar aos olhos dos súditos, a autoridade do soberano, o poder constituído e a sua força repressiva.”

⁴³ FOUILLÉE, Alfred. *La science sociale contemporaine*. 3. ed., Paris: Librairie Hachette et Cie. 1897, p. 410: “*En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée, par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste.*”

⁴⁴ Embora não se possa recusar já aí um avanço, cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. Teoria geral das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 5: “Como legado do Estado liberal, a liberdade e a igualdade jurídicas, apesar de formais, incorporaram-se ao catálogo de direitos das pessoas humanas, e não penas dos sujeitos de relações jurídicas, e nenhuma ordem jurídica democrática pode delas abrir mão. Os Códigos cristalizaram a igualdade formal de direitos subjetivos, rompendo a estrutura estamental fundada no *jus privilegium*, nos locais reservados às pessoas em razão de suas origens.”

⁴⁵ Cf. MONTESQUIEU. *De l'esprit des lois*, livre XI, chap. 6, 1748: “*Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur.*” No texto em português: Mas os juizes da nação são, como já dissemos, a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não lhe podem moderar a força ou rigor.

⁴⁶ Em que pese a França tenha sido um dos primeiros países, no começo do século XX, a editar leis admitindo a resolução de contratos em razão da perturbação nas prestações ocasionadas pela situação de guerra. Cf. AZEVEDO, Álvaro Villaça Azevedo. O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (*laesio enormis*). Editora Notadez, Porto Alegre, v. 308, p. 8-26, jun. 2003, p. 15-16: o autor ensina que a teoria da imprevisão foi elaborada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, no correr da I Guerra Mundial (1914 a 1918). Nasceu com o julgado de 30 de março de 1916, exarado na questão de Bordeaux, como preferiram os escritores franceses. Nessa

fazendo com que o contrato se tornasse fonte de subjugação do mais fraco, fez com que ele (contrato) fosse fortemente criticado e enfrentasse sua crise, como de uma forma geral enfrentou aquele modelo de codificação hermética como era o *Code Napoléon*.

A hipertrofia da ideia de contrato e de exagerada liberdade contratual conduziram a enormes injustiças substanciais nos contratos⁴⁷, o que foi agravado com as crises sociais do final do século XIX e começo do século XX, em um tenso ambiente que culminou em duas grandes guerras [1º Guerra Mundial (1914/1918) e 2ª Guerra Mundial (1939/1945)].

Tais eventos contribuíram para que o superveniente Código Civil alemão, caracterizado pela presença de cláusulas-gerais, viesse a resguardar os interesses não só o indivíduo, mas também a sociedade, como adiante será visto.

2.2 CÓDIGO CIVIL ALEMÃO (BGB)

O BGB, acrônimo para o *Bürgerliches Gesetzbuch*, ou Código Civil alemão, inaugura um novo modelo dotado de certa *mobilidade*, que lhe é conferida pela presença das cláusulas gerais (*Generalklauseln*)⁴⁸. Esse modelo móvel⁴⁹ traz,

questão, discutiu-se sobre contrato administrativo de serviço público (concessão de obra pública), em que se admitiu a revisão dos preços, pela alta do carvão, causada pelos transtornos da guerra. Todavia, como salienta Georges Ripert, com fundamento em Patterson, “a resistência da jurisprudência francesa à teoria da imprevisão é uma prova certa do seu respeito pelo contrato”. Destaque-se, nesse passo, que, com essa posição da Corte de Cassação Francesa, editou-se a Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, acolhendo temporariamente a possibilidade de resolução do contrato ante o agravamento imprevisto e desmedido causado pela guerra, e que excedesse a previsão do que fosse razoável (art. 1º). Várias foram as correntes doutrinárias surgidas para explicar a cláusula em comento, concebendo-se, assim, matizes diversificados da chamada teoria da imprevisão.

⁴⁷ Cf. ROPPO, Enzo. op. cit. p. 38: “A disparidade de condições econômico-sociais existente, para além do esquema forma da igualdade jurídica abstracta dos contraentes, determina, por outras palavras, disparidade de ‘poder contratual’ entre partes fortes e partes débeis, as primeiras em condições de conformar o contrato segundo os seus interesses, as segundas constringidas a suportar a sua vontade, em termos de dar vida a contratos substancialmente injustos: é isto que a doutrina baseada nos princípios de liberdade contratual e de igualdade dos contraentes face à lei, procura dissimular, e é de preciosamente nisto que se manifesta a sua função ideológica.”

⁴⁸ GIORGINANNI, Michele. *La morte del Codice Ottocentesco*. Rivista di diritto civile. Padova: Cedam, 1980. vol I, p. 52-55, em especial, p. 53: “Il codice dell’800 no solo é al tramonto – dicevo – ma è morto. È morto perché è cambiato l’ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare [...] Il codice dell’800, como è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l’individuo. La società attuale all’individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene.” Em tradução livre: O código de 800 não só está em declínio, está morto. Está morto porque mudou o ambiente cultural em que nasceu, porque é morta aquela civilização que ele foi chamado a disciplinar. O código de 800, como foi recordado ontem, operava em uma sociedade

em si, um certo grau de incerteza jurídica, o que exige uma postura responsável e *prudente* da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.⁵⁰

Foi a mobilidade conferida ao sistema do direito privado, pelo BGB e pela doutrina alemã⁵¹ que contribuiu para a transformação do contrato, inculcando-lhe uma conotação e um sentido também ético e social⁵².

Esse período começa a marcar uma migração do individualismo para a sociedade e o Estado de Bem-estar Social (*welfare state*), na qual o fundamento ideológico passa a ser o personalismo ético (dignidade da pessoa humana), com a percepção de que a liberdade extremada que vigia na concepção de contrato do século XIX não condizia mais com essa nova sociedade, de tal sorte que essa publicização ou socialização do direito privado foi especialmente sentida no campo do direito contratual⁵³, que ainda carregava uma carga principiológica liberal, incompatível com os novos tempos.

2.3 INTERVENÇÃO ESTATAL E CRISE DO CONTRATO

Com as profundas transformações socioeconômicas associadas ao desenvolvimento do capitalismo comercial, ou mercantilismo, a partir do século XIX,

que exaltava o indivíduo. A sociedade atual ao indivíduo deve necessariamente incluir uma qualificação que caracteriza o grupo econômico do qual ele pertence.

⁴⁹ O que a doutrina alemã chama de “sistema móvel” deve ser assim entendida: a solução prevista para determinado setor pode ser utilizada, se assim parecer útil e conveniente, para regular outro instituto, para o qual originalmente não havia sido pensada. In: CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. trad. Menezes Cordeiro, Lisboa, Coloueste Gulbenkian, 1989, p. 130 e ss.

⁵⁰ No Brasil, onde o modelo de Código Civil aberto [de 2002] é relativamente novo, a jurisprudência é ainda claudicante – entre a segurança jurídica e o uso responsável das cláusulas gerais, como anota ASCESÃO, José de Oliveira, em entrevista ao sítio eletrônico Consultor Jurídico, em 12.10.2009 [www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil], consultado em 22 de maio de 2012, às 15:28: “A situação do Brasil é muito paradoxal. No século XIX e grande parte do século XX, o Brasil viveu numa situação de positivismo jurídico. Considerava-se que as leis deviam ser aplicadas cegamente. Ainda assim, havia e há uma discrepância entre o que dizem as leis e o que se aplica. É um problema de formação jurídica. É preciso que as pessoas que aplicam a lei tenham a formação jurídica adequada para manusear as leis que agora já não são rígidas, não são mais aqueles instrumentos que tiravam do juiz a possibilidade de procurar algo mais perfeito. Se o juiz não é capaz de utilizar esse instrumento, o resultado não é bom. Tenho esperança de que o Código Civil seja um estímulo ao reforço da formação jurídica. Portanto, estamos entre uma potencialidade e um risco. Vamos ver o que acontece.”

⁵¹ Cf. GOMES, Orlando. *A caminho dos microsistemas*. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 42.

⁵² BGB, § 242, em tradução livre: o devedor está obrigado a efetuar a prestação como exigem a fidelidade e a boa-fé em atenção aos usos do tráfico.

⁵³ Cf. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*, 12ª ed., Coimbra: Almedina, 2009. p. 203.

as transformações associadas à revolução industrial provocaram profundas modificações políticas e jurídicas. Para Fernando Noronha, nessa época, observou-se uma modificação na concepção tradicional do contrato e o papel da vontade em sua formação:

[...] perante a irrupção desta nova forma de contrato, a análise da literatura escrita a esse respeito desde o início do século, revela que os juristas, num primeiro momento, tenderam a admitir que se tratava de algo excepcional, anômalo e incompatível com o contrato, esse “acordo de vontade”; num segundo momento, tenderam a aceitar a “anomalia”, mas lamentando que ela fosse mais um dado indicativo do “declínio” ou até da “morte” do contrato; só num terceiro momento, passaram a admitir que se tratava de figura tipicamente contratual, só que implicando numa reconsideração do contrato. A segunda fase da evolução [...] via nas novas figuras jurídicas que surgiam [contratos de adesão, contratos regulados], sinais de que o contrato, concebido na forma tradicional do puro acordo de vontades, estaria perdendo importância [...] Mas, felizmente, o contrato não estava morrendo, e nem sequer em crise. O que estava morrendo, era uma concepção inadequada, que considerava como sendo contratual unicamente uma certa e determinada relação jurídica, que teve o seu apogeu em certo e determinado período histórico e que pressupunha que as partes fosse, por sua própria natureza, iguais. [...] E outra coisa, afinal não visavam as formas de intervenção que ficaram conhecidas por *dirigismo econômico*: elas também intentavam encontrar “a rota entre o socialismo autoritário e coercitivo e o *laissez-faire* anárquico”. [...] Era preciso encontrar o caminho que salvaguardasse o princípio da liberdade e garantisse a justiça (isto é, sem cair na anarquia), e ao mesmo tempo salvaguardasse o princípio da ordem, ou segurança, sem cair no totalitarismo, por natureza injusto.⁵⁴

Em razão dessa maior ingerência estatal na vida dos contratos, traçando-lhe limites e delineando a liberdade de contratar, muito se falou, no século XX, em decadência dos contratos ou crise dos contratos ou ainda a morte dos contratos, anúncios equivocados e exagerados⁵⁵. Ao tratar do reconhecimento da crise institucional pela qual passou o contrato, NALIN defendeu:

[...] em razão do desajuste entre o modelo contrato de *gré a gré* (paritário) e as relações de massa. O *Code*, assim, como o nosso próprio Código Civil, foram concebidos para que figurem na relação jurídica contratual somente dois sujeitos (credor e devedor). [...] As relações plúrimas, coletivas, difusas, ou mesmo massificadas não se encaixam nos moldes das codificações modernas. O contrato paritário ou bilateral, baseado na plena e irrestrita liberdade contratual, nem de longe se assemelha às modalidades

⁵⁴ NORONHA, Fernando. *Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. 1990. 327p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo, p. 84-103.

⁵⁵ Cf. ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. op cit. p. 203-204: “Crê-se exagerada, contudo, esta sobrevalorização do falado ‘declínio do contrato’ ou ‘crise do contrato’. É sabido que a publicização ou socialização do direito privado se verifica, em especial, no terreno dos contratos. Mas não poderá concluir-se coisa diversa do que a abertura de modernos horizontes ao instituto, no âmbito da prática e da teoria”.

contemporâneas de contratação. [...] A constatação da crise conceitual do contrato remete o intérprete ao desafio maior desta época posterior da modernidade: a tentativa de conciliação entre os valores constitucionais que repersonalizaram os institutos jurídicos privados, dentre o que não escapa o contrato e o seu local de aplicação, predominantemente situado no mercado relevante. Valores constitucionais protetivos do homem no seu contexto social e regras de livre mercado, que sempre escravizaram este mesmo homem no seu egoísmo patrimonial, conforme descrição moderna antes vista, se apresentam como extremos inconciliáveis numa clássica perspectiva do contrato, mas devem, agora, ser enfocados de modo convergente, mesmo que tal visão cause estranheza.⁵⁶

Quando o ordenamento jurídico, no século XX, começa a revisar o conceito de contrato, introduzindo-lhe novos e essenciais preceitos (tais como cooperação, deveres laterais, equilíbrio e proporção, boa-fé, função social, equidade como critério de determinação e integração do contrato, justiça contratual), que originariamente não lhe eram tão caros, salva-se o contrato bem como a própria liberdade contratual, permitindo a verdadeira coexistência de liberdades⁵⁷ (integração de liberdades coexistentes, equilíbrio de liberdades) e não a mera subserviência contratual.⁵⁸

O contrato foi revigorado haja vista que ele se traduz em uma das mais importantes formas de criação e circulação de riquezas⁵⁹. Mais do que isso, o contrato é expressão da liberdade humana, guardando o princípio da liberdade contratual estreita relação com o próprio princípio da democracia - mas que, diante

⁵⁶ NALIN, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008, p. 113-122.

⁵⁷ Para Immanuel Kant, o Direito é, pois, “o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal [...] uma ação que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal.” In: KANT, Immanuel. *Metafísica dos costumes: Princípios metafísicos da doutrina do direito*. Parte I. Lisboa: Edições 70, 2004, p. 36-37.

⁵⁸ Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.5-6: “A ideologia social, traduzida em valores de justiça social ou de solidariedade social, passou a dominar o cenário constitucional do século XX. A sociedade exige o acesso aos bens e serviços produzidos pela economia. Firmou-se a *communis opinio* de que a solidez do poder residiria, substancialmente, no econômico e, relativamente, no político. Daí a inafastável atuação do Estado, para fazer prevalecer o interesse coletivo, evitar os abusos e garantir o espaço público de afirmação da dignidade humana. Nem mesmo a onda de neoliberalismo e globalização econômica, que agitou o último quartel do século XX, abalou os alicerces do Estado social, permanecendo cada vez mais forte a necessidade da ordem econômica e social, inclusive, com o advento de direitos tutelares de novas dimensões da cidadania, a exemplo da legislação de proteção do consumidor. [...] No Estado Social houve o alargamento da responsabilidade solidária das partes e da competência do juiz para revisão dos negócios jurídicos, em razão da mutação funcional do ordenamento normativo numa sociedade dominada pela solidariedade social. As três características básicas dessa mudança são: a) a relativização dos direitos privados pela função social; b) a vinculação ético-social desses direitos; c) o recuo do formalismo do sistema de direito privado clássico do século XIX.”

⁵⁹ Cf. ROPPO, Enzo. op. cit. § 1.2, p. 10-15.

do dirigismo contratual, não pode ostentar a dignidade de direito fundamental constitucional ⁶⁰.

Essa transformação e revisão do conceito de contrato não tem o condão de traduzir-se em negação da autonomia da vontade e, por consequência, da liberdade contratual, mas sim a funcionalização da autonomia privada e da liberdade contratual - igualmente como se passou com a funcionalização da propriedade -, delineando-lhe contornos a fim de evitarem-se abusos, viabilizando, assim, a coexistência de liberdades que marca um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a relação jurídica contratual passa a ser vista como uma relação jurídica de cooperação entre as partes⁶¹, de equilíbrio e proporção, permeada pela boa-fé e pela ideia de equidade, traduzindo-se em um processo⁶², e polarizada pelo seu fim: cumprimento da prestação principal e consequente

⁶⁰ Com as ponderações da doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo: “A doutrina frequentemente localiza o fundamento constitucional da autonomia privada no princípio da livre iniciativa (art. 170 da Constituição). Na concepção atual, todavia, a autonomia privada abrange universo muito mais amplo que a atividade econômica, onde ficou insulada pelo individualismo jurídico. Os atos de autonomia têm fundamentos e fins variados. Consentir no transplante de órgão é ato de autonomia privada, mas sem dimensão econômica; por igual, os atos de autonomia nas relações familiares [...] No âmbito econômico, há muitos atos que se celebram entre particulares (por exemplo, vender um objeto usado a outrem) que não se inserem na atividade econômica, sendo estranhos ao princípio da livre iniciativa. Assim, autonomia privada e até mesmo liberdade contratual não se confundem com livre iniciativa, entendida como a liberdade de empreendimento ou de empresa, conquistada historicamente pela revolução liberal, contra o absolutismo monárquico, esta sim de fundamento constitucional. Por tais razões a liberdade contratual não pode ser concebida como direito fundamental, como afirmou explicitamente o Conselho Constitucional francês em 1994, inteiramente aplicável ao Brasil [...] Houvesse a liberdade contratual fundamentação constitucional, estaria subtraída da intervenção do legislador infraconstitucional que lhe impusesse limites negativos e positivos, no interesse social, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor, que estabelece profundas restrições ao poder negocial dos fornecedores de produtos ou serviços.” In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 12-13.

⁶¹ ‘Ou como explica Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. [...] Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo.” In: COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17 e 19.

⁶² Cf. LÔBO, Paulo Luiz Netto. op. cit. p. 63: “[...] é evidente a natureza processual da obrigação, no sentido da ação continuada, de movimento, de unidade constituída de sequência de etapas. Na obrigação mais simples esse fenômeno também se dá, ainda que de modo não tão evidente, pois sempre há início, execução e extinção, até mesmo nas obrigações de execução instantânea. Como esclarece Karl Larenz, a relação obrigacional, como relação jurídica concreta entre pessoas determinadas, existente no tempo, é, certamente, um conjunto de direitos, obrigações e situações jurídicas, mas não é simples soma desses elementos. É muito mais um todo, um conjunto. Subsiste como tal, ainda que alguns deveres que contém tenham desaparecido, por terem sido exercidos, ou tenham caído em prescrição, por ano terem sido exercidos no tempo previsto. Pode, sem perder sua identidade de relação obrigacional, ser modificada por convenção das partes, ou em virtude de lei.”

liberação das partes. A revisão do contrato e a introdução de novos preceitos também se deram no Brasil, como será visto no capítulo que adiante segue.

3 TEORIA CONTRATUAL CONTEMPORÂNEA NO BRASIL

O velho Código de Bevilacqua, tido por Pontes de Miranda como “o antepenúltimo código oitocentista” – embora tenha entrado em vigor em 1916 – por seu espírito individualista, liberal em matéria econômica, conservador ao extremo nas relações familiares, transformou-se em referência histórica. A afirmação, de autoria de Judith Martins-Costa, serviu como prólogo para retratar os reclamos de mudança de paradigmas que norteavam o Código Civil anterior:

Foi ao aproximar-se o cinquentenário do Código de Beviláqua que começaram a ser ouvidas, no Brasil, as vozes defensoras de sua revisão. De um lado, os reclamos eram tributários de um movimento que então apenas se esboçava na Europa, a saber o movimento da descodificação civil, sintetizado, em uma década mais tarde, no paradigmático texto de Natalino Irti, *L'età della decodificazione*. De outro lado, não mais era compatível com o *ethos* da sociedade brasileira o individualismo dominante no Código de Beviláqua: “individualismo possessivo” revelador da “lógica proprietária” em matéria de direitos patrimoniais, ao qual corresponde a mais absoluta avareza no tratamento dos valores existenciais ligados à vida civil. A excelência técnica do Código de 1916, unanimemente reconhecida, não mais se mostrava suficiente para justificar a sua permanência.⁶³

Na opinião de Álvaro Villaça Azevedo, o Código Civil de 2002 substituiu o Código de 1916, de cunho ruralista e individualista, por um espírito voltado à coletividade, à sociedade, na era do direito justo, embora, ele mesmo, não tenha poupado duras críticas à nova lei⁶⁴.

Para Branco e Martins-Costa, em virtude das influências filosóficas e do espírito humanista de Miguel Reale, é natural que o seu texto encontre-se permeado por regras nas quais é funda a exigência de eticidade⁶⁵. Por isso, afirmou

⁶³ BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 88-89.

⁶⁴ Nesse sentido, afirmou o jurista: “Podemos verificar a existência dessa tendência antiliberal e anti-igualitária, no Direito Civil, quanto às normas jurídicas, caminhamos, de normas clássicas, que são regras de conduta, claras e precisas, que as partes conhecem e espontaneamente aplicam, a normas *standard*, que são simples indicações para um juiz, colocado superpartes, decidir no caso concreto; e de leis supletivas, a um número cada vez maior de leis cogentes (é a chamada ‘publicização do Direito Civil’)”. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *O Direito Civil tende a desaparecer? Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 811. p. 753-760, mai. 2003; e ainda: “O Projeto de Código Civil infelizmente volta a insistir na presença do juiz para muita coisa inútil, como alguns casos de anulação e rescisão contratual. O projeto está no paradigma do Estado inchado.” In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Editora Renovar. v. 1. p. 03-12. jan./mar. 2000.

⁶⁵ BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 131.

Reale que, o novo Código, diferentemente do Código de 1916, este último “muito avaro ao referir-se à equidade, à boa-fé, à probidade, é, ao contrário, pródigo em inserir, nos mais diversos aspectos das relações civis, a exigência da eticidade nas condutas, como um verdadeiro dever jurídico positivo”⁶⁶.

Sob esses influxos, por ocasião da coordenação do Projeto de elaboração do Código Civil de 2002, Miguel Reale, sustentou, em sua Exposição de Motivos, que:

O que se tem em vista é, em suma, uma estrutura normativa concreta, isto é, destituída de qualquer apego a menos valores formais abstratos. Esse objetivo de concretude impõe soluções que deixam larga margem de ação ao juiz e à doutrina, com frequente apelo a valores como os de boa-fé, equidade, probidade, finalidade social do Direito, equivalência das prestações etc., o que talvez não seja do agrado dos partidários de uma concepção mecânica ou naturalística do Direito, o qual, todavia, é incompatível com leis rígidas de tipo físico-matemático⁶⁷.

São previstas, em suma, as hipóteses, por assim dizer, de “indeterminação do preceito”, cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso, à luz das circunstâncias correntes, com o objetivo de alcançar o Direito em sua concreção, ou seja, em razão dos elementos de fato e de valor que devem ser sempre levados em conta na enunciação e na aplicação da norma.⁶⁸

Daí a opção eleita por Miguel Reale por normas genéricas e cláusulas gerais⁶⁹, sem a preocupação de excessivo rigorismo conceitual, a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados,

⁶⁶ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 8.

⁶⁷ BRASIL, Senado Federal. *Novo Código Civil: exposição de motivos e texto sancionado*. 2 ed., Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005, p. 33.

⁶⁸ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005 vol. I, Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 41.

⁶⁹ Aqui o vocábulo “cláusulas gerais” deve ser entendido como “normas orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. Como as cláusulas gerais, têm função instrumentalizadora, porque vivificam o que se encontra contido, abstrata e genericamente, nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, são mais concretas e efetivas do que esses dois institutos. [...] Cláusula geral não é princípio, tampouco regra de interpretação. É também norma jurídica, isto é, fonte criadora de direitos e de obrigações, [...] norma de ordem pública e deve ser aplicada de ofício pelo juiz.” In: NERI JÚNIOR, Nelson. *Código Civil Comentado*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 176.

quer pelos juízes, para continua atualização dos preceitos legais ⁷⁰, aproximando-se de um novo paradigma⁷¹ criticado pela doutrina de Azevedo:

Após a Primeira Guerra, a generosidade de alguns espíritos, preocupados com uma Justiça mais efetiva, e também a ambição política de outros, menos altruístas, desejosos de ver o Estado agindo sem peias, levaram à visão de que a lei – rígida, inflexível, alheia à diversidade da vida – antes que útil instrumento da Justiça, era um obstáculo a ultrapassar. O paradigma termina, pois, por mudar; os juristas deixaram de examinar as questões pelo ângulo da lei e passaram a tomar, nos seus modelos de solução, como centro, a figura do Juiz (encarado como um representante de Estado). Introduziram-se, assim, nos textos normativos, os conceitos jurídicos indeterminados, a serem concretizados pelo julgador no caso a decidir, e as cláusulas gerais, como a de boa-fé (falou-se até mesmo em fuga para as cláusulas gerais, ou seja, fuga da lei para o juiz). Noções vagas, como ordem pública, interesse público, função social, tornaram-se moeda corrente no mundo jurídico, servindo de torto a direito para as autoridades de plantão. Multiplicaram-se na doutrina, os trabalhos sobre o papel do juiz, sua função, sua independência, sobre o modo como deve interpretar, etc. [...] O tempo em que estamos a viver, em primeiro lugar, não se conforma com as noções vagas que tudo fazem depender do juiz nem, por outro lado, deseja, pura e simplesmente, uma volta ao passado com a lei abstrata e geral. [...] O novo paradigma hoje exige vetores materiais, diretrizes, e não fórmulas vazias, próprias de uma axiologia formal, cujo 'recheio' é posto arbitrariamente pela autoridade. ⁷²

Imune às críticas, seguiu Miguel Reale afirmando que uma lei não deve ser interpretada segundo a sua letra, mas consoante o seu espírito, leva a considerar o conjunto de diretrizes que norteou a obra codificadora “constituindo o seu travamento lógico e técnico, bem como a base de sua fundamentação ética”. Arrola, assim, quatro diretrizes, a saber: a sistematicidade, a operabilidade, a eticidade e a da socialidade. ⁷³

⁷⁰ REALE, Miguel. *História do Novo Código Civil*. São Paulo: Ed. RT, 2005 vol. I, Biblioteca de direito civil. Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale, p. 37.

⁷¹ Cecília Caballero Lois, a respeito do pós-positivismo, afirma: “O termo pós-positivismo foi incorporado ao vocabulário dos juristas há pouco tempo e, ainda que não possua um significado unívoco, conseguiu grande aceitação, pois sustenta uma conexão necessária entre o direito e a moral, a qual penetraria no ordenamento jurídico, através da Constituição, especialmente, a partir dos direitos fundamentais. Tal fato, como é sabido, representa uma contraposição ao positivismo tradicional, ao forçar o conhecimento sobre o direito a assumir para si a necessária carga axiológica que a Teoria Geral do Direito sempre desprezou. Como corolário desse movimento, temas como justiça, moral, legitimidade, democracia, regras e princípios, ponderação, etc. passaram a adquirir maior relevância, a ponto de serem identificados como elementos centrais na Teoria e Filosofia do Direito contemporâneas.” apud DUTRA, Delamar José Volpato. *Manual de Filosofia do Direito*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, p. 10.

⁷² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. *Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo: Editora FDUSP. v. 94. p. 03-12. 1999.

⁷³ BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 130-131.

Da última diretriz para a primeira, Francisco Amaral⁷⁴ esclarece que o princípio da socialidade tem o objetivo de superar a interpretação individualista do Código de 1916, para orientar o aplicador da norma a uma supremacia dos interesses coletivos em relação aos individuais, sem que com isso seja afastada a segurança jurídica e os valores da pessoa humana tal como se verifica na função social do contrato (art. 421, CC/2002) e da propriedade (art. 1.228, *caput* e seus §§ 2º, 4º e 5º, CC/2002).

A socialidade tem por objetivo, pois, garantir a justa aplicação da norma (o justo meio de Aristóteles) para assegurar o bem comum e a justiça social (contratual e da propriedade) sem que haja prejuízo a terceiros.

O princípio da eticidade “privilegia os critérios ético-jurídicos em detrimento dos critérios lógico-formais no processo de realização do direito, a chamada concreção jurídica”⁷⁵. Seu significado é, porém, mais extenso, não se limitando à crítica da sistematicidade lógico-formal típica do positivismo. Ele fundamenta, ainda, a crença de que o equilíbrio econômico dos contratos é a base de todo o direito obrigacional, e que o aproxima do princípio da boa-fé, no seu sentido ético, objetivo.⁷⁶

Já o princípio da operabilidade ou princípio da concretude, representa uma nova visão da metodologia de aplicação da norma jurídica. Na forma do direito individualista e predominante das codificações anteriores, o trabalho do jurista consistia em analisar exclusivamente o sentido e a extensão de determinada norma jurídica, ao passo que o princípio da operabilidade estabelece a adequação e a aplicação do direito tal como previsto no caso concreto, as circunstâncias do negócio jurídico no plano econômico e no plano de um determinado grupo social atingido pelo negócio jurídico concreto.⁷⁷

O firme propósito de trazer o novo Código Civil ao contexto e à ideologia da terceira fase histórica do Estado Moderno (as três fases corresponderiam às do Estado absolutista, do Estado liberal e do Estado social) foi

⁷⁴ AMARAL, Francisco. Direito Civil : introdução. 7. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 67-68.

⁷⁵ Idem, p. 68.

⁷⁶ Ibidem, p. 69.

⁷⁷ Ibidem, p. 69.

sempre destacado pelos autores do projeto, nomeadamente por Miguel Reale, quando se refere à diretriz da “socialidade”, que o teria informado.⁷⁸

A doutrina de Paulo Lôbo identifica e conceitua os princípios contratuais típicos do Estado social, presente no Código Civil de 2002: (a) Princípio da função social do contrato; (b) Princípio da boa-fé objetiva (c) Princípio da equivalência material do contrato, que não eliminam os princípios liberais, mas limitaram, profundamente, seu alcance e seu conteúdo⁷⁹, como é possível observar da análise de cada um deles, separadamente, feita nos subitens a seguir.

Antes, é preciso analisar o atual papel da vontade, ou melhor, de um querer qualificado reconhecido pelo ordenamento jurídico como hábil a produzir determinados efeitos jurídicos, em superação à teoria da vontade, que trata da “intenção real” das partes - impossível de ser aferida no plano externo, e que tem na liberdade contratual o seu valor, sem as peias do ordenamento jurídico, que agora fica subordina à justiça e à utilidade social.

3.1 ATUAL PAPEL DA VONTADE

De acordo com Calasso e Trabucchi, na tradição do direito privado a autonomia privada exterioriza-se pelo negócio jurídico, como declaração do ente privado, transformada em ato e atividade, dirigida a um fim protegido pelo ordenamento jurídico. Pressupõe o direito como sistema e pressupõe uma sociedade civil organizada em função da vontade de sujeito.⁸⁰

Nesse sentido, a observação fundamental de Betti, para quem, no negócio jurídico, o sujeito não se limita a declarar o que quer, mas viabiliza ao sujeito o poder de declarar a coisa que quer. Para ele o essencial do negócio é o seu conteúdo preceptivo (*precettivo*); não é apenas manifestação do querer, mas a

⁷⁸ Para Paulo Luiz Neto Lôbo, a causa reside no fato de que o atual Código Civil, assim como o Código de Defesa do Consumidor, pretenderam realizar o ideário do Estado Social, distanciando-se do individualismo acentuado que marcou as opções do Código Civil de 1916, fruto do contexto histórico do liberalismo do século XIX e do início do século XX, cuja ideologia foi nele estabelecida. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

⁷⁹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

⁸⁰ *apud* NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. *Revista dos Tribunais*, ano 99, v. 897, p. 9-19, jul./2010.

exteriorização de um querer “qualificado”, protegido pelo ordenamento jurídico vigente.⁸¹

Em relação ao papel da vontade⁸² no negócio jurídico, parte da doutrina nacional refere-se à “fortuna do princípio consensualista” no Brasil⁸³. Teixeira de Freitas formulou em seu “Esbôço do Código Civil” uma doutrina geral dos contratos na qual o acordo de vontades tem o principal papel⁸⁴. Com Clóvis Beviláqua, autor do projeto que viria a se tornar o Código Civil brasileiro de 1916, a vontade continuou a ser o aspecto fundamental dos contratos⁸⁵. Também do Código

⁸¹ Nesse sentido: “[...] a declaração ou o comportamento só deve qualificar-se como negócio jurídico, quando tenha um conteúdo preceptivo relativo a uma matéria de autonomia privada, e a respeito desse conteúdo assuma função constitutiva insubstituível, no sentido de que o preceito só por essa forma pode atingir os efeitos jurídicos correspondentes.” In: BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Editora Servanda, 2008, p. 229.

⁸² Sobre a teoria da vontade, ou Willenstheorie, de quem eram adeptos Savigny, Thibaut, Windscheid e Zitelmann, a teoria da declaração, ou Erklärungsstheorie, defendida por Lotmar, Kohler, Isay e Bülow [teoria preceptiva] e a teoria de Brinz, Zitelmann e Enneccerus fundada na ideia de que o negócio jurídico obriga porque assim o determina o direito positivo, esta última vitoriosa entre os juristas germânicos, aceita na atualidade, ver MORAES. Renato José de. *Consensualismo Contratual. Revista dos Tribunais*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 85, vl. 729, p. 679-698, jul./1996.

⁸³ Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 5: “As definições voluntaristas são indubitavelmente dominantes na doutrina brasileira, na qual, aliás, com poucas exceções, nem sequer se cogita da concepção oposta; correspondem ela à definição que o art. 81 no Código Civil brasileiro dá ao ‘ato jurídico’. Deixando de lado as obras mais antigas, quando a concepção em pauta era a única existente, basta, para confirmar o estado atual da doutrina brasileira, examinarmos as definições dadas ao negócio jurídico (muitas vezes ainda chamado de ato jurídico) em alguns dos livros mais difundidos para o estudo de direito civil nas faculdades de direito do País. O ato jurídico deve ser conforme a vontade do agente e as normas de direito; é toda manifestação da vontade individual, a que a lei atribui o efeito de movimentar as relações jurídicas. Ato jurídico, portanto, é a manifestação lícita de vontade, tendo por fim imediato produzir um efeito jurídico. O ato jurídico é fundamentalmente um ato de vontade visando a um fim.”

⁸⁴ Cf. TEIXEIRA DE FREITAS, A. *Esbôço*. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952, p. 633-634: Art. 1.830. Haverá contrato (art. 438), quando duas ou mais pessoas convencionarem entre si alguma obrigação (art. 400), ou obrigações recíprocas (art. 441), a que correspondem direitos creditórios (arts. 20, 320, 867, 1.088, 1.117, 1.118, 1.121 a 1.157 e 1.237 a 1.253; ou a modificação de tais obrigações (art. 437, 438 e 1.142)”, com a seguinte nota: “Fixada assim a idéia de contrato que tão difícil é definir, e já que ela pressupõe a idéia superior de convenção”; e, no Art. 1.833. “Não haverá contrato, ainda que unilateral ou benéfico (art. 440 e 442), sem consentimento reciprocamente declarado (art. 445). Não haverá consentimento, sem que a promessa de uma das partes (art. 440) tenha sido aceita pela outra parte.”

⁸⁵ Cf. BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda. 1950, vol. IV, p. 236: Notas ao art. 1.079: “O Código Civil não nos oferece uma definição de contracto; mas, tendo definido acto juridico (art. 81) forneceu-nos os elementos precisos para fixar a noção legal desta espécie de actos juridicos. Devemos definir contracto o accôrdo de vontades para o fim de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direitos. [...] para a validade do contracto são necessárias as mesmas condições subjetivas e objetivas exigidas para a validade dos actos jurídicos entre vivos, em geral: capacidade das partes contractantes; objeto lícito; e fórmula prescripta ou não defesa em lei (art. 82). A essas condições geraes se ajunta o requisito especital do contracto: o accôrdo, ou consentimento recíproco. A causa, que alguns apontam como condição para a validade dos contractos, e a que se refere o nosso Código Commercial, art. 129, § 3º não foi considerada pelo Código Civil, porque não representa elemento essencial do conceito de contracto. [...] O momento inicial da formação do contracto é a proposta,

Civil de Miguel Reale, vigente a partir de 2002 extrai-se o prestígio à vontade interna do agente no texto do artigo 112⁸⁶.

Anelise Becker, ao seu turno, defende a superação do voluntarismo e advoga em favor de uma nova ordem contratual que prestigia a equivalência objetiva, a justiça e a utilidade social:

Como os critérios de valoração jurídica variam de ordenamento para ordenamento, assim como se transformam com o passar do tempo, sob a égide do voluntarismo, por exemplo, bastava a vontade ser hígida para tornar o contrato merecedor de tutela. Hoje, quando a vontade, até há pouco considerada a viga-mestra do edifício contratual, cede a cada dia mais terreno à noção de equivalência objetiva, mantém-se o respeito à palavra, desde que o contrato seja útil e justo: a liberdade contratual deixar de ser considerada um valor em si, para se tornar um instrumento daqueles que são os valores superiores: a justiça e a utilidade social. [...] A liberdade passou para um segundo plano em relação aos princípios da equivalência e da boa fé objetiva – que impedem a tutela daqueles contratos em contraentes com os valores protegidos pelo ordenamento jurídico, seja pelo modo como foram concluídos, seja por seu conteúdo -, determinando um verdadeiro retorno à definição aristotélica de justiça comutativa. [...] nesse sentido compreende-se hoje a justiça contratual, que exige que o contrato não destrua o equilíbrio que existia anteriormente entre os patrimônios, o que implica que cada um das partes receba o equivalente ao que haja dado, exigência que será mais rigorosa naqueles campos da vida em que gravemente comprometido o equilíbrio das forças entre os co-contratantes.”⁸⁷

O contrato, assim, só é válido e obrigatório se, além de útil, for justo, pois, “aquilo que é útil à coletividade deve ser perseguido somente enquanto justo, com o que a interpretação material dos contratos faz assomar a equivalência das prestações” vale dizer, a justiça contratual, comutativa, como seu princípio central.⁸⁸

Houve modificação substancial relativa à regra básica de interpretação dos negócios jurídicos introduzida pelo art. 112 do novo CC, que abandonou a investigação da intenção subjetiva dos figurantes em favor da declaração objetiva, socialmente aferível. O respeito à vontade, agora, está condicionado à boa-fé, à função social, e à equivalência material do contrato,

pela qual uma das partes solicita a manifestação da vontade da outra. É do encontro harmonico das vontades que surge o contracto gerador de obrigações reciprocas, se é bilateral, ou para uma só das partes, se é unilateral.”

⁸⁶ Cf. DINIZ, Maria Helena. Comentários aos artigos 111 e 112 do Código Civil [fl. 110] In: *Código Civil Comentado*. SILVA, Regina Beatriz Tavares da (coord.), 6ª ed., rev. e atual., São Paulo: Saraiva. 2008: “Caberá, então, ao intérprete investigar qual a real intenção dos contratantes, pois sua declaração apenas terá significação quando lhes traduzir a vontade realmente existente. O que importa é a vontade real e não a declarada; daí a importância de desvendar a intenção consubstanciada na declaração”.

⁸⁷ BECKER, Anelise. *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*. São Paulo: Saraiva, 2000, pp. 50-60.

⁸⁸ Idem.

princípios sociais que passam a ser analisados separadamente, nos subitens seguintes.

3.2 BOA-FÉ OBJETIVA

Para Judith Martins-Costa, o princípio da boa-fé objetiva é modelo e conduta social, arquétipo ou *standard* jurídico, segundo o qual “cada pessoa deve ajustar a própria conduta a este arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade e probidade”.⁸⁹ Positivada no Código Civil de 2002, sua redação (art. 422) recebeu, por ocasião da análise do projeto de lei, as críticas de Azevedo:

a) não se pode saber se o art. 421 representa norma cogente ou dispositiva; b) o referido artigo se limita ao período que vai da conclusão até a execução do contrato, não prevendo a aplicação da boa-fé nas fases pré e pós-contratuais. Como deficiências, indica a ausência de disposição sobre deveres anexos, cláusulas faltantes e cláusulas abusivas. A última crítica é que o Projeto se fundamenta em paradigma ultrapassado, centrado na figura do juiz, devendo o paradigma atual basear-se nas soluções rápidas do caso concreto, ficando o recurso ao Judiciário somente como derradeira possibilidade.⁹⁰

Tendo em vista que a redação qualificada por aquele jurista de “insuficiente, deficiente e anacrônica” do art. 422 persistiu incólume às críticas daquele jurista, coube à doutrina explicar o seu sentido e alcance, no que andou muito bem Cláudia Lima Marques, que a definiu como “um *standard*, um parâmetro objetivo, geral, que não está a depender da má-fé subjetiva [...] mas de um patamar geral de abstração” ou seja, “do homem médio, do bom pai de família que agiria de maneira normal e razoável naquela situação analisada”⁹¹, desejada, segundo Forgioni, “não só nas relações civis, mas também naquelas empresariais, na medida em que aumenta o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado”.⁹²

⁸⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 411.

⁹⁰ AZEVEDO, Antônio Junqueira. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

⁹¹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 106.

⁹² FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 236-240.

A boa-fé objetiva importa conduta (ou comportamento reconhecível no mundo social) honesta, leal, correta. É a boa-fé de comportamento, prevista no Código Civil brasileiro (art. 422), referindo-se aos contratantes do contrato comum civil ou mercantil, associado à probidade e aplicável à conduta na execução, antes (*in contrahendo*) e após (*post pactum finitum*) a extinção do contrato⁹³.

A boa-fé objetiva, ou boa-fé como regra de conduta, ou ainda a boa-fé lealdade, segundo Fernando Noronha⁹⁴, “é um dever – um dever de agir de acordo com determinados padrões de conduta, socialmente recomendados, de correção, lisura, honestidade”. Quando se fala em padrões de conduta socialmente recomendados, está-se pensando no comportamento exigível de um *bonus pater familias*, isto é, do bom cidadão, do bom profissional, de um modelo abstrato de pessoa, razoavelmente diligente.

Impõe-se a observância à boa-fé antes, durante e depois de cumpridas as obrigações e extinta a relação, e sua inobservância será fundamento do exercício do direito à resolução, como há tempos decide o Poder Judiciário⁹⁵, e atualmente defende o Centro de Estudos Judiciários do Superior Tribunal de Justiça⁹⁶.

Enfim, como leciona Álvaro Villaça Azevedo, o atual Código Civil vez nascer a grande fase do Direito Civil, com o princípio da boa-fé objetiva [alçado à condição de cláusula geral], tornando obrigatório o comportamento contratual digno, em prol de um direito dos contratos mais justo e humano⁹⁷.

Na incorporação imobiliária a boa-fé objetiva - e seus deveres laterais de conduta: cooperação, informação, lealdade - é princípio que impõe deveres de conduta às partes contratantes, como adiante se verá, notadamente, *v.g.*, em relação ao incorporador, à idoneidade que as ofertas e publicidades dos empreendimentos imobiliários que este promove devem ter, ou ainda, à imposição

⁹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

⁹⁴ NORONHA, Fernando. *Princípios dos Contratos e Cláusulas Abusivas*. 1990. 327p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo.

⁹⁵ BRASIL, TJ/RS, ApCiv 588042580, 5ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. j. 16.08.1988, RJTJRS 133/401.

⁹⁶ Nesse sentido é o enunciado nº 24 do CEJ/STJ: “em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”.

⁹⁷ AZEVEDO. Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de direito civil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

do dever de não surpreender os terceiros adquirentes de unidades imobiliárias com ônus reais, constituídos em favor de agentes financeiros como garantia aos financiamentos tomados para a edificação de todo o empreendimento imobiliário, ou, finalmente, às informações detalhadas sobre o empreendimento, que necessariamente devem ser exteriorizadas nos documentos levados a depósito e a registro na Serventia Imobiliária competente.

3.3 FUNÇÃO SOCIAL

O princípio da função social do contrato determina que os interesses individuais das partes do contrato sejam exercidos em conformidade com os interesses sociais, sempre que estes se apresentem. Não pode haver conflito entre eles, pois os interesses sociais são prevalentes. Qualquer contrato repercute no ambiente social, ao promover peculiar e determinado ordenamento de conduta e ao ampliar o tráfico jurídico ⁹⁸.

Para Miguel Reale, o princípio da função social é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica ⁹⁹.

Entende Judith Martins-Costa que a norma posta no art. 421 do Código Civil constitui a projeção do valor constitucional expresso como garantia fundamental dos indivíduos e da coletividade que está no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal, “uma vez que o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade”, e assevera:

Se a esta [propriedade] não é mais reconhecido o caráter absoluto e sagrado, a condição de direito natural e inviolável do indivíduo, correlatamente também inflete sobre o contrato o cometimento – ou o reconhecimento – de desempenhar função que traspassa a esfera dos meros interesses individuais, atribuindo-se ao exercício do poder negocial também funções positivas e negativas. [...] a cláusula geral desempenha um duplo papel [...] uma condicionante posta ao princípio da liberdade contratual [...] uma conotação substantiva, vale dizer, de elemento integrante de condito do contrato. É por ser este dotado de função social

⁹⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

⁹⁹ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32.

que a liberdade contratual encontra limites. É pelo mesmo motivo que esta é regularmente exercida¹⁰⁰.

Paulo Lôbo entende que o princípio da função social é a mais importante inovação do Direito contratual comum brasileiro e, talvez, a de todo o novo Código Civil. Para ele, os contratos que não são protegidos pelo Direito do consumidor devem ser interpretados no sentido que melhor contemple o interesse social, que inclui a tutela da “parte mais fraca” no contrato (v.g. o locatário, ou o trabalhador, talvez em prestígio à diretriz da concretude, que leva em consideração o plano econômico e o plano de um determinado grupo social), ainda que não configure contrato de adesão.¹⁰¹

Alerta Villaça Azevedo que não cabe, nesse ponto, alegar que o Código Civil de 2002 abriu-se à liberdade dos juízes, por causa do standard jurídico (função social). Segundo o doutrinador, a lei “sempre se valeu desses standards, como, por exemplo, ‘fins sociais’, ‘bem comum’. O juiz nem ficou tão livre para julgar pelo direito alternativo, mas nos limites da lei.”¹⁰²

Paulo Nalim¹⁰³, por sua vez, sustenta que a percepção da tutela do interesse social pelo contrato interprivados parece ter sido a força motriz que inspirou os redatores do novo Código Civil, na parte referente às obrigações. Para o jurista, a função social do contrato se dá em nível de socialidade do direito, em idêntico sentido ao que se passa na propriedade. Justamente no contexto constitucional, portanto, é que se localiza a funcionalização do contrato, ao conformar a Carta, no seu art. 170, caput, da CF/1988 a livre iniciativa à justiça social.

A função social deve ser entendida como a busca do equilíbrio entre a liberdade de contratar e os limites do interesse geral. Konder, por sua vez, sustenta que a função social do contrato, reconhecida no ordenamento jurídico pátrio, “substancia verdadeira cláusula geral que submete a liberdade de contratar a

¹⁰⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 157 e 159.

¹⁰¹ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

¹⁰² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de direito civil*. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 17.

¹⁰³ NALIM, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 12 p. 50, out.-dez./2002.

uma função social, que deve não apenas ser limitada por esta função, mas exercida em razão dela”.¹⁰⁴

Embora haja certo consenso sobre a sua importância, continua o jurista, ele alerta para a necessidade de se atribuir maior densidade ao conteúdo jurídico da função social do contrato, de maneira a não permitir que se torne “mera afirmação de substrato ideológico-político”. Para ele:

Deve haver o reconhecimento da superioridade hierárquica da norma constitucional, que impõe a superação da dicotomia entre direito público e privado e a constitucionalização do direito civil, a fim de “conduzir à releitura do contrato através dos princípios positivados no texto constitucional, com a aplicação direta e imediata de princípios constitucionais como a dignidade humana (CF, art. 1º, III), a solidariedade (CF, art. 3º, I), o valor social do trabalho e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV) assim como aqueles que regem a ordem econômica (CF, art. 170)”, para consagrar os novos princípios contratuais, como a boa-fé objetiva, a função social e o equilíbrio econômico.¹⁰⁵

Ao tratar das consequências da inobservância da função social do contrato, entende “que a matéria transite em nível de nulidade virtual, cuja eficácia, mesmo sem um texto que a torne expressa, mas por força da gravidade da lesão que consigo traz, implique a nulidade absoluta do contrato. Entretanto, em razão dos interesses coletivos que o contrato possa trazer consigo, caberá ao intérprete definir a consequência por tamanha violação, sem perder de vista, ademais, uma desejada preservação dos efeitos do negócio jurídico, quando possível for”.¹⁰⁶

Calixto Salomão Filho, ao seu turno, defende que “é possível negar-lhe eficácia naquilo que fere interesses institucionais simplesmente porque a questão se coloca, segundo os expressos termos do art. 421 do CC, no plano da eficácia, e não da validade.”¹⁰⁷

O contrato de incorporação, que tem por causa (fim) a criação de uma nova propriedade em favor dos adquirentes de unidades autônomas, o condomínio edilício, deve ser entendido como instrumento dinâmico, que se presta a funcionalizar a propriedade, tal como determina a Constituição Federal (art. 5º, XXXI,

¹⁰⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 44-45.

¹⁰⁵ KONDER, Carlos Nelson. *op cit*, p. 49.

¹⁰⁶ NALIM, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 12 p. 50, out.-dez./2002.

¹⁰⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 823, p. 67, mai./2004.

170, *caput*, e inciso III) e o Código Civil (arts. 421 e 1.228, §§ 2º, 4º, 5º), legitimando o exercício do domínio.

Tem-se agora, ainda mais presente, o viés da funcionalização da propriedade no negócio jurídico incorporativo, tendo em vista que, recentemente, e por intermédio de alteração legislativa superveniente (Lei nº 12.424/2011), pode ser incorporador um *ente do Estado ou seu cessionário* imitado na posse a partir de decisão proferida em processo de desapropriação (que no seu artigo 7º alterou o art. 31 e 32 da Lei de Incorporações) que se proponha à regularização fundiária das áreas urbanas.

3.4 EQUIVALÊNCIA MATERIAL

Apreciando as transformações havidas no direito privado, especialmente no direito das obrigações, Franz Wieacker demonstra que o acontecimento mais importante quanto aos aspectos fundamentais da viragem do direito civil para o social foi o regresso do direito ao princípio da equivalência material. Nesse aspecto, sustentava o jurista e historiador alemão:

O individualismo liberal desprezou a antiga tradição, que vinha da ética social de Aristóteles, da equivalência material das prestações, para o que contribuíram a ética da liberdade e da responsabilidade de Kant e Savigny, a recusa do liberalismo em relação a uma relativização das obrigações assumidas pelas alterações de valor verificadas no mercado, e a expectativa da previsibilidade da evolução da economia.¹⁰⁸

Villaça Azevedo assevera que, desde a *mancipatio*, mencionada na Lei das XII Tábuas, as obrigações das partes contratantes eram pesadas, em uma balança, em praça pública, devendo ser cumpridas as formalidades legais, com a igualdade das mesmas obrigações assumidas. Representa-se esse contrato, defende o jurista, “como verdadeiro símbolo da Justiça, com a igualdade das partes”. Essa igualdade e equilíbrio nas relações jurídicas “são tão importantes, que, entre os romanos, Celso conceituou o Direito como ‘a arte do bem e da equidade’ (*ius est ars boni et aequi*)”.¹⁰⁹

¹⁰⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria geral das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2005, p 12-13

¹⁰⁹ AZEVEDO. Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*: curso de direito civil. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 19.

Clóvis Bevilacqua defendia, no primeiro quartel do século passado, que “o preço deve ser justo, isto é, equivalente ao valor aproximado da coisa vendida [...] havendo diferença, para mais ou para menos, as partes só poderão exigir a retificação do preço ou resilir o contrato”. O importante, para o doutrinador, é a possibilidade da recomposição do prejuízo. Em outro momento, afirma “[...] se o agente abusar da situação crítica da pessoa a quem ameaça, a fim de extorquir-lhe vantagens excessivas, o ato deve considerar-se viciado”¹¹⁰

Nos dias atuais, o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para a harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. Sobre o princípio, leciona Lôbo:

O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico do *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas. [...] O princípio da equivalência material desenvolve-se em dois aspectos distintos: subjetivo e objetivo. O aspecto subjetivo leva em conta a identificação do poder contratual dominante das partes e a presunção legal de vulnerabilidade. A lei presume juridicamente vulneráveis o trabalhador, o inquilino, o consumidor, o aderente de contrato de adesão. Essa presunção é absoluta, pois não pode ser afastada pela apreciação do caso concreto. O aspecto objetivo considera o real desequilíbrio de direitos e deveres contratuais que pode estar presente na celebração do contrato ou na eventual mudança do equilíbrio em virtude de circunstâncias supervenientes que levem a onerosidade excessiva para uma das partes.¹¹¹

O princípio da equivalência material garantirá, no contrato de incorporação imobiliária - que é contrato de execução continuada -, maior equilíbrio entre as prestações e contraprestações dos contratantes. Com a relativização da força das obrigações assumidas, agora autorizada pela teoria da imprevisão positivada no Código Civil, como detalhada nos próximos capítulos, será possível sublimar eventuais descompassos entre o que se paga e o que se recebe, a fim de

¹¹⁰ apud RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 14.

¹¹¹ Idem.

manter o trânsito contratual até que ele se ultime pelo cumprimento, a despeito das orientações doutrinárias contrárias à aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*.

No paradigma atual, e sob os influxos dos princípios sociais aqui mencionados, colha-se - em contraposição àqueles conceitos do contrato já transcritos [subitem 1.3] - o conceito de Paulo Nalim, que frisou não ser o único para o contrato (interprivado) que pudesse dar vazão a todas as formas contratuais da atualidade, o que ele qualificou de hipercomplexidade do mundo jurídico:

[...] a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros. A perspectiva constitucional do contrato é determinante para se declarar insuficiente qualquer conceito que o reduz à fórmula de acordo de vontades, destinados à produção de efeitos jurídicos constitutivos, modificativos ou extintivos da relação jurídica. Contrato, hoje, é relação complexa solidária. É esse o axioma proposto, a partir do qual todos os contratos, no campo de suas particularidades, devem guardar sincronia. Necessário começar pelo fim, ou seja, pela solidariedade, enquanto valor (cânone) geral do direito. [...] Mostra-se indiscutível a importância do julgador, na construção desta nova proposição contratual, sobretudo valorizando a solidariedade constitucional e preenchendo a cláusula geral da boa-fé.¹¹²

Os princípios liberais do contrato (liberdade de contratar, *pacta sunt servanda* e relatividade subjetiva) afirmaram a liberdade individual, contribuindo para o controle dos poderes públicos, mas foram insuficientes para controlar os abusos dos poderes privados.¹¹³ Já os princípios sociais do contrato (função social, equivalência material e boa-fé objetiva) procuraram dar aos “mais fracos” uma superioridade jurídica para compensar a inferioridade econômica.¹¹⁴

A introdução dos princípios sociais do contrato no Código Civil vigente, de qualquer forma, não antagoniza os princípios liberais, pois estes e aqueles refletiram etapas da evolução do direito e do Estado moderno.¹¹⁵

¹¹² NALIM, Paulo. *Do contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 2. ed., Curitiba: Juruá, 2008, p. 251-254.

¹¹³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

¹¹⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2006, v. II, p. 372

¹¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

Na elaboração do ordenamento jurídico das relações privadas, o legislador do Código Civil de 2002 combinou o individual (como ocorria no Código Civil de 1916) com o social de maneira complementar (promovendo a “socialização dos contratos”), segundo regras ou cláusulas abertas propícias a soluções equitativas e concretas. O mesmo se deu nos negócios jurídicos incorporativos, como passará a ser analisado.

PARTE II

A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1 CARACTERIZAÇÃO

A expansão, nos mais adiantados centros urbanos e do mercado imobiliário, atualmente estimulado por programas governamentais de habitação¹¹⁶, encaminhou para as edificações em condomínio uma das principais soluções dos problemas da habitação e da concentração comercial, ensejando o exercício de uma atividade profissional através de relações contratuais tão frequentes e importantes que determinaram a tipificação do negócio jurídico denominado, na lei, “contrato de incorporação imobiliária”.¹¹⁷

Vários outros motivos levaram à incorporação imobiliária, tais como o crescimento da população urbana, o êxodo rural, a chamada “aspiração tentacular cidadina”, expressão usada por Cunha Gonçalves, a falta de habitações, a alta dos preços dos terrenos, a diminuição geral das fortunas individuais e a sua substituição pelos investimentos empresariais, e a possibilidade de garantir ao proprietário do apartamento a estabilidade da casa própria com um menor investimento na aquisição do terreno e na parte referente à construção da unidade.¹¹⁸ Da mesma opinião é Dantas, para quem:

[...] a função do regime serve ao aproveitamento intensivo do solo. Assim, em Reims, após uma destruição, os lotes diminuídos pelos alargamentos efetuados em vias públicas, tiveram de ser aproveitados em divisão horizontal. Explica-se também a adoção do sistema em face da valorização crescente dos terrenos. Se não fosse assim incrementado, então se teria ou de aumentar a área da cidade ou desenvolver o inquilinato. O sistema hoje ganhou praça e onde existem as estruturas de concreto e aço, a par de uma crescente valorização da terra, tornou-se o sistema usual.¹¹⁹

¹¹⁶ Como o programa do Governo Federal “Minha Casa Minha Vida”, por intermédio do Ministério das Cidades. Fonte: <http://www.cidades.gov.br>, acessado em 23 de junho de 2012.

¹¹⁷ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹¹⁸ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 158.

¹¹⁹ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil III: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. pp. 293-296.

Melhim Namen Chalhub¹²⁰ define a incorporação imobiliária como 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.

Para Arnoldo Wald¹²¹, chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia, ou simplesmente incorporação, pois, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) obriga-se a fazer construir um edifício composto de unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais do terreno.

Finalmente, segundo Leandro Guezzi¹²², 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 mais pessoas frações ideais do terreno que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão construídas.

A incorporação imobiliária não é disciplinada pelo novo Código Civil, sendo regulada pela Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e posteriores alterações e regulamentações¹²³. Nos termos do parágrafo único do art. 28 do referido diploma legal, a incorporação é conceituada pela lei como uma atividade:

Para efeito desta lei, considera-se incorporação imobiliária 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.

¹²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137.

¹²¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

¹²² GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹²³ Seguiram-se as seguintes regulamentações sobre a matéria: Dec. n. 55.815, de 8-3-1965; Lei nº 4.864, de 29 de novembro de 1965; Dec.-Lei nº 981, de 21 de outubro de 1969; Lei nº 6.434, de 15 de julho 1977; Lei nº 6.709, de 31 de outubro de 1979; Lei nº 7.182, de 27 de março de 1984; Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991; Lei nº 9.267, de 25 de março de 1996; Lei 10.931, de 2 de agosto de 2004, que estabeleceu o regime de patrimônio de afetação para as incorporações, e, finalmente, a Lei 12.424, de 16 de junho de 2011, que tratou das incorporações promovidas pelos entes do Estado, ou seus cessionários, em imóveis objetos de desapropriação.

A despeito das censuras de Caio Mário, autor do Anteprojeto, ao Congresso Nacional¹²⁴, o fato é que, por intermédio da Lei nº 4.591/64, a incorporação imobiliária ficou caracterizada pela circunstância de as unidades autônomas (apartamento, conjunto comercial, vaga de estacionamento, etc.) serem postas à venda antes da conclusão da obra, ou de serem alienadas frações ideais do terreno havendo projeto aprovado, ou em fase de aprovação, em nome do incorporador. Presentes tais circunstâncias, leciona Ghezzi¹²⁵, estar-se-á diante de uma incorporação imobiliária, mesmo que as partes contratantes atribuam a ela outra denominação ou pretendam mascarar a sua efetiva caracterização.

¹²⁴ Caio Mário, autor do Anteprojeto, teceu duras críticas à técnica do legislador, que caracterizou a incorporação como uma atividade, *in verbis*: “A Lei do Condomínio e Incorporações, abrindo o Título II, começa pela definição de ‘incorporação’, o que não nos parece de boa técnica, além de ser inútil. O nosso Anteprojeto, mas na conformidade das boas regras, fornecia indiretamente um conceito de incorporador. Sempre nos manifestamos contrários às definições no corpo das leis, partindo sempre do ensinamento segundo o qual esta é um comando que se dirige à vontade, e de que a função definidora é atribuição da doutrina. Mas o Congresso, sem a cautela ou autoridade para repelir as más emendas, aceitou uma definição desnecessária de incorporação, e, assim, considera 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”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 246.

¹²⁵ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

2 CONTRATO DE INCORPORAÇÃO

A despeito de formar-se pela reunião (ou coligação, como será visto em capítulo próprio) de várias espécies de contrato¹²⁶, o negócio jurídico da incorporação imobiliária constitui modalidade contratual típica, estando suas regras enunciadas de maneira específica na lei, que define suas características, seus requisitos e efeitos, delineando seus contornos com nitidez e inteireza.¹²⁷

O contrato adquire tipicidade - porque a lei o qualifica como tal - e agrega obrigações que são originalmente características dos contratos de construção (fazer) e de compra e venda (dar), e também por exigir diferentes contratos preliminares.¹²⁸

Por esse contrato, leciona Orlando Gomes, obriga-se alguém a promover a construção de edifício dividido em unidades autônomas para distintos adquirentes da respectiva fração ideal do terreno, sob regime de condomínio especial.¹²⁹ A dificuldade em conceituar, precisamente, e segundo as linhas contratuais clássicas o que vem a ser incorporação, foi assim descrita por PEREIRA:

Não comportam os esquemas tradicionais o conceito preciso de incorporação. Quem se valor da ideia de corretagem fica aquém da sua atividade. Quem se utilizar do mandato não enfeixa a sua produção. Ele não chega a ser um industrial na acepção mais precisa do termo. A comissão mercantil é insuficiente, porque se de um lado há uma proximidade quando a incorporação envolve atos por conta de terceiros e não em nome próprio, por outro lado abraça uma atuação de nítida representação. Falham, pois, todos os esforços de enquadramento da incorporação e do incorporador nas linhas contratuais clássicas.¹³⁰

¹²⁶ Para Orlando Gomes, “o contrato de incorporação 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. Seria um contrato atípico misto se não já tivesse sido definido em lei como espécie contratual nominada. Compreende prestações características de outros contratos típicos, como a compra e venda, a promessa de venda, a empreitada, a prestação de serviços, e de contratos atípicos, como a organização de condomínio especial. Tais prestações são da natureza do contrato, não podendo faltar.” In: GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹²⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹²⁸ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹²⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

Para Guezzi, o contrato de incorporação é preliminar (de aquisição futura, com ou sem custeio da obra) e pessoal, de natureza complexa, no qual se reúnem obrigações de dar e fazer, que operam seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e a transferência definitiva das unidades autônomas aos seus donos, e do condomínio do terreno e das áreas de utilização comum aos condôminos. Para o incorporador, é promessa de construção (com ou sem financiamento) e de vendas das unidades autônomas com o correspondente condomínio do terreno e nas áreas de utilização comum.¹³¹

Trata-se, pois, de negócio jurídico que se formaliza pela coligação de contratos distintos (o que repercutirá na interpretação desses contratos, na análise de validade e eficácia de suas disposições bem como na co-responsabilidade de seus contratantes), fundamentadamente o contrato de compra e venda ou de compromisso de compra e venda e, eventualmente, o contrato de construção, aliados a outros atos essenciais¹³², tais como a individualização e discriminação da edificação e das unidades autônomas para instituição do condomínio, previstos no art. 44 da Lei nº 4.591/64.

O contrato de incorporação imobiliária será analisado, a partir de agora, em relação ao seu objeto, às partes que o compõem, sua forma e natureza jurídica, quando e como se dá sua formação, quais são os direitos e obrigações que tocam ao incorporador e ao adquirente das unidades autônomas, os seus regimes de construção, a extinção e, finalmente, as sanções que derivam do seu descumprimento, na expectativa de evidenciar a repercussão da nova ordem do direito contratual no negócio jurídico incorporativo.

2.1 OBJETO

Arnoldo Wald¹³³ defende que o objeto do contrato são as obrigações de fazer e dar, consistentes em promover a construção e alienar as unidades prometidas, mediante recebimento do preço contratado. Ao seu turno, Orlando

¹³¹ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹³² CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹³³ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

Gomes¹³⁴ sustenta que 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.

Para Chalub, o objeto do contrato de incorporação contempla elementos de natureza obrigacional (objeto imediato) e de natureza real (objeto mediato), argumento que sustenta apoiado nos seguintes fundamentos:

O primeiro é o objeto imediato do contrato de incorporação, exprimindo a operação que as partes visam realizar. Trata-se da obrigação de fazer e de dar, ou seja, de uma parte, a obrigação do incorporador de construir a edificação e entregar as unidades aos adquirentes, transmitindo-lhes a propriedade, e, de outra parte, a obrigação do adquirente de pagar o preço. Na forma de promessa de compra e venda, o elemento de natureza obrigacional consiste no compromisso que as partes assumem “de contratar a transferência do domínio, logo que se complete o pagamento do preço”, associado à obrigação do incorporador de promover a construção e seu assentamento no Registro de Imóveis. O elemento de natureza real que compõe o contrato de incorporador é seu objeto mediato, ou seja, é a atribuição, ao adquirente, do imóvel cuja construção o incorporador se compromete a promover, individualizando a unidade do Registro de Imóveis e transmitindo-a ao adquirente. Nesse negócio, o bem imóvel que constitui seu objeto mediato não é somente a unidade imobiliária que pode ser representada, por exemplo, por um apartamento, mas é, além do apartamento, e em proporção à fração ideal a ele vinculada, o terreno para o qual está projetada a edificação e os demais elementos que formam o conjunto da edificação, pois, por elementar, sabe-se que a unidade imobiliária não tem existência isolada ou independente desse conjunto, sendo, antes, elemento dele integrante, cabendo a cada unidade, como parte inseparável, uma fração ideal do terreno e coisas comuns (Código Civil, art. 1.339).¹³⁵

É cediço que o cumprimento da obrigação de fazer, qual seja ela, a de construir a edificação, poderá ser feito diretamente pelo incorporador ou por intermédio de terceiros, e que o descumprimento desta obrigação pode ensejar a sua execução forçada.¹³⁶

Dada essa estruturação, é possível perceber com nitidez as linhas mestras do conjunto de obrigações a que está vinculado o incorporador, nos termos da Lei 4.591/64, que o responsabiliza não somente pela promoção da construção, por si ou por terceiros, e pela outorga dos contratos aos adquirentes, mas também pela constituição da propriedade sob o regime condominial especial, com

¹³⁴ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹³⁵ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹³⁶ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

individualização das unidades imobiliárias autônomas e constituição do condomínio sobre as áreas de utilização comum aos condôminos, com a consequente averbação do Registro de Imóveis.

2.2 PARTES

Partes são, em regra, o incorporador e os adquirentes¹³⁷.

O incorporador, como a incorporação, vem conceituado no artigo 29 da Lei nº 4.591/64¹³⁸; o artigo 30, da mesma lei¹³⁹, estende o conceito de incorporador aos proprietários ou titulares de direitos aquisitivos que exerçam a mesma atividade. A aparição do incorporador deve-se à generalização do negócio e a proliferação de edifícios em todas as grandes cidades. Para Pereira:

Pouco a pouco foram surgindo pessoas que realizavam uma atividade peculiar, ligada a estes empreendimentos, e com o tempo constituiu-se a figura, que se batizou com o nome de incorporador, gostou do apelido e ficou. [...] O incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele. E viveu a bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes de sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores.¹⁴⁰

Diante desta variedade polimorfa de atividades, era com efeito impossível definir o incorporador dentro de fórmula tradicional das figuras componentes de qualquer contrato típico. Ele seria um corretor (porque efetua a aproximação do dono do terreno com os compradores), um mandatário (porque opera em nome do proprietário junto aos compradores; e porque os representa junto ao construtor, aos fornecedores), um gestor de negócios (porque, em todas as circunstâncias eventuais, defende oficiosamente os interesses dos seus clientes, de

¹³⁷ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

¹³⁸ Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante 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 transações, 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.

¹³⁹ Art. 30. 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.

¹⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 231.

um lado e de outro lado), é um industrial de construção civil, às vezes um banqueiro-financiador, e comerciante, um pouco de tudo.¹⁴¹

Inconformado com a redação final dada ao art. 29 da Lei de Incorporações, por reputá-la “demasiado longa, imprecisa e deselegante”¹⁴², Caio Mário defendeu sua construção original (art. 23, do Anteprojeto), assentada nos seguintes termos:

Considera-se incorporador e se sujeita aos preceitos dessa lei toda pessoa física ou jurídica que promova a construção para alienação total ou parcial de edificação composta de unidades autônomas, qualquer que seja a sua natureza ou destinação.¹⁴³

O incorporador pode ser pessoa física ou jurídica. De regra, exerce atividade de incorporação sob a forma de empresa, mas esta posição contratual pode ser ocupada por pessoa que não promova profissionalmente incorporações, como admite Orlando Gomes.¹⁴⁴ Caio Mario, por sua vez, defende que, necessariamente, o incorporador é uma empresa, posto que o caracteriza é justamente a atividade que ele exerce.¹⁴⁵ Comunga do mesmo entendimento Ghezzi, para quem:

¹⁴¹ Idem.

¹⁴² A censura foi mais contundente: “Quem o lê tem a impressão de que foi redigido por pessoa que desconhece até as mais mezinhas noções jurídicas, pois ali se confunde o conceito de “transação”, com “negócio jurídico”. Não podemos deixar de lamentar eu se consagrassem, em substituição a um conceito certo, o erro de linguagem, em substituição a um conceito certo, o erro de linguagem, o erro de doutrina e a deselegância de estilo. É verdade que esta matéria da incorporação não é muito conhecida, e por isso mesmo quem dela cogita corre os riscos de muito falhar. A ausência de conhecimentos técnicos poderia ser suprida por uma assessoria consciente. Mas não foi. E daí esse artigo quilométrico, de mau entendimento e pouco vernáculo, a ferir ao mesmo tempo os ouvidos e o direito.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, 247-248.

¹⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, 247.

¹⁴⁴ Nesse sentido: “A incorporação em condomínio não requer, do incorporador, habitualidade nem profissionalidade no exercício dessa atividade. Considerada em si é um empreendimento, mas não necessariamente uma empresa; o proprietário de um terreno pode, sem ser empresário de incorporações, incorporar eventualmente um edifício sem que por isso deva ser considerado empresa imobiliária. Claro é que tem essa qualidade a sociedade, ou o indivíduo, que se dedica a essa atividade comercialmente. Ainda, porém, que o incorporador não seja comerciante, e não se equipare à pessoa jurídica por injunção legal, a sua atividade, conquanto civil, pode ser definida como empresarial para efeitos fiscais, assimilado, como está, na lei, a uma empresa individual. Assim não é o incorporador esporádico, dado que toda empresa presume continuidade.” In: GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁴⁵ Nesse sentido, defende o jurista mineiro: “o incorporador, dentro da doutrina de que fomos pioneiros e que nem a má redação da lei conseguiu perturbar, é uma empresa. Pessoa física ou jurídica, comerciante ou não-comerciante, o incorporador se caracteriza pela sua atividade. É, precisamente, o que ocorre na noção moderna da empresa [...]. Toda pessoa física ou jurídica,

[...] a incorporação imobiliária passou então a ser vista como uma atividade mercantil e o incorporador como uma empresa comercial imobiliária. [...] é uma atividade empresarial e não é o fato de [o incorporador] operar com imóvel que lhe tira a capitulação de mercantil, desde que presente o intuito de obter lucro. Este, na verdade, parece-nos ser o elemento fundamental para a atribuição ou não de caráter mercantil à incorporação no caso concreto, juntamente com a habitualidade.¹⁴⁶

Sendo atividade empresarial, constitui organização econômica destinada a fim lucrativo. Quem constrói para si mesmo, ainda que seja edifício de apartamentos, não é incorporador. Nele se converte, porém, desde o momento em que exponha à venda as unidades vinculadas à fração ideal, antes da conclusão do edifício. Por outro lado, se alienar a apartamentos ou conjunto depois de estar o prédio terminado – e como tal se considera o que tenha já o “habite-se” da autoridade administrativa, não procede como incorporador. Tratar-se-ia de compra e venda.¹⁴⁷

De qualquer forma, a Lei nº 4.591/64 franqueia a incorporação a quatro pessoas, estabelecendo, para tanto, uma condição de natureza subjetiva. Não é qualquer pessoa que pode ser incorporador¹⁴⁸. O ordenamento social exige o preenchimento de requisitos específicos, que compõem a habilitação técnica e legal. São pressupostos sem os quais se configura o exercício ilegal da profissão, suscetível de punição criminal.¹⁴⁹

Em primeiro lugar, pode ser incorporador o proprietário do terreno, a ele equiparados o promitente-comprador, o cessionário deste ou o promitente-

independentemente de sua anterior profissão, torna-se incorporador pelo fato de exercer, em caráter permanente ou eventual, uma certa atividade, que consiste em promover a construção de edificação dividida em unidades autônomas. Na configuração do incorporador cabe a construção do edifício. Mas dela não se afasta a ação de quem, embora realize diretamente a construção promova-a indiretamente, lançando à venda apartamentos, conjuntos residenciais ou comerciais, lojas, compartimentos em mercados, unidades em edifício-garagem ou qualquer outro tipo de edificação, desde que em regime de propriedade horizontal. Este é extremo inarredável, pois que a ideia da incorporação é geminada ao condomínio especial, e ocorre nas operações aludidas, cujo objeto seja a unidade autônoma vinculada à fração ideal de terreno e condomínio indissolúvel das partes comuns”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 248.

¹⁴⁶ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁴⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 249.

¹⁴⁸ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

¹⁴⁹ Idem.

cessionário, com as limitações trazidas, aos três últimos, expressas na alínea “a” do art. 32 da Lei de Incorporações¹⁵⁰.

Em segundo lugar, pode ser incorporador o *construtor*. Não uma pessoa qualquer, porém aquela que faça da edificação uma atividade disciplinada e que, devidamente licenciada, esteja enquadrada naquelas condições previstas nos Decs. nº 23.569, de 11 de dezembro de 1933; nº 3.855, de 31 de dezembro de 1941, e Decreto-lei nº 8.620, de 10 de janeiro de 1946, bem como demais disposições legais e regulamentares atinentes à espécie.¹⁵¹

Pode ser incorporador ainda, em terceiro lugar, o *corretor de imóveis*, devidamente matriculado, tal como considerado pela Lei 6.530, de 12 de maio de 1978.¹⁵²

Sendo incorporador um construtor ou corretor de imóveis, deve receber do titular do direito sobre o terreno procuração por instrumento público com poderes especiais e expressa menção à Lei nº 4.591/64, para celebrar todos os atos conexos com a incorporação e a alienação das frações ideais do terreno.¹⁵³ É irrevogável a procuração conferida ao construtor, ou ao corretor de imóveis, por ser meio de cumprir obrigação controlada.¹⁵⁴ Sobre esse aspecto, leciona ainda Wald:

¹⁵⁰ “A promessa irrevogável é documento definitivo, não sujeito às contingências de um arrependimento, tanto mais frequente como o aviltamento da moeda, provocado pela inflação, tornou mais instáveis os preços e, conseqüentemente, inseguros os negócios; Imissão imediata do promitente-comprador na posse, proporcionando-lhe com isso o poder sobre a coisa; Possibilidade de alienação do imóvel em frações ideais, decorrentes da ausência de estipulação em contrário, Com efeito, o promitente-comprador, em princípio, pode assumir o compromisso de alienar o objeto de que tem promessa. Mas, sendo lícita a restrição convencional ao seu direito, a promessa ou a subsequente cessão há de ser livre de estipulação ou cláusula obstativa das futuras alienações; Consentimento para demolição e construção, que é uma decorrência da posse em que o promitente se invista. Não é necessária a cláusula expressa, bastando que do contexto e a das circunstâncias resulte a anuência à demolição de prédio acaso existente no terreno e à futura edificação; Registro, pois que, no nosso sistema, é no Registro de Imóveis que reside toda a vida das operações em torno da propriedade imobiliária e é a inscrição da promessa com averbação das acessões que gera o direito real, habilitando o promitente-comprador a perseguir a própria coisa, em mãos de um terceiro adquirente”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, p. 253-254.

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ Ibidem.

¹⁵⁴ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

Para que o construtor ou o corretor seja incorporador, necessita de mandato irrevogável do titular de direitos sobre o terreno, por instrumento público, em que se transcreva o § 4º do art. 35 da Lei n. 4.591/64, pelo qual o descumprimento de outorgar os contratos da fração ideal, da construção e da convenção de condomínio autoriza ao adquirente o registro da carta proposta e o direito real sobre a coisa, bem como a adjudicação compulsória.¹⁵⁵

Pode, finalmente, ser incorporador um *ente do Estado ou seu cessionário* imitado na posse a partir de decisão proferida em processo de desapropriação, em virtude da superveniente Lei nº 12.424/2011 (que no seu artigo 7º alterou o art. 31 e 32 da Lei de Incorporações¹⁵⁶), que trata do Programa Minha Casa Minha Vida – PMCMV e dispõe sobre a regularização fundiária das áreas urbanas, dispensado de exhibir os documentos de que tratam as alíneas “a”, “b” “c” “f” e “o” do art. 32.

A outra parte no contrato de incorporação imobiliária é qualquer pessoa, física ou jurídica, que se proponha a adquirir, em edificação sob o regime de condomínio especial, uma ou várias unidades autônomas, comprando-as, ou prometendo comprá-las.

A incorporação pode envolver outras figuras, conforme vier a ser configurado o negócio em cada caso específico. Chalhub assim exemplifica:

A identificação dos sujeitos do negócio há de ocorrer da característica de cada operação, considerada sua estrutura própria. Veja-se, apenas a títulos de ilustração, algumas situações, das quais surgirão as distintas relações jurídicas e seus respectivos sujeitos: (a) o incorporador torna-se proprietário pleno do terreno e, além disso, assume ele mesmo a construção e não tomará financiamento para a construção; nesse caso, usualmente celebra contrato de promessa de venda com o adquirente e, assim, os sujeitos do negócio serão apenas esses: o incorporador e o adquirente; (b) o incorporador torna-se titular dos direitos aquisitivos sobre o terreno mediante promessa de compra e venda, com pagamento parcelado, incumbindo-se ele mesmo da construção, sem tomar financiamento para construir; nesse caso, serão sujeitos do negócio jurídico (i) o proprietário do terreno; (ii) o incorporador (na qualidade de incorporador e, também, na qualidade de cedente dos direitos aquisitivos sobre a fração ideal do terreno) e (iii) o adquirente; (c) em qualquer das hipóteses anteriores (a e b),

¹⁵⁵ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

¹⁵⁶ Art. 31, alínea “c”: o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente; art. 32, § 13: Na incorporação sobre imóvel objeto de imissão na posse registrada conforme item 36 do inciso I do art. 167 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, fica dispensada a apresentação, relativamente ao ente público, dos documentos mencionados nas alíneas a, b, c, f e o deste artigo, devendo o incorporador celebrar contrato de cessão de posse com os adquirentes das unidades autônomas, aplicando-se a regra prevista nos §§ 4º, 5º e 6º do art. 26 da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.”

pode ocorrer que o incorporador não seja o construtor e, portanto, venha a contratar a construção com terceiro; nesse caso, passará a figurar, também, como sujeito do negócio, o construtor. Então, seriam partes (i) o incorporador, (ii) o adquirente e (iii) o construtor, num caso, e (i) o incorporador, (ii) o proprietário do terreno, (iii) o adquirente e (iv) o construtor, no outro caso.¹⁵⁷

Independentemente das partes que figurem nos contratos relativos à incorporação, há outras figuras que, embora não integrantes do contrato, podem vir a atuar no negócio da incorporação, como é o caso da Comissão de Representantes. Trata-se de colegiado formado por, pelo menos, 3 condôminos, eleitos em assembleia geral ou nomeados no contrato de construção, conforme o caso, atribuindo a lei a esse colegiado o encargo de fiscalizar o empreendimento em todos os seus termos, acompanhar a obra e representar os condôminos perante o incorporador ou o construtor (arts. 50 e 61).

A Comissão de Representantes tem mandato até a conclusão da obra. Entre seus poderes, ressaltam aqueles estabelecidos no art. 63, § 5º, a serem utilizados em caso de atraso de pagamento das contribuições de condôminos, e aqueles enunciados no § 7º do art. 31B e no art. 31C, a serem utilizados em caso de investidura da comissão na administração da incorporação, por destituição do incorporado ou por falência deste.¹⁵⁸

2.3 FORMA

Consideradas as modalidades de contrato pelos quais pode ser pactuada a incorporação, o negócio será sempre formalizado por escrito, exigindo-se o registro, no Registro de Imóveis competente, para os atos que digam respeito à organização da Incorporação e à transmissão da propriedade imobiliária ou de direitos a ela relativos, bem como para os atos relativos à constituição de direitos reais sobre o imóvel objeto da incorporação.¹⁵⁹

¹⁵⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁵⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁵⁹ Idem.

O contrato, qualquer que seja a forma em que estiver expresso (até mesmo o ajuste preliminar celebrado por instrumento particular – art. 35, § 4º¹⁶⁰), é registrável no Registro de Imóveis e seu registro é indispensável, pois na sua falta o direito de aquisição não terá eficácia frente a terceiros.¹⁶¹

Orlando Gomes, aparentemente permissivo em relação à forma, defende que bastaria às partes o consenso manifestado por escrito apesar de, logo depois, reputá-lo formal “para prevenir confusões”:

O contrato de incorporação imobiliária não é solene a despeito de ser *titulus acquirendi* de propriedade imobiliária. Dispensa a lei a escritura pública para facilitar a sua celebração como instrumento econômico da aquisição de apartamentos da aquisição de apartamentos, salas ou outras unidades integrantes de uma edificação. Exige, entretanto, o instrumento particular. Não vale, com efeito, se não se concluir por escrito. Tendo-se como solenes apenas os contratos que exigem escritura pública, seria aceitável, para prevenir confusões, a qualificação, como contrato formal, assim denominado todo aquele que não tem forma livre, do contrato de incorporação imobiliária.¹⁶²

É verdade que a Lei das Incorporações mitiga a exigência de formalidades, em benefício do adquirente, ao considerar completo o contrato de compromisso de compra e venda mediante simples adesão do adquirente a um ajuste preliminar – que se agregará ao memorial da incorporação, com ele formando o contrato (§ 4º do art. 35), mas tal consequência só se verifica caso tenha havido, antecipadamente, o atendimento à outra solenidade, qual seja, a do arquivamento do memorial de incorporação, como determina o art. 32 da mesma lei. Daí não ser possível admitir a incorporação como negócio simplesmente consensual. Sobre o memorial, leciona Chalhub:

O memorial enuncia a identificação daquilo que haverá de ser o objeto de cada contrato de venda, isto é, a fração ideal do terreno e a descrição da unidade autônoma que a ele se vinculará, bem como o conteúdo das obrigações essenciais do incorporador nesse contrato, notadamente o projeto que deverá ser executado, a especificação dos materiais que deverão ser aplicados na obra e o valor da obra expresso em orçamento,

¹⁶⁰ Art. 35. § 4º Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no *caput* deste artigo nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderá ser averbados no registro de imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o consequente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.

¹⁶¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁶² GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

tudo isso integrando o memorial. [...] Dispondo sobre todos os elementos, o memorial integra-se como parte inseparável do negócio jurídico da incorporação. Tratando-se de direito real imobiliário, a publicidade é complemento indispensável do contrato, efetivando-se mediante registro no Registro de Imóveis da situação do imóvel.¹⁶³

O registro da incorporação é requisito de segurança do negócio, indispensável no negócio imobiliário que tenha por objeto direito real, pois é pelo assentamento no Registro de Imóveis, e só por esse assentamento, que se constitui ou se transmite a propriedade imobiliária, bem como quaisquer direitos a ele relativos. Diante dessas considerações é necessário qualificá-lo, em relação à sua forma, de solene, característica essencial para atingir a causa (fim) desse negócio jurídico, que deve ser considerado como um instrumento (ou como um feixe de instrumentos coligados) de funcionalização da propriedade.

2.4 NATUREZA JURÍDICA

Embora abrangendo a alienação ou promessa e alienação da fração de terreno, a construção do edifício e o condomínio a ser constituído, contendo elementos de promessa de venda, de prestação de serviços e de empreitada, a incorporação é um contrato nominado ou típico, e que pese muito se aproxime do mandato.¹⁶⁴ A doutrina costuma ser harmônica na sua classificação.

Wald classifica o contrato de incorporação como bilateral, consensual, oneroso, formal, de execução diferida ou continuada, assumindo o incorporador uma obrigação de resultado, que é a entrega das unidades construídas, podendo ser preliminar ou não¹⁶⁵.

¹⁶³ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁶⁴ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁶⁵ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

É também um contrato de adesão¹⁶⁶, pois mandado redigir pelo incorporador – no que discorda Orlando Gomes¹⁶⁷, ao sustentar que lhe faltaria “o requisito de inesgotabilidade”, embora este, mais adiante, na mesma obra, admita tal qualidade¹⁶⁸ ao tratar da “dependência”¹⁶⁹ existente entre os diversos instrumentos contratuais coligados necessários à ultimação da incorporação imobiliária, o que será analisado em capítulo próprio, mais adiante. Sobre esse aspecto, colha-se a seguinte orientação jurisprudencial:

CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL RESILIDA PELA VONTADE UNILATERAL DO ADQUIRENTE. CÓDIGO DO CONSUMIDOR. 1. CONTRATO DE ADESÃO. Contrato de adesão é aquele cujo conteúdo não pode ser substancialmente modificado pelo consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 54, caput), em cujo rol se inclui o contrato de compra e venda de apartamento, salvo se, v.g., comprovada ou a modificação da planta padrão ou a redução significativa do preço ou o respectivo parcelamento em condições não oferecidas aos demais adquirentes de unidades no empreendimento. [...] ¹⁷⁰

Ghezzi¹⁷¹, por sua vez, classifica-o como um contrato bilateral, oneroso, consensual, comutativo e de execução diferida. Já Orlando Gomes¹⁷²

¹⁶⁶ Nesse sentido, afirma Brito: “É importante destacar que, diante do desenvolvimento experimentado pela construção civil, notadamente na utilização do regime da incorporação imobiliária, o contrato, aqui em estudo, deve ser visto como contrato de massa. Diz-se isso porque a quantidade de imóveis vendidos utilizando a incorporação imobiliária é tão grande que se faz necessária também uma contratação que suporte essa venda em larga escala, e isso é feito, normalmente, por meio do contrato por adesão.” In: BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263. Sobre o contrato de adesão, leciona Cláudia L Marques: “[...] a fraqueza (*weaker partie, la partie faible*) não é inerente ao método [o contrato não é nova espécie, mas um método], mas sim relativa, subjetiva e gradual, o que não impede, porém, de considerar que a contratação por adesão em geral é, justamente, o resultado de um ‘momento’ de estrutural fraqueza” In: MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 66.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁶⁸ Nesse sentido: “Essa uniformidade necessária determina a prática de sua celebração em formulários impressos, tendo, de regra, o feitiço de um contrato de tipo adesão.” In: GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁶⁹ O termo é aquele cunhado por Ludwig Enneccerus, ao classificar contratos conexos: “entre contratos conexos com dependência unilateral ou bilateral. Há dependência bilateral quando cada um dos contratos existe em função do outro, havendo influência recíproca. Já a dependência unilateral ocorre quando um dos contratos pressupõe o outro sem que a recíproca seja verdadeira, hipótese em que apenas um contrato exerce influência sobre o outro ou sobre os demais”. In: ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 866, p. 24, dez./2007.

¹⁷⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 59870/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 16.11.1999, DJ 07.02.2000, p. 149.

¹⁷¹ GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

defende que o contrato de incorporação imobiliária é sinalagmático, simplesmente consensual, oneroso, formal e de execução diferida. Melhen Chalub¹⁷³, finalmente, entende que a incorporação imobiliária é negócio jurídico bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada.

Bilateral porque encerra uma série de obrigações correspectivas para as partes figurantes do contrato. É o caso do contrato de construção entre o incorporador e o construtor, em que há, de um lado, a obrigação de aportar os recursos necessários para a obra (obrigação do incorporador e/ou dos adquirentes) e, de outro lado, a correspondente obrigação de realizar a obra (obrigação do construtor). Na contratação com o adquirente (contrato de compra, venda, promessa de compra e venda ou outra forma jurídica aplicável ao caso), há, de um lado, a obrigação do incorporador de construir ou fazer construir a edificação e entregar a unidade aos adquirentes e, de outra parte, há a obrigação do adquirente de pagar o preço, nos termos pactuados no respectivo contrato.¹⁷⁴

É negócio típico porque tem configuração própria definida de maneira explícita ela lei, fundamentadamente no parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/64 conferiu tipicidade ao contrato de incorporação, fixando sua estrutura e seus contornos, definindo as condições de sua contratação, enunciando os seus efeitos, identificando a figura central (o incorporador) em torno da qual gravitam os atos concernentes ao negócio e tratando das obrigações das partes.¹⁷⁵

A incorporação consubstancia negócio consensual porque se aperfeiçoa mediante declaração de vontade das partes envolvidas.¹⁷⁶ Firmado o instrumento pelas partes está perfeito e acabado, produzindo imediatamente os efeitos próprios. A vinculação entre a necessária alienação da fração ideal do terreno e a construção da acessão, precedendo a primeira à segunda e a condicionando, não desfigura a consensualidade do contrato¹⁷⁷ e reforça a ideia de coligação de dependência bilateral desses instrumentos.

¹⁷² GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁷³ CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁷⁴ Idem.

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

O contrato de incorporação imobiliária forma-se habitualmente mediante a simples aposição da assinatura do pretendente num módulo ou fórmula, de regra impressa, preparada pelo incorporador, para disciplinar, de modo uniforme, a série de relações contratuais necessárias à realização da incorporação.¹⁷⁸

É oneroso porque as partes contratantes visam vantagens, impondo-se, em contrapartida, encargos recíprocos.¹⁷⁹

Vantagens subjetivamente equivalentes buscam as partes no sinalagma das prestações certas que o contrato origina, sendo, pois, oneroso da espécie comutativa.¹⁸⁰ Comutativo porque as obrigações das partes guardam relativa equivalência: o preço que o adquirente se obriga a pagar ao incorporador guarda relativa equivalência com o valor da unidade imobiliária objeto do contrato.¹⁸¹

Origina obrigações correlatas, cumprindo ao incorporador, fundamentalmente, em contraprestação do preço a cujo pagamento se obriga a outra parte, satisfazer a obrigação de resultado, consistente na entrega da unidade autônoma construída. Entre as duas obrigações, há dependência recíproca.¹⁸²

Solene porque sua validade depende da observância da forma prescrita em lei e do cumprimento de uma série de requisitos, entre eles o registro da incorporação no Registro de Imóveis, a celebração de contrato escrito e o registro dos contratos de alienação, também no Registro de Imóveis.¹⁸³

É negócio de execução continuada porque as prestações a ele relativas não são atendidas num só instante, mas escalonadamente, como são o caso de construção, que, obviamente, se faz por etapas, e o do pagamento, que, em regra, se faz parceladamente¹⁸⁴, mas tais fatos não autorizam chamá-lo de contrato de duração, como ensina Gomes:

¹⁷⁸ Idem.

¹⁷⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁸⁰ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁸¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁸² GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁸³ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁸⁴ Idem.

Encerrando, como encerra, a obrigação do incorporador de promover a construção do edifício, a execução do contrato não se dá imediatamente após sua conclusão. O protraimento da execução é imperiosa consequência da natureza da prestação prometida. Executa-se, porém, de uma só vez no momento em que a unidade construída é entregue ao condômino adquirente. Não pertence à categoria dos contratos de duração, mesmo quando o pagamento do preço é distribuído em prestações periódicas, porque somente assim se devem qualificar os contratos que, por sua própria natureza, não comportam execução única e, no caso, o preço pode ser pago de uma só vez.¹⁸⁵

Adotando-se, pois, a tipologia de Giorgio Oppo¹⁸⁶, o contrato de incorporação deve ser qualificado de “execução continuada”, como admite Chalhub, ao invés de “execução diferida”, como cogitam Wald, Ghezzi e Orlando Gomes, tendo em vista que a execução das obras deve ser entendida como ato preparatório ao adimplemento final, tornando-se impossível satisfazer os interesses dos contratantes instantaneamente. É que os contratos de execução diferida compreendem os negócios em que o tempo (a postergação do adimplemento) é desejado pelos contratantes, o que, definitivamente, não é o caso da incorporação imobiliária.

¹⁸⁵ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁸⁶ [...] contrato de duração, cuja elaboração sistemática deve-se, sobretudo, às doutrinas italianas e alemãs (*contratti di durata, Dauerverträge*). Tais contratos abrangem mais de uma espécie, mas incluem, em particular, contratos de trato sucessivo ou de execução continuada; desses contratos originam-se “relações obrigacionais duradouras” (*dauernde Schuldverhältnisse*). Sobre os contratos de duração em geral, pode-se seguir a tipologia de Giorgio Oppo que ensina haver três modos pelos quais o tempo pode influenciar nas relações contratuais. Em uma primeira hipótese, o agente tem interesse em que a satisfação de suas necessidades ocorra em um determinado momento; o tempo funciona, assim, como fator de determinação da “sede temporal” do ato, isto é, do termo (essencial ou não) assinalado à execução da prestação de uma das partes ou de ambas, marcando a distância entre o ato constitutivo da relação jurídica e o ato de adimplemento. Pode-se falar, pois, em “execução diferida”. No segundo caso, o tempo diz respeito à lenta formação da execução. A qual demanda certo lapso temporal, necessário para que o ato se aperfeiçoe. É o que ocorre, por exemplo, no contrato de empreitada, no qual a satisfação do interesse e o adimplemento dependem do resultado final de uma atividade preparatória mais ou menos longa (realização da obra). Embora a execução possa ser dita “continuada”, o adimplemento, afinal, é instantâneo. O tempo, nesse caso, não tem o condão de prolongar o ato de adimplemento, mas sim de prepará-lo. Finalmente, na terceira hipótese, o tempo corresponde ao “interesse na satisfação continuada de uma necessidade duradoura”. O ato de adimplemento, portanto, não é diferido no tempo, nem se aperfeiçoa após certo lapso temporal, mas dura. Tem-se adimplemento continuado ou protraído no tempo. Ao passo eu no segundo caso o tempo é “suportado” por uma ou por ambas as partes, em virtude da impossibilidade de obter a satisfação de seus interesses instantaneamente (pense-se, novamente, na empreitada), na terceira categoria apontada pelo autor, o tempo é “desejado” pelas partes. Somente nesse último caso há, portanto, contrato de duração em sentido restrito, de que são exemplos os contratos de distribuição, o contrato de sociedade e o contrato de trabalho, dentre outros (“*I contratti di durata*”, *Scritti giuridici*, Padova: Cedam, 1992. Vol. III, p. 209 et seq.). AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Contrato de Distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – resilição unilateral e seu momento de eficácia – interpelação contratual – negócio per relationem e preço determinável – conceito de ‘compra’ de contrato e abuso de direito*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 826, pp. 11-136. ago./2004.

2.5 FORMAÇÃO

Forma-se negócio da incorporação mediante manifestação de vontade do incorporador e das demais figuras que participem da atividade entre eles, o construtor e o adquirente das unidades.¹⁸⁷

A incorporação tem como termo inicial a data do registro da incorporação, no Registro de Imóveis da situação do empreendimento (art. 32, LI), e como termo final a data da averbação da construção nesse mesmo Registro (art. 44, LI).

Não obstante, pode o termo inicial ser, excepcionalmente, a data da primeira alienação de fração ideal do terreno, caso o incorporador a tenha efetivado antes de ter arquivado o memorial de que trata o art. 32. É o que se deduz do que dispõem o art. 29 e o seu parágrafo único; de acordo com esses dispositivos, o alienante responderá como incorporador mesmo se, à época da alienação, o projeto de construção ainda estiver pendente de aprovação pela autoridade administrativa, daí porque essa venda antecipada não descaracteriza a atividade de incorporação.¹⁸⁸

O contrato de incorporação formar-se-ia paradoxalmente, pela aceitação de proposta feita ao incorporador pelo interessado na incorporação. Quem a organiza, lança e promove é o incorporador, traçando, inclusive, as condições uniformes dos contratos que firmará para realizar o empreendimento. No entanto, a prática teria determinado a inversão de posições a que se refere Caio Mário, colocando o incorporador na posição de "oblato". 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. [...] Como oferta ao público, o anúncio do incorporador o vincula, submetendo-o, quando aceita, às consequências do ato pré-negocial da proposta de contrato. A oferta do incorporador produz efeitos a partir do momento em que chega ao conhecimento do público. [...] Obriga-se, pois, o incorporador por sua proposta, mas como a incorporação é um empreendimento que requer uma pluralidade de interessados na aquisição das unidades autônomas, a lei instituiu um período de carência no qual lhe é permitida a simples retratação. [...] A desistência do empreendimento no período de carência, autorizada em lei, é, tecnicamente, retratação de proposta. [...] A obrigação legal de promover a celebração dos contratos relativos à fração ideal do terreno, à construção do edifício e ao condomínio mais não é, na própria sistemática da lei, do que a ratificação, em instrumento adequado, do contrato concluído com a adesão à proposta, que tem a sua eficácia suspensa no período da carência. Trata-se, na disposição da lei, de construção tecnicamente defeituosa, por isso

¹⁸⁷ CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁸⁸ Idem.

que a obrigação não é a de contratar, nem três são os contratos, senão um só.¹⁸⁹

No negocio jurídico da incorporação, esses contratos são coligados - o que será discutido com minúcias em capítulo próprio mais à frente -, reunidos que estão para cumprimento de uma finalidade única que é a articulação de todos os meios necessários para que se promova construção e se concretize seu resultado no Registro de Imóveis, com a averbação da construção, que resultará na individualização e discriminação das unidades imobiliárias autônomas, integrantes de um conjunto de unidades.

A partir da união desses contratos coligados e da implementação de outros atos jurídicos, entre estes, em especial, o registro da incorporação, identifica-se o negócio jurídico da incorporação, formando o centro nuclear da incorporação imobiliária *lato sensu*, encontramos um negócio jurídico unitário, composto de diversas outras declarações reunidas, complementares umas das outras: é o negócio jurídico incorporativo, ou incorporação imobiliária *stricto sensu*.¹⁹⁰

2.6 OBRIGAÇÕES E DIREITOS DOS CONTRATANTES

As obrigações¹⁹¹ contraídas exigem das partes prestações características; o incorporador deve promover a construção do edifício e transferir a propriedade da unidade autônoma que vendeu; à outra parte cumpre pagar o preço.

O objeto da obrigação do incorporador é complexo por envolver diversas prestações. Não lhe incumbe o cumprimento de prestação única, até porque assume obrigações distintas, de dar e de fazer. Obriga-se, com efeito, a transferir um direito real, dando, e a promover uma construção, fazendo.

¹⁸⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

¹⁹¹ Colham-se, sobre as obrigações, os seguintes escólios: “laço jurídico entre o credor e o devedor e cujo objeto consistem entre o credor e o devedor e cujo objeto consiste em uma prestação econômica ou, pelo menos, avaliável em dinheiro, deste àquele”. In: NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*. vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 76; e, “obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito da outra”. In: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 15. Note-se que, em relação à boa parte das obrigações que serão atribuídas ao incorporador, notadamente àquelas descritas no art. 32 da Lei 4.591/64, devem ser entendidas “obrigações legais”, ou seja, como deveres, ou ainda, nas palavras de Orlando Gomes, como “objeto de um imperativo absoluto (deves fazer isto ou aquilo, ainda que não queiras)” In: GOMES, Orlando. op cit. p. 11.

Considerada conforme seus efeitos, a obrigação do incorporador é de resultado, eis que se compromete a entregar à outra parte a sala o apartamento, a loja, ou qualquer outra unidade autônoma que se obrigou a construir, cumprindo-lhe, em caso de inexecução, justifica-la, sob pena de pagar perdas e danos.

A obrigação da outra parte tem como objeto uma prestação pecuniária representativa do preço. A prestação pode ser paga de uma só vez, mas, na prática, é habitualmente dividida para cumprimento periódico e sucessivo no curso da construção e até após sua conclusão. Cada um dos direitos e obrigações que tocam a esses contratantes será vista adiante, separadamente.

2.6.1 Obrigações e Direitos do Incorporador

Orlando Gomes defende que as obrigações legais são estabelecidas no propósito de preservar os adquirentes das unidades autônomas de um edifício da leviandade ou da malícia do incorporador. O jurista anota que tais obrigações legais “distribuem-se no tempo, sendo exigíveis antes da incorporação, no curso do empreendimento, ou após a conclusão da obra.”¹⁹²

Nenhum incorporador poderá oferecer e negociar unidades autônomas sem ter, antes, arquivado no cartório do Registro de Imóveis documentação completa, relativamente ao empreendimento que promove, tal como exige o art. 32 da Lei 4.591/64.¹⁹³ Sobre a relevância do ato registral, leciona Ghezzi:

Com o arquivamento desta documentação, é efetuado o registro da incorporação junto à matrícula do imóvel sobre o qual será erguido o prédio. O principal objetivo deste registro é oferecer aos potenciais adquirentes das unidades autônomas do empreendimento elementos que lhes permitam avaliar a segurança jurídico-patrimonial do negócio que poderão vir a celebrar com o incorporador. De fato, por meio do registro de incorporação

¹⁹² GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

¹⁹³ A obrigação do incorporador de arquivar junto ao registro de imóveis e documentos listados no art. 32 independe da modalidade comercial por ele adotada para a venda das unidades autônomas. Mesmo que o incorporador contrate a venda por preço global, abrangendo a quota do terreno e a construção, que parte do pagamento ocorra após a entrega das unidades e quer haja ou não um prazo fixado para tanto, o registro da incorporação será necessário. Este foi o entendimento manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento: “Construção de edifício em condomínio. Obrigações do incorporador (Lei nº 4.591/64). Mesmo quando se trate de unidades contratadas na forma do art. 41, exige-se o registro na forma do art. 32. Recurso especial não conhecido.” In: BRASIL, STJ, Terceira Turma, REsp 63581/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 02.06.1998, DJ 10.08.1998, p. 53.

os potenciais adquirentes em conhecer a história do imóvel, a situação jurídica e patrimonial do incorporador, as condições em que ele negociou o terreno sobre o qual será erguida a edificação, os ônus que recaem sobre esse terreno, o projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes e o orçamento da obra, entre outras coisas.¹⁹⁴

Deverá ele titularizar a propriedade do terreno, ou promessa irrevogável e irretratável, de compra-e-venda ou de cessão de direitos, ou de permuta, na qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulação impeditiva de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção (cf. artigos 31, “a” c/c 32, “a”, da LI). Sobre tais hipóteses, anota ainda Caio Mário:

Sendo, porém, o construtor ou o corretor de imóveis, não satisfaz a mera autorização do dono, a simples opção precária e a prazo curto, ou mesmo promessa não formalizada e revogável. A nova lei quer a promessa ou cessão, mas em caráter de contrato insuscetível de rescisão unilateral, o que se obtém com as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade. Faz a menção à promessa de compra-e-venda, de cessão ou permuta. Mas não esgota as hipóteses, pois que tem o mesmo valor outro título que a estes equivalha em compromisso de alienação, como a promessa de doação ou de dação em pagamento, desde que revestida dos outros requisitos. O promitente deve achar-se desde logo investido na posse e autorizado a demolir e construir. Finalmente, o título qualquer que seja, deve constar do Registro de Imóveis, que só ele opera a constituição do direito real e dá publicidade ao ato.¹⁹⁵

Como mandatário, nos casos do art. 31, § 1º, da LI, o incorporador - construtor ou corretor de imóveis - está sujeito às normas disciplinares do mandato, que deverá ser outorgado nos termos do § 4º do art. 35 da LI e tem as obrigações àquele inerente. Ressalta Caio Mário que o mandatário deverá:

[...] aplicar sua diligência habitual na execução do mandato, indenizar aos comitentes os prejuízos que lhes causar, prestar contas minuciosas de sua gerência, transferindo ao comitente as vantagens provenientes do ato que praticar; não se utilizar do numerário do cliente em proveito próprio ou de outros clientes ou em outros negócios; contratar o que for de estrito interesse do mandante (Código Civil, arts. 1.309 e segs.; Código Comercial, arts. 140 e segs.).¹⁹⁶

¹⁹⁴ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

¹⁹⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

¹⁹⁶ Idem.

Nos termos da alínea “b” do art. 32 da LI, deverão exibir ainda certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais de protestos de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais, relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador. Sobre tais aspectos, leciona o autor do Anteprojeto:

É de boa regra que todo aquele que aliena um imóvel demonstre que pode fazê-lo. Com mais razão quem lança uma incorporação, porque se compromete perante um certo público, junto ao qual recruta capital vultosos. A prova de que pode livremente vender, ou de que não sofre embaraços para a alienação e de que não expõe os candidatos a riscos na aquisição, faz, quanto ao imóvel, pela demonstração de inexistirem ônus reais sobre ele nem débitos fiscais; quanto às pessoas dos alienantes e do incorporador, com a certidão de quitação fiscal e a negativa de protestos e de ações. Quem tem título protestado ou está sendo acionado não tem o patrimônio livre e, pois, não se acha habilitado para mobilizar capitais alheios. A negativa de ação criminal é um luxo do legislador ou um excesso de cautela. É possível, porém, que haja protesto por falta de aceite ou ação inspirada em capricho alheio. Não sendo razoável, nesses casos, que a incorporação seja embaraçada, o incorporador poderá suprir o requisito, demonstrando haver efetuado o depósito da quantia ou da coisa disputada ou por meio idôneo segurado o juízo, pondo a salvo de qualquer contestação ou litígio futuro os adquirentes ou candidatos à aquisição das unidades no edifício a ser incorporado. É igualmente possível que haja ônus fiscais ou reais que pela natureza não obstaculizem a incorporação.¹⁹⁷

Também será necessário apresentar o histórico da propriedade, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros, como exige a alínea “c” do art. 32 da LI.

O histórico se faz pelo registro e com as certidões. O período de vinte anos, mencionado pela lei, estava em sintonia com os prazos máximos de prescrição aquisitiva, segundo o Código Civil vigente à época (art. 177, CC/1916). Com a reforma do Código Civil, e com a conseqüente redução dos prazos prescricionais (e.g. art. 205, CC/2002), obviamente a exigência da Lei do Condomínio e Incorporações deveria ter se adaptado àqueles, o que até o presente momento não aconteceu.

¹⁹⁷ Ainda sobre esse aspecto, ressalta o autor: “É importante anotar que a existência de ônus fiscais ou reais não impede, necessariamente, o registro da incorporação nem a expedição da certidão que libera o seu lançamento. O que cumpre ao incorporador é mencionar, em todos os documentos extraídos do registro, a existência e a extensão do ônus. O candidato, que fechar negócio, e firmar contrato de aquisição com a referência expressa ao débito fiscal, ao direito real ou à ação, corre certamente o risco, porém conscientemente. Está a coberto de uma surpresa. E, se assim faz porque quer, não está iludido nem enganado”. In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

Arquivará ainda o projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes, como exige a alínea “d” do art. 32 da LI. Sobre tal exigência, anota Caio Mário:

A medida é rigorosa. Sua origem situa-se em que, antes, o incorporador iniciava de mãos vazias. Angariava fundos com a venda de unidades em edifício de que não tinha projeto, a ser construído em terreno que não tinha dinheiro para adquirir. Incorporação fazia lembrar a famosa faca de Lichtenberg, que não tinha cabo e lhe faltava a lâmina. No mesmo afã de proteger a economia dos adquirentes, a lei agora quer que o incorporador tenha o que oferecer. E, conseqüentemente, o projeto, elaborado por profissional habilitado, deverá estar aprovado pelas autoridades administrativas.¹⁹⁸

Segundo a alínea “e” do art. 32 da LI, o incorporador deverá, dentre os documentos apresentados ao oficial registrador, depositar o cálculo das áreas de edificação, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando a cada tipo de unidade a metragem de área construída. Para Caio Mário, trata-se de:

[...] operação singela, uma vez que todos os dados são conhecidos. [...] É uma questão apenas de pôr em termos numéricos discriminados o que o arquiteto traçou. [...] o candidato à aquisição deve ser honestamente informado do que vai comprar.¹⁹⁹

Deverá apresentar ainda, nos termos da alínea “f” do art. 32 da LI, certidão negativa de débito para com a Previdência social, se for responsável pelas arrecadações perante o INSS. Como se trata de exigência condicional, não devia figurar entre os documentos a serem depositados.

Consoante à alínea “g” daquele mesmo artigo, também deverá confeccionar e depositar o memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo elaborado pela *Associação Brasileira de Normas Técnicas* (art. 53, IV, LI). Caio Mário alerta que referência ao modelo é útil, porque, “sendo um documento de natureza técnica, somente se habilita o oficial do Registro à sua verificação imediata, e sem apelo a um perito, se obedecer a padrão determinado.”²⁰⁰

Para atender a alínea “h” do art. 32 da LI, o incorporador deverá apresentar a avaliação do custo global da obra, atualizada na data do arquivamento

¹⁹⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.].

¹⁹⁹ Idem.

²⁰⁰ Ibidem.

discriminando-se, também, o custo da construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável. A medida é extremamente útil, pois, como ensina Caio Mário:

[...] acoberta os candidatos à aquisição das unidades autônomas de serem empulhados por incorporador inescrupuloso, que lhe forneça dados inexatos, a lei coloca, neste item, uma tríplice garantia: valor atual da obra, tomando por base a data do arquivamento em cartório; autenticação pelo profissional responsável pela obra; e padronização, pois que a lei aqui se reporta também à elaboração pela *Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT* – e aos custos unitários divulgados mensalmente pelo Sindicato da Construção Civil do Estado respectivo ou por outro em cuja reunião os custos de construção mais se lhe aproximem, no caso de se omitir o do Estado em que a incorporação se vai realizar (art. 53, nº III, e art. 54). O incorporador adotará o valor de custo global divulgado pelo sindicato, referente ao tipo de prédio padronizado que mais se aproxime do que é objeto da incorporação (art. 14, § único da Lei nº 4.864/65).²⁰¹

Não obstante, deverá ainda atender às alienas “i”, “j”, “l”, “m”, “n”, “o” e “p”, todas do mesmo art. 32 da LI, a fim de discriminar as frações ideais de terreno, com as unidades autônomas correspondentes, para que, desde o início da construção, já se tenha a noção precisa do condomínio e saibam os candidatos qual a expressão matemática, em fração decimal ou ordinária, do seu valor proporcional.

Em relação à edificação, minutar a futura Convenção de Condomínio²⁰², ainda suscetível de alterações, segundo o que deliberarem os interessados, prestar declaração em que se defina a parcela do preço do terreno a ser paga em unidades do próprio edifício²⁰³, com a menção expressa da área, exhibir certidão de procuração passada pelo titular de direitos sobre o terreno, quando o

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Sobre esse aspecto Orlando Gomes explica que a instituição do condomínio, elemento do contrato de incorporação, “não é a convenção de condomínio que elaboram os condôminos, sejam proprietários das unidades autônomas, sejam promitentes compradores, sejam cessionários dos direitos de aquisição, antes, durante ou depois da construção. A convenção de condomínio é um contrato para regular as relações entre condôminos, de conteúdo normativo e obrigatório em grande parte, enquanto a instituição do regime condominial é um elemento natural do contrato de incorporação. A obrigação do incorporador de promover a construção do edifício implica a de instituir esse regime, - incorporação não existindo se condomínio especial não se constituir, como expressa menção, no próprio contrato.” In: GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁰³ “Esta, aliás, é operação das mais frequentes no comércio imobiliário e franqueia grande número de empreendimentos, tendo em vista que o pagamento em dinheiro exige disponibilidades fora do alcance do comum dos incorporadores, e que interessa ao proprietário do terreno investir em apartamentos ou conjuntos comerciais o valor do seu imóvel. Assim se te procedido com habitualidade, e prevê-se, razoavelmente, ainda se faça no futuro.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.] Sobre tal hipótese, é necessário que o incorporador observe ainda a regra do parágrafo único do art. 39 da LI.

incorporador foi construtor ou corretor, não-proprietário ou promitente-comprador, declaração em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34, da LI), e, finalmente, declaração, acompanhada de plantas, sobre o número de veículos que a garagem comporta, e os locais destinados à guarda dos mesmos.

Anote-se, finalmente, que em relação apresentação do atestado de idoneidade financeira fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos (cf. alínea “o” do art. 32, LI), exigência que o Anteprojeto não mencionava, “foi adicionada na passagem pelo Congresso, sugerida naturalmente por quem não tem experiência de negócios”, entende Caio Mário. Sobre esse aspecto, justifica:

Este atestado de idoneidade é inócuo, não obriga o banco, e via de regra figura como atestação meramente graciosa. Não aumenta nem diminui a solvência do incorporador, e nada acrescenta em matéria de segurança para os candidatos à aquisição.²⁰⁴

Em virtude das alterações introduzidas na Lei de Incorporações pela Lei nº 12.424/2011, ressalte-se que os entes do Estado ou seus cessionários, mencionados na alínea “c” do art. 31 da Lei nº 4.591/64, na qualidade de incorporadores, estarão dispensados de levar a depósito e a registro perante o Oficial de Registro de Imóveis os documentos referidos nas alíneas “a”, “b”, “c”, “f” e “o” do mesmo artigo (§ 13º do art. 32, LI).

Apresentado esse extenso rol de documentos, o Oficial não poderá protelar indefinidamente seu exame, suas exigências, ou, ainda, a suscitação de suas dúvidas. Ele tem o prazo de 15 dias para o estudo dos documentos e sua apreciação, e é nesse prazo que haverá de proceder ao arquivamento ou exigir que sejam completados (cf. § 6º do art. 32, LI). Anota ainda Caio Mário, especificamente sobre a fiscalização da incorporação, o seguinte:

Cabe, de início, ao oficial de Registro Imobiliário, na verificação da documentação oferecida para ser arquivada, fiscalizar, sob pena de responsabilidade civil e criminal, a sua exatidão, o que envolve, desde logo, a apuração se não falta a qualidade legal ao que promove o empreendimento. Indiretamente, ao Ministério Público e ao juiz incumbe também esta fiscalização, no exercício de suas funções de disciplina e correição, quanto aos Cartórios de Registro. Às autoridades policiais incumbe, por outro lado, abrir inquérito, a fim de apurar a infração das

²⁰⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

normas disciplinares e a responsabilidade dos infratores. Os delegados de polícia, que venham a conhecer das faltas, de ofício ou mediante representação, procederiam segundo as regras processuais. Os adquirentes, independentemente da ação civil para o ressarcimento de seus prejuízos ou para a apuração do inadimplemento do contrato, têm qualidade para pedir a abertura de inquérito, e as autoridades administrativas, órgãos de representação de classe ou categoria profissional e econômica, Conselhos de Engenharia e Arquitetura, Conselhos de Corretores, Sindicatos Profissionais, todos, enfim, que têm por dever de ofício ou por imposição estatutária zelar pelo cumprimento das leis e da observância das normas regulamentares, acham-se investidos de legitimidade bastante para representarem às autoridades ou ao Ministério Público, denunciando as contrariedades e infração à lei.²⁰⁵

Uma vez passada a certidão de registro de incorporação, válido pelo prazo de 180 dias, a incorporação deverá se concretizar. Em caso contrário, o incorporador somente poderá negociar as unidades revalidando o registro por igual prazo (art. 33 da Lei nº 4.591/64). No mesmo prazo de 180 dias, poderá o incorporador desistir do empreendimento, denunciando o fato, por escrito, ao oficial, para que dê baixa no respectivo registro, e comunicará por escrito aos interessados, sob pena de responsabilidade civil e criminal (art. 34, § 4º).

A lei teve, também, a cautela, toda especial, de fixar os deveres e penalizar as faltas. O incorporador tem a obrigação de depositar os documentos, de acompanhar a sua tramitação, de cumprir as exigências, de observar os prazos. E, vendo frustrado o negócio, é ainda obrigação sua denunciar a incorporação (art. 34 e § 4º, LI).

Já a obrigação de consignar, nos documentos preliminares, o prazo de carência para a decisão definitiva da realização da incorporação, pode inexistir se o incorporador o dispensa (art. 34, LI). No rigor da técnica é antes um ônus para o exercício da faculdade de arrependimento reservada ao incorporador em período que precede à celebração do contrato de incorporação imobiliária.²⁰⁶

Dentro de sessenta dias após o prazo de carência ou após os contratos prévios, deverá o incorporador concluir os contratos de incorporação, contendo número do registro, responsáveis pelo custeio, ônus real ou fiscal, se houver, preço e modo de pagamento, custo da fração ideal; além disso, pôr seu nome no local da construção, observar os prazos, contratar o seguro obrigatório de “garantia do cumprimento de suas obrigações” (art. 20, e, do Déc.-Lei n. 73/66),

²⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²⁰⁶ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

custear as unidades não alienadas (art. 35, § 6º) e restituir as quantias em caso de denúncia, se houver carência.

Do contrato de incorporação nascem, para o incorporador, as obrigações seguintes: a) transferir, como vendedor ou procurador do dono do terreno, a fração 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 de edifício dividido em unidades autônomas, estabelecendo o plano da obra e, eventualmente, as condições da construção; d) entregar a seus adquirentes, devidamente averbadas, as unidades que adquiriram.²⁰⁷ Especificamente sobre a promoção da construção, é oportuna ainda a seguinte advertência:

A obrigação de construir o edifício não deve ser tomada ao pé da letra, no sentido de que o incorporador há de ser necessariamente construtor civil, mas, sim, no de que lhe incumbe promover a construção, por empreitada ou por administração, se não constrói diretamente o edifício. Quando constrói por intermédio de terceiro, empreiteiro ou administrador da obra, o contrato, de empreitada ou de administração, não é absorvido pelo de incorporação, conservando, pois, sua autonomia. A obrigação que tem é de promover a construção, não a de construir, sendo, assim, obrigação de fazer, que, descumprida, pode ser executada à custa do incorporador, por decisão judicial.²⁰⁸

Concluída a obra, ao incorporador cumpre a obrigação de entregar as unidades autônomas aos respectivos adquirentes, procedendo, como determina a lei, à sua averbação no registro imobiliário. Se o preço não está pago integralmente por ter sido estipulado o seu pagamento em período superior ao da construção, convencionam as partes a dilatação do prazo para o cumprimento da obrigação de averbar a construção em nome do promissário comprador na qualidade de adquirente.²⁰⁹

Constam ainda no conteúdo de um contrato de incorporação imobiliária cláusulas instituidoras de outras obrigações do incorporador, como as que dizem respeito ao condomínio, a modificações do seu projeto de construção e a serviços de revisão.²¹⁰

²⁰⁷ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁰⁸ Idem.

²⁰⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²¹⁰ Idem.

Segundo Arnoldo Wald²¹¹, os direitos específicos do incorporador são os de fixar o prazo de carência, no qual poderá desistir do empreendimento, de estipular as condições contratuais, geralmente impostas, como contrato de adesão, de exercer o direito de retenção, nos casos previstos (art. 52 da Lei n. 4.591/64), de exigir as prestações dos adquirentes, e, finalmente, de notificá-los para constituí-los em mora após o atraso de três prestações. Sobre a desistência da incorporação, anote-se ainda a lição de Walter Ceneviva, sobre o conseqüente cancelamento do registro:

O interesse do incorporador ou do loteador em cancelar a incorporação ou o loteamento é legítimo. Subordina-se, porém, ao princípio de ordem pública, voltado para a garantia do sistema criado pelo Decreto-Lei n. 58/37, pela Lei n. 6.766/79 e pela Lei n. 4.591/64, de maneira a salvaguardar o interesse e a boa-fé dos que, aderindo a ele, adquiriram lote ou unidade autônoma. O direito do incorporador cede passo a dois pressupostos essenciais, cujo rigoroso atendimento é observado pelo oficial: o cancelamento é possível se não houver venda anterior, ou se, em a havendo, for acompanhada da anuência unânime dos adquirentes. [...] terá de exibir prévia anuência municipal.²¹²

Uma vez exercido o direito de desistência, o incorporador terá o prazo de 30 dias para devolver aos adquirentes as importâncias que deles recebeu, devidamente corrigidas (art. 36). Todavia, para que o incorporador possa exercer este direito de desistência sem que lhe sejam aplicadas sanções, juntamente com os documentos necessários ao registro da incorporação, ele deve apresentar uma declaração expressa por meio da qual será fixado o referido prazo de carência (art. 32, n). Se este documento não for apresentado, a desistência por parte do incorporador caracterizará inadimplemento contratual.

2.6.2 Obrigações e Direitos dos Adquirentes

A obrigação principal dos adquirentes das unidades é pagar o preço, tanto da fração ideal do terreno como da construção. De regra, pagam um sinal, exigido na modalidade de arras confirmatória, e se comprometem a saldar

²¹¹ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, pp. 182-187.

²¹² CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. p. 564.

pontualmente prestações mensais representadas, ou não, por títulos de crédito (v.g., notas promissórias)²¹³.

É usual a cláusula de juros pelo atraso no pagamento de cada prestação. Cobra-se, também, multa e correção monetária na impontualidade (art. 63, §§ 8º e 9º, da Lei nº 4.591/64), sob pena de sofrerem a alienação da unidade, por mora superior a três prestações, se notificados e não a purgarem em 10 dias (art. 63, § 1º); pagar os tributos que lhes incumbem.

Tem o adquirente direito de participar de assembleias - que reúne os principais interessados, a seu turno acompanha e age no interesse de todos, cabendo-lhe tomar as providências necessárias à boa execução da lei²¹⁴ - dos contratantes da construção, sendo o caso, fazer-se representar pela Comissão de Representantes, como regula o art. 61 da LI²¹⁵, receber informações semestrais sobre o estado da obra, nos casos do art. 43, ser imitado na posse da unidade, se estiver em dia, e obter as quitações devidas.²¹⁶

A Lei n. 10.931/2004 trouxe importante instrumento de proteção dos adquirentes, na medida em que regulamentou a possibilidade de a incorporadora submeter determinado empreendimento ao regime de patrimônio de afetação, pelo qual o terreno e as acessões referentes à certa incorporação não se comunicam com o seu patrimônio e constituem patrimônio separado e vinculado ao cumprimento das obrigações relacionadas com a respectiva incorporação (art. 30-A, LI)²¹⁷, como será visto em capítulo próprio.

²¹³ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²¹⁵ Também aqui o autor do Anteprojeto criticou o legislador: "Problema, sem dúvida, relevante, cuja solução a todos preocupa, é a fiscalização a que está sujeita o incorporador no cumprimento dos deveres e das obrigações a seu cargo. [...] Na verdade, uma lei complexa como é a do 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. 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. [...] 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." In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²¹⁶ WALD, Arnoldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

²¹⁷ Idem.

A despeito do rol de proteção conferido pela Lei nº 4.591/64 aos adquirentes, outros instrumentos de defesa serão expostos com mais detalhes na parte III desta dissertação, inclusive sob o viés do Código de Defesa do Consumidor, microsistema jurídico aplicável em favor daqueles adquirentes de unidades autônomas que possam ser qualificados de vulneráveis.

2.7 REGIMES DE CONSTRUÇÃO

O incorporador não tem de acumular inevitavelmente a condição de construtor. A construção tanto pode ser promovida e realizada pelo incorporador, sob o regime de empreitada ou administração²¹⁸, como ser contratada diretamente entre os adquirentes e a companhia construtora. Desta feita, “a construção da edificação pelo incorporador não é um elemento natural do contrato de incorporação”.²¹⁹

Quanto ao regime de execução das obras na incorporação imobiliária, pode ser ela contratada por empreitada (preço fechado), detalhado nos artigos 55, 56 e 57 da Lei de Incorporações, ou por administração (preço de custo), delineado pelos artigos 58 a 60 da Lei 4.591/64.²²⁰

Em tese, ambos os critérios são bons. A empreitada permite saber, de antemão, em quanto a obra ficará, muito embora a sua aplicação na época

²¹⁸ Para que se tenha uma noção sobre a diversidade dos regimes de construção, Vicente Rao cogita ainda as seguintes modalidades, rompendo os limites estritos dos tipos clássicos de empreitada com fornecimento de materiais ou de empreitada sem fornecimento de materiais: (a) empreitada a preço fixo; (b) a empreitada a preço unitário; (c) empreitada a preço por séries; (d) empreitada por preço máximo; (e) empreitada por tarefa; (f) empreitada por administração. In: RAO, Vicente. *Empreitada – Modalidades do Contrato. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 254, p. 58. Dez./1956.

²¹⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²²⁰ Sobre as duas modalidades discorre Caio Mário: “A incorporação sempre se encaminhava para a construção em regime de empreitada, a que não faltou, com uma frequência que estimulava o desenvolvimento deste gênero de atividade e de negócio, e propeliu o progresso das cidades, o financiamento dos estabelecimentos bancários particulares, como ainda das autarquias de cunho previdenciário. Depois, com o curso cada vez mais veloz da inflação, surgiram dificuldades na manutenção do sistema, uma vez que o empreiteiro, não obstante disposição expressa do Código Civil, a proibir a elevação do custo da obra, ainda que haja majoração nos preços e nos valores salariais (art. 1.246), tinha de recorrer á revisão, e até por mais de uma vez antes da entrega do edifício. As coisas de tal modo ocorreram que se tornou impossível uma previsão de custeio. E, então, marchou-se noutro rumo – o da construção, por administração, ou por preço de custo, o qual variará na medida das oscilações de mercado, obrigando-se o adquirente a cobrir os gastos na medida em que se fizerem, mediante a atualização periódica das prestações” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

inflacionária suscite um risco maior por via do qual o empreiteiro pode estimar tal alto que acabe por trazer ao adquirente condições onerosas demais ou o faça aquém das metas e acabe por sacrificar-se e sofrer prejuízo.

Já a administração assegura ao adquirente a justeza do preço em relação ao custo real, embora traga em constante incerteza, porque as elevações de salário e o aumento no preço de materiais às vezes são tão bruscos e sensíveis que deslocam para níveis muito altos as prestações ajustadas.²²¹ Veja-se adiante cada uma dessas modalidades.

2.7.1 Empreitada ou Preço Fechado

A construção por empreitada admite a estipulação do preço fixo, como do preço reajustável (ou absoluto e relativo, como ensina Cunha Gonçalves²²²), já que a Lei nº 4.591/64 admite ambas as modalidades de empreitada de construção (art. 55, *caput*). Em sendo reajustável, o reajuste deve ser feito nas épocas e de acordo com índices previamente determinados (art. 55, § 2º). Caso não se faça referência expressa, o preço será fixo (art. 55, § 6º).²²³

Contratada a empreitada por preço fixo esta é irremovível. “Quem pretenda o direito de rever o preço terá de usar desde logo da franqueza necessária e contratá-lo abertamente”, vaticina Caio Mário. Se convencionar por preço certo, suportará as consequências, ainda que lhe advenham prejuízo e sacrifício²²⁴.

Josserand leciona que no contrato de construção por empreitada sem reajuste, também denominado *a forfait*, o preço é determinado em bloco e de maneira fixa; sabe-se desde o primeiro dia a que soma terá direito o empreiteiro em toda e qualquer eventualidade.²²⁵

²²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²²² apud RÁO, Vicente. *Empreitada – Modalidades do Contrato*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. vol. 254, p. 58. Dez./1956.

²²³ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²²⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²²⁵ BARRETO, Plínio. *Empreitada – Construção por Administração e pelo Preço de Custo*. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 24. dez./1956.

Reversamente, se pretender o empreiteiro o direito de reajustar, deverá mencioná-lo com clareza e expressamente precisar as épocas, as formas e as bases do reajustamento, fora dos quais lhe não assiste o direito de variar o valor (art. 55, §§ 1º e 2º).²²⁶

Nesse regime, a comissão de representantes fiscaliza o andamento da obra e a obediência ao seu projeto e às suas especificações (art. 55 § 3º). Além disso, sempre que o contrato de construção for por preço reajustável, a comissão fiscaliza também o cálculo do reajustamento (art. 55, § 4º)²²⁷, para assim se preservar a equivalência material das prestações de um e outro contratante.

Por fim, em toda publicidade ou “propaganda” (termo usual e inadequado, por tratar a propaganda de disseminação ideológica, e não peça de marketing) escrita destinada a promover a venda de incorporação com construção pelo regime de empreitada reajustável, em que conste preço, devem ser discriminados explicitamente o preço da fração ideal do terreno e o preço da construção com indicação expressa da reajustabilidade (art. 56, *caput*).

As mesmas indicações devem constar em todos os papéis utilizados para a realização da incorporação, tais como cartas, propostas, escrituras, contratos e documentos semelhantes (art. 56, § 1º), dispensando-se esta exigência apenas nos anúncios classificados dos jornais (art. 56, § 2º). Vê-se, pois, que antes mesmo do advento do atual Código Civil ou ainda do Código de Defesa do Consumidor, a Lei das Incorporações já carregava, em seu bojo, uma imposição ao incorporador de informar e prestar contas aos adquirentes, bem como um comedimento em relação às estratégias de marketing (gênero do qual a publicidade é espécie), evidente dever lateral de boa-fé objetiva.

2.7.2 Administração ou Preço de Custo

Na construção por administração, a responsabilidade pelo pagamento do custo integral da obra é dos proprietários do terreno ou dos futuros adquirentes das unidades, ao mesmo tempo em que ela for se desenvolvendo (art. 58, LI).

²²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²²⁷ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Marco Aurélio da Silva Viana²²⁸ bem observa que esta remuneração, conhecida como taxa de administração, incide, em regra, sobre o valor da obra, abrangendo, ainda, outras despesas, tais como confecção de projetos e sua aprovação, salários em geral, subempreitadas parciais, emolumentos, taxas, impostos, vigias, água, força, luz, combustível, lubrificantes, mão de obra de operários, diaristas, tarefeiros, autônomos e avulsos, etc.

No contrato pelo preço de custo, que os franceses e belgas denominam *marché à devis*, Josserand²²⁹ ensina que as partes contentam-se com previsões. Faz-se, aí, apenas simples previsão dos trabalhos a serem executados que sirva de base para a determinação do preço uma vez terminada a obra. Este contrato comporta certa margem na direção e, em seguida, na remuneração do empreiteiro. Uma economia mais flexível toma o lugar à solução rígida do contrato a *forfait*. (*Cours de Droit Positif Français*, vol. 2, pág. 682 e seguintes).

Para Le Page²³⁰ (*Droit Civil Belge*, vol. 4. pág. 882), nos contratos por administração, faz-se apenas uma avaliação aproximativa e provisória da construção e do preço-simples indicação, simples previsão para o governo do dono da obra.

Miranda Carvalho, ao seu turno, doutrina que na empreitada por administração a obra não é convencionada por um preço certo embora seja orçado o preço provável, apenas para orientação financeira dos contratantes, mas sem a obrigação do empreiteiro executar o trabalho por tal preço. A forma desta execução, em geral é, segundo esse jurista, a seguinte:

(a) o empreiteiro projeta e especifica a obra abrindo concorrência para executar com base nesses projetos e especificações; adquire o material diretamente ou por intermédio de um empreiteiro escolhido, pagando seu preço depois do empreiteiro conferir e aceitar aquele; contrata o pessoal para os diversos trabalhos e lhe custeia o salário, à vista das folhas de pagamentos organizadas pelo empreiteiro; paga as despesas oriundas das leis trabalhistas e de previdência bem como as taxas, impostos, seguros etc., concernentes à execução da obra; enfim, remunera o trabalho do empreiteiro cum uma percentagem sobre todas as despesas necessárias à construção pagáveis nas épocas e modo convencionados; (b) o empreiteiro se obriga a executar a obra apenas por administração, mediante uma percentagem pagável pela forma e modo combinados; a emprestar, para tal

²²⁸ apud GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²²⁹ apud BARRETO, Plínio. *Empreitada – Construção por Administração e pelo Preço de Custo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 24. dez./1956.

²³⁰ apud BARRETO, Plínio. *Empreitada – Construção por Administração e pelo Preço de Custo*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 24. dez./1956.

execução, o maquinismo necessário correndo por conta do empregador o concerto, conservação e força motriz do mesmo; a fiscalizar o pessoal bem como a qualidade, guarda e conservação do material recebido, desde o recebimento até à entrega da obra; a facultar ao empregador ou a seus representantes o livre acesso ao recinto da obra bem como a lhe prestar informes completos sobre o andamento dos trabalhos; em suma a facilitar ao empregador o exercício de seus direitos e o cumprimento de suas obrigações no que depender dele, empregador.²³¹

A empreitada por administração é geralmente preferida nos tempos de crise financeira com reflexos mais ou menos alarmantes sobre a certeza relativa dos preços do material e da mão de obra ante cuja incerteza os empregadores não se arriscam a convencionar a execução da empreitada por um preço fixo, que exclui a empreitada a preço fixo dos efeitos benéficos e maléficos da teoria da superveniência ou imprevisão²³²

Neste contrato, a lei acautela os adquirentes contra a malversação de suas economias, determinando que as faturas, as duplicatas, os recibos e quaisquer documentos sejam emitidos em nome do condomínio dos contratantes, para o que se torna desde logo necessário identifica-lo (art. 58, I e II, LI).

Se o mesmo construtor tocar simultaneamente mais de uma obra, terá de efetuar as encomendas e os pedidos em nome de cada uma, para que os títulos e as quitações venham discriminados, com o visto da Comissão de Representantes ou de um de seus membros, se assim ficar estipulado. (art. 58, §§ 1º e 2, LI).²³³

Nesse regime é obrigatório que o contrato registre o orçamento do custo da obra, com estrita observância dos critérios e das normas padronizados para cada tipo de prédio pela Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT e com base no Custo Unitário Básico - CUB regional, segundo o disposto nos artigos 53 e 59, ambos da Lei nº 4.591/64. Na administração, as revisões são semestrais, acompanhadas pela Comissão de Representantes (art. 60, LI).

Na eventualidade de majoração das prestações, os novos valores têm que ser informados aos adquirentes, no mínimo 45 dias antes da data em que deverão ser efetuados os depósitos das primeiras prestações alteradas (parágrafo único, art. 60, LI).

²³¹ BARRETO, Plínio. Empreitada – Construção por Administração e pelo Preço de Custo. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 24. dez./1956.

²³² Idem.

²³³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínios e Incorporações. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

No regime de preço de custo, a Comissão de Representantes tem poderes para, na forma prevista no contrato:- (a) examinar os balancetes organizados pelo construtor, dos recebimentos e das despesas do condomínio dos contratantes, aprovando-os ou impugnando-os; (b) fiscalizar as concorrências relativas às compras dos materiais necessários à obra ou aos serviços a ela pertinentes; (c) contratar, em nome do condomínio, com qualquer condômino, modificações por ele solicitadas em sua respectiva unidade, a serem administradas pelo construtor, desde que não prejudiquem a unidade de outro condômino, e que não estejam em desacordo com o parecer técnico do construtor; (d) fiscalizar a arrecadação das contribuições destinadas à construção; (e) exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio (art. 61 e alíneas, LI).

Também neste regime de execução de obras, em toda publicidade ou propaganda escrita destinada a promover a venda das unidades em que conste preço, devem ser discriminados explicitamente o preço da fração ideal de terreno e o montante do orçamento atualizado do custo da construção, indicando-se o mês e a unidade tipo a que se refere o dito orçamento (art. 62), com as cautelas trazidas pelos seus §§, em evidente sintonia com os princípios sociais da boa-fé objetiva (especificamente o seu dever lateral de informação) e da equivalência material das obrigações.

3 EXTINÇÃO

Extingue-se o contrato pelo cumprimento ou pela inexecução. No primeiro caso, levado a bom termo o empreendimento, como qualquer outro – com a construção, individualização e entrega das unidades autônomas aos seus respectivos adquirentes –, fica extinto o contrato. Extingue-se ainda, como outros contratos: pela denúncia, pelo distrato, pela mora não purgada; por anulação; por força maior (ex. desapropriação).²³⁴

A jurisprudência tem repellido a aplicação da teoria da imprevisão por onerosidade excessiva, quando o incorporador alega a inflação como causa, não só porque o incorporador não pode ignorar a inflação como porque pode contratar com correção monetária. Nesse sentido, a lei atual é expressa (art. 55, § 1º, da Lei 4.591/64).

Sobre a teoria da imprevisão, o atual Código Civil de 2002 (art. 478, sem correspondente do Código anterior), passou a carregar a fórmula *rebus sic stantibus*²³⁵, sob a inspiração do art. 1.467 do Código Civil italiano, referindo-se aos contratos de execução continuada (como é o caso dos contratos de incorporação imobiliária) ou diferida (de trato sucessivo ou a termo) em que é possível aplicar-se

²³⁴ WALD, Arnaldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

²³⁵ Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos Santos ensina que “a teoria da imprevisão resultou da antiga cláusula *rebus sic stantibus*, com a preocupação moral e jurídica de evitar graves injustiças, ao ser exigido cumprimento de contratos que não tenham execução imediata, na forma estipulada, admitindo-se sua revisão ou resolução, por meio de intervenção judicial, se as obrigações assumidas tornarem-se excessivamente onerosas pela superveniência de fatos anormais e imprevisíveis à época da vinculação contratual”. In: SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. *Cláusula rebus sic stantibus ou teoria da imprevisão*, Belém: Cejup, 1989, p. 9. Para Azevedo, a cláusula foi amplamente admitida até meados do século XVIII e não há dúvidas de que foi extraída do aforisma: *- contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelligentur*, que significa, em vernáculo: “Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim”. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos: curso de direito civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 20. Ainda segundo Azevedo, “o Código Civil de Beviláqua, influenciado pelas codificações francesa e alemã, não positivou a cláusula *rebus sic stantibus* como princípio geral, e, conseqüentemente, a possibilidade de revisão contratual por excessiva onerosidade além das hipóteses específicas e pontualmente previstas, em que pese aquele *codex* admitia uma aplicação restrita da cláusula [...]. Reconhece-se, modernamente, a teoria da imprevisão, que admite, imanente em todos os contratos, a cláusula *rebus sic stantibus*, tendo sido construída pela doutrina, com o intuito de abrandar a aplicação do princípio *pacta sunt servanda* (os pactos devem ser cumpridos), quando da alteração brusca das situações existentes no momento da contratação” In: AZEVEDO, Álvaro Villaça. *O Novo Código Civil Brasileiro: tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis)*. *Editora Notadez*, Porto Alegre, v. 308, p. 8-26, jun. 2003. Ainda sobre o instituto, ver a nota de rodapé nº 41 desta dissertação.

tal teoria, limitadora do *pacta sunt servanda*, princípio que rege a força obrigatória dos contratos.

Carlos Santos de Oliveira adverte que o art. 478 do Código Civil de 2002, nos termos em que vem redigido, encerra profundo equívoco ao confundir o instituto da onerosidade excessiva, que tem origem no direito alemão, mais precisamente na teoria da manutenção da base econômica do contrato, que é objetiva, com o instituto da imprevisão, que possui carga subjetiva bastante acentuada. Esse dispositivo – pondera o autor – “trata de resolução do contrato, quando deveria tratar da revisão, com base na onerosidade excessiva.”²³⁶ Segundo ALVES:

[...] diz-se onerosidade excessiva o evento que embaraça e torna dificultoso o adimplemento da obrigação de uma das partes, proveniente ou não de imprevisibilidade da alteração circunstancial (evento extraordinário e imprevisível), impondo manifesta desproporcionalidade entre a prestação e a contraprestação, com dano significativo para uma parte e conseqüente vantagem excessiva (enriquecimento sem causa) para a outra, em detrimento daquela, a comprometer, destarte, a execução equitativa do contrato²³⁷

Finalmente, defende Salles²³⁸, a admissão das figuras da lesão e da excessiva onerosidade é decorrência do princípio do equilíbrio econômico do contrato, o qual, como os princípios da boa-fé objetiva e da função social, encontram-se fundamentados na Constituição Federal o que, pelo menos em tese, autorizaria a aplicação da teoria da imprevisão às incorporações imobiliárias.

No entanto, sob o viés do adquirente em mora, a dicotomia salário e inflação também não justificaria a invocação da teoria da imprevisão para acarretar a rescisão dos contratos, como defendeu Caio Mário, em artigo específico sobre o tema:

²³⁶ apud ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários ao art. 478 do Código Civil. In: Regina Beatriz Tavares da Silva. (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 438.

²³⁷ ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários ao art. 478 do Código Civil. In: Regina Beatriz Tavares da Silva. (coord.). *Código Civil comentado*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 437.

²³⁸ SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: Gustavo Tepedino (coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 312.

A teoria da imprevisão está subordinada a determinado critério teórico. Ela tem lugar na verificação dos seguintes elementos: a) contrato de execução diferida ou sucessiva; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo no da celebração da avença; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefícios exagerado para o outro; d) a imprevisibilidade daquela modificação (Arnoldo Medeiros da Fonseca, *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, n. 242; *Enecerrus, Kipp y Wolff, Tratado, Derecho de Obligaciones*, § 41; *Karl Larenz, Base del Negócio Jurídico*). Trata-se de requisitos cumulativos e não alternativos. Para que tenha cabimento a invocação da cláusula *rebus sic stantibus* ou “teoria da imprevisão” é necessário que se apurem todos esses elementos. O Brasil vive em permanente regime inflacionário. Não obstante todos os esforços e todos os planos imaginados pelos economistas e pelas autoridades monetárias, a inflação brasileira é constante e indelével. É um acontecimento sempre presente. Nestas condições, quem contrata em regime inflacionário jamais poderá dizer que a inflação é um acontecimento imprevisível. Todo contratante sabe que nos negócios de execução diferida ou sucessiva (como é o contrato de construção de unidade que obrigatoriamente se estende por tempo mais ou menos longo) as prestações forçosamente subirão, por efeito da curva inflacionária. Destarte, a dicotomia salário e inflação não poderá servir de fundamento para a resolução dos contratos sob o fundamento da teoria da imprevisão. O fator “inflação” jamais poderá ser apontado como elemento “imprevisto” na composição do preço final, ou mesmo das prestações.²³⁹

Em outro artigo, agora sobre a possibilidade de alterar o preço diante das disposições do artigo 1.246 do Código Civil de 1916²⁴⁰, correspondente ao atual artigo 619, do Código Civil de 2002²⁴¹, o mesmo autor defende a proibição de o empreiteiro alterar o preço da obra sob o fundamento das modificações do mercado, apoiado nas lições de Clovis Beviláqua²⁴² “Convencionado o preço, não seria admissível modificá-lo, sob o fundamento de que tenha aumentado o preço dos salários ou dos materiais” (Comentários, vol. IV, pág. 446), e arremata:

²³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 84, vol. 712, pp. 102-111, fev./1995

²⁴⁰ Art. 1.246: “O arquiteto, ou construtor que, por empreitada, se incumbir de executar uma obra segundo seu plano aceito por quem a encomenda, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que o dos salários, ou o do material, encareça, nem ainda que se altere ou aumente, em relação à planta, a obra ajustada, salvo se se aumentou, ou alterou, por instruções escritas do outro contratante e exibidas pelo empreiteiro”.

²⁴¹ Art. 619: “Salvo estipulação em contrário, o empreiteiro que se incumbir de executar uma obra, segundo plano aceito por quem a encomendou, não terá direito a exigir acréscimo no preço, ainda que sejam introduzidas modificações no projeto, a não ser que estas resultem de instruções escritas do dono da obra”.

²⁴² apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. Empreitada: Cláusula de revisão do preço – reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 07. mar./1956.

Nenhuma contravenção, portanto, decorre da cláusula de revisão, que possa, de leve ao menos, ferir qualquer lei de ordem pública. Sua liceidade é manifesta, e sua conveniência indisfarçável. Num período de franco desequilíbrio monetário, é necessária a adoção de medida que mantenha o contrato dentro de um nível de justiça, o mais possível certo, de forma a impedir que sirva de instrumento à exploração, ao ganho excessivo, ao enriquecimento de um contra o empobrecimento de outro dos contratantes. A comutatividade das prestações, que condiz com os princípios da justiça ideal, encontra na cláusula de revisão um instrumento hábil a conter o proveito dos contratantes nos limites do razoável, e, ao mesmo tempo, conserva inteira fidelidade à regra da autonomia da vontade, basilar da instituição, em nosso direito.²⁴³

De qualquer forma, a doutrina ressalta que a aplicação da teoria da imprevisão dever ser feita com cautela, notadamente nas relações empresarias, sob pena de desconsiderar a álea ínsita a determinados negócios jurídicos²⁴⁴, como se dá com as incorporações imobiliárias, intensamente suscetíveis às intempéries do mercado e da economia - até mesmo porque a ultimação do empreendimento costuma levar anos, expondo-as a riscos -, sob pena de tornar inviável o negócio jurídico que serve de instrumento para funcionalizar a propriedade em áreas urbanas geralmente adensadas e com imóveis de alto custo.

O contrato de incorporação imobiliária resolve-se ainda, como todo contrato sinalgmático, por inexecução oriunda do inadimplemento de obrigação essencial por uma das partes.²⁴⁵

Contém a inerente condição resolutiva, expressa ou tácita. Quando, por conseguinte, se reconhece a inexecução culposa de um dos contraentes, a sua resolução cabe. Em geral, se a condição resolutiva foi expressamente estipulada, ou

²⁴³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Empreitada: Cláusula de revisão do preço – reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda.* *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 07. mar./1956.

²⁴⁴ Nesse sentido: “Novamente, será preciso cuidado para que o texto do novo Código Civil não seja aplicado de forma tal a neutralizar as vantagens competitivas normais e desejáveis no mercado. Em linguagem mais tradicional, poderíamos falar na “normal álea do negócio”, que parece ter sido ignorada pelo novo Código Civil em alguns aspectos fundamentais. Além da questão da lesão, lembre-se a disciplina da onerosidade excessiva, positivada no art. 478 e ss. Ao contrário do art. 1.467 do Códice Civile, nosso diploma não contemplou expressamente as hipóteses em que a excessiva onerosidade subsume-se à “álea normal do contrato” Ora, terá sido ignorada a “incerteza sobre a margem dos prejuízos ou do lucro superveniente”, que, em tal caso, presumir-se-ia “matéria de risco assumido, sendo por definição matéria de álea do contrato”. In: FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 249.

²⁴⁵ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária.* *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

resulta de termos inequívocos da lei de referência a determinada obrigação de uma das partes, opera de pleno direito²⁴⁶.

Sendo simplesmente implícita, é preciso interpelar judicialmente o inadimplente. De qualquer sorte, não há rescisão, mas resolução, devendo-se levar à conta de equívoco o emprego, na lei, do primeiro termo. A parte prejudicada terá de pedir ao juiz a quebra do contrato por inadimplemento.²⁴⁷

No caso do descumprimento de deveres e obrigações por parte do incorporador, os adquirentes das unidades autônomas podem resolver individualmente os negócios jurídicos que celebraram com o incorporador ou então podem fazer isso de forma coletiva, destituindo-o.²⁴⁸

Bem se vê que a natureza do contrato constitui obrigação de resultado. Sérgio Cavalieri Filho²⁴⁹ destaca ainda que o incorporador “assume obrigação de fazer, cujo último ato é a entrega de uma ou várias unidades construídas ou correspondentes a frações ideais do terreno em que se erguem e assentam”. Assim, cumpre ao incorporador entregar o edifício pronto e acabado, em condições de serem as unidades regularmente escrituradas e registradas (obrigação de dar coisa certa)²⁵⁰.

²⁴⁶ No caso da incorporação, a mora do adquirente ou contratante é sempre *ex re*, cf. artigo 63 da Lei 4.591/64. Ou seja, a mora só se constitui se o devedor não purgá-la no prazo de 10 dias contados de sua obrigatória notificação. Exige-se sempre a interpelação do devedor. Orlando Gomes leciona que: “Constituído o devedor em mora por não a ter emendado no prazo da lei, um órgão de fiscalização da incorporação, a Comissão de Representantes, está legalmente autorizada a considerar rescindido o contrato e providenciar a substituição do devedor. Não é, desse modo, o credor que recolhe os efeitos da rescisão, muito embora se possa sustentar que a Comissão age no interesse do incorporador, por substituição” In: GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁴⁷ Sobre a cláusula resolutória, expressa ou tácita, discorre Luiz Felipe Difini: “No direito brasileiro, parece fora de dúvida que o conteúdo e a forma de exercício dos direitos advindos da cláusula resolutória estabelecida em contrato estão sujeitos a controle judicial. Inobstante o art. 474 do CC referir que ‘a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito’, se houver resistência da contraparte, quer quanto ao desfazimento do contrato, quer quanto a seus efeitos, necessária será a demanda judicial. A diferença é que a carga (preponderante) da sentença será declaratória (e não constitutiva negativa, como ocorre na resolução judicial). Mas o modelo da boa-fé objetiva, cuja concreção o juiz fará, determinará a admissibilidade da cláusula e os efeitos dela decorrentes (não se admitirá a previsão de cláusula em caso, por exemplo, de adimplemento substancial do contrato).” In: DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002, *Revista de Direito do Consumidor – RDC*, São Paulo: 53/39, jan.-mar./2005

²⁴⁸ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²⁴⁹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 243.

²⁵⁰ GHEZZI, Leandro Leal. *A Incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

Ademais, o que define a conclusão da obra é a expedição do “habite-se”. Do ponto de vista físico, alerta Brito²⁵¹, o prédio pode até estar terminado, mas a obrigação do incorporador é a de obter o “habite-se”, cumprindo mais uma das prestações do contrato. Nenhuma dessas obrigações pode ser satisfeita sem o adimplemento de uma obrigação precedente, qual seja a do registro da incorporação.

Os adquirentes podem ainda exigir o cumprimento forçado das obrigações que o incorporador assumiu. De acordo com o art. 43, VI da Lei nº 4.591/64 se o incorporador paralisar as obras da edificação por mais de 30 dias ou retardar excessivamente o seu andamento, sem justa causa, os adquirentes de unidades podem requerer que ele seja judicialmente notificado para que, no prazo mínimo de 30 (trinta) dias, retome as obras ou para que torne a dar-lhes andamento normal.

Caso ele não atenda esta notificação, pode então ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes das unidades, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penas que porventura lhe couber. Uma vez destituído o incorporador, os interessados se libertam das obrigações para com ele assumidas e podem então prosseguir com as obras, se assim desejarem (cf. art. 46, VI, Lei 4.591/64).

A partir deste momento, o incorporador não tem mais quaisquer direitos em relação aos adquirentes, mas apenas deveres, dentre os quais os de restituir imediatamente os valores que lhes sejam comprovadamente devidos. Tais valores, é importante ressaltar, podem ser reclamados do incorporador pelos adquirentes através de via executiva (cf. art. 43, VI, Lei 4.591/64).

Já por parte do adquirente, o caso mais comum de inadimplemento contratual, e que autoriza a sua resolução, é o atraso no pagamento das prestações em que se desdobra o preço. A mora no cumprimento dessa obrigação acarreta ao credor dificuldades na condução do empreendimento, atingindo seu interesse legítimo e justificado de receber *opportuno tempore*, de todos, tais prestações.

²⁵¹ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 355.

Constituindo-se, pode o incorporador intentar a ação resolutória na qual se restituem as partes ao *status quo ante*.²⁵²

Assim sendo, desconstitui-se, com a resolução, a aquisição da fração ideal do terreno, se operada com pagamento total do preço, resolvendo-se, pela mesma razão, a relação jurídica de construção, se o atraso se der em relação às prestações do preço da mesma fração. O contrato é único, não se admitindo propriedade de unidade autônoma sem propriedade do terreno, e vice-versa. Entende Orlando Gomes que, “se a resolução houver sido causada, no caso de atraso no pagamento da fração ideal do terreno, pelo adquirente ou promissário comprador, perderá quanto empregou na aquisição da unidade autônoma”.²⁵³

Já não é mais possível abonar o entendimento do preclaro jurista baiano, nesse aspecto. Pontes de Miranda assinala que a cláusula de decaimento, ou de perda total das parcelas pagas, é nula, “vez que a perda completa das prestações pagas pode consistir em infração que a lei marcou para a cláusula penal convencional”²⁵⁴, constando, no art. 920 do diploma civil [de 1916, correspondente ao art. 412 do atual²⁵⁵], proibição para que ela ultrapasse a obrigação principal inserida no ajuste.

Mas é regra do artigo 413 do Código Civil de 2002²⁵⁶ (ou 924 do Código Civil anterior), que trata da possibilidade de redução, pelo magistrado, da cláusula penal²⁵⁷ manifestamente excessiva estipulada em negócio, que parece ser

²⁵² GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁵³ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁵⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 277, tomo XIII

²⁵⁵ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

²⁵⁶ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

²⁵⁷ Segundo Orlando Gomes, apoiado em Planiol e Ripert, “a função precípua da cláusula penal é a de pré-liquidar danos. Insiste-se em considerá-la meio de constranger o devedor a cumprir a obrigação, por sua força intimidativa, mas esse efeito da cláusula penal é acidental. A melhor prova de que não atua essencialmente como arma coercitiva é que, por vezes, sua função é diminuir o montante da indenização que seria devida numa liquidação de perdas e danos conforme as regras comuns que a presidem. Ademais, o valor estipulado pelas partes para o eventual ressarcimento pode ser reduzido pelo juiz, em algumas situações, e não se permite que exceda o da obrigação principal. Com estas restrições e outras já introduzidas em lei, a cláusula penal amortece o efeito de intimidação que a maioria lhe atribui. É, em verdade, uma convenção sobre perdas e danos. Sustentam alguns, porém, que a sua finalidade essencial é reforçar o vínculo obrigacional, sendo subsidiária à de pré-liquidação de danos”. In: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 186. Já a respeito da sobrelevação do papel

a mais adequada a coibir os excessos da cláusula de perdimento²⁵⁸. A redução da multa, bastante controvertida à época do paradigma contratual anterior (sob os influxos exclusivos dos princípios clássicos já vistos na primeira parte dessa dissertação)²⁵⁹, é atualmente defendida da seguinte forma, pela doutrina de Martins-Costa:

[...] não configura ‘faculdade’ do juiz, à qual corresponderia, para o devedor, mero interesse ou expectativa: ao contrário, constitui *dever do julgador*, ao qual corresponde, para o devedor, verdadeira pretensão que, violada, dá ensejo ao direito subjetivo de ver reduzida a cláusula. Trata-se, portanto, de evidente ampliação do poder-dever de revisar o negócio que, no Direito contemporâneo, tem sido progressivamente confiado ao juiz, mas que encontra raízes históricas nas construções dos canonistas medievais.²⁶⁰

de elemento reparador ao papel penal da cláusula penal, Serpa Lopes, citando Ihering, afirma: “a história da pena é uma abolição constante – e o direito romano, acrescenta, em seu último desenvolvimento, tendeu cada vez mais para abandonar a idéia da pena, e finaliza: as penas decaem à medida que a idéia do direito engrandece. Mais a ordem jurídica se aperfeiçoa, mais os povos se aproximam da maturidade, e cada vez se torna menos necessário o recurso à pena. Assim a *stipulatio penae* modificou-se, com a transformação havida no direito romano, em torno das suas causas já apontadas, isto é, processou-se uma evolução no domínio dos contratos, acabando-se com um formalismo rígido, para se admitir a eficácia das convenções, a força da vontade do contratante, ao mesmo tempo em que se concedia ao juiz uma soma de poderes que até então não havia fruído. Assim, de seu aspecto fortemente penal, e sem perdê-lo, a cláusula penal evoluiu para sobrelevar-se em seu papel de elemento reparador, tal qual aparece em nossos dias, como elemento de composição de perdas e danos.” In: SERPA LOPES, Miguel Maria. *Curso de direito Civil*. 6. ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995, p. 150-151, vol. II.

²⁵⁸ Sobre a mesma cláusula, leciona Cláudia Lima Marques, “Estas cláusulas de perdimento, verdadeiras cláusulas punitivas nos contratos de consumo, repugnam os tribunais superiores, que mesmo não aplicando o CDC, mas o CCB, as revisam e reduzem a 10% no que se pode hoje identificar como uma linha definitiva de atuação [...]. Em contrato visando angariar poupança privada para suportar o ônus da construção de bens imóveis, com o fito de após revende-los àqueles que contribuíram na construção do imóvel, prevê esta cláusula que o consumidor deva sofrer a perda total ou de grande parte (geralmente uma porcentagem do total) das quantias já pagas, ao mesmo tempo em que assegura ao empreendedor a propriedade do imóvel já construído, fim maior do contrato; imóvel este, diga-se, que poderá ser novamente revendido. Certo é que a referida cláusula assegura uma dupla vantagem ao incorporador: a propriedade do imóvel construído e a propriedade do dinheiro que o financiou, deixando ao promitente-comprador, na maioria das vezes, nem sequer emitido (sic) na posse do imóvel, absolutamente nada. A desvantagem do consumidor em virtude desta cláusula é dupla: nem uso, nem propriedade do imóvel construído com sua poupança obtém, nem reembolso da quantia adiantada consegue.” In: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 861-865.

²⁵⁹ Nesse sentido é a doutrina de Orlando Gomes: “A questão da redutibilidade da cláusula penal é, no entanto, controvertida na doutrina. Sob a inspiração do princípio da autonomia da vontade, sustenta-se que é impertinente essa intervenção judicial na economia do contrato. Contudo, a opinião contrária alicerça-se em melhores razões. A ingerência do juiz admite-se apenas para diminuir, jamais para aumentar, e, assim mesmo, se a obrigação houver sido cumprida em parte. Neste caso atribui-lhe a lei o poder de reduzi-la proporcionalmente. Não impõe o dever de diminuí-la, o que significa que, ainda havendo execução parcial, o devedor pode ser condenado a pagar integralmente o valor da cominação. Em suma, não tem direito certo à redução proporcional”. In: GOMES, Orlando. *Obrigações*. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 189.

²⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. Do inadimplemento das Obrigações, Rio de Janeiro, Forense, 2004, p. 468 e 469, vol. V, t. II.

O mesmo entendimento vem sendo compartilhado pelo Poder Judiciário, por intermédio dos estudos que promove²⁶¹ e das orientações jurisprudenciais que profere²⁶². Sobre esse mesmo assunto, entende Caio Mário pela licitude da retenção de parte dos valores recebidos e a devolução do restante pago, o que faz apoiado nos seguintes argumentos:

[...] durante muito tempo, inseriu-se nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel não loteado cláusula segundo a qual a inadimplência do promitente comprador implicava na resolução do contrato, com perda das prestações já pagas, em benefício do promitente vendedor. Decisões, entretanto, foram proferidas negando a retenção das prestações, que deveriam ser restituídas ao promitente comprador. [...] Quem vende ou promete vender uma casa ou um terreno nada despende no período decorrente entre a data do negócio jurídico e a da resolução. Quando se trata de incorporação imobiliária, o incorporador se obriga a promover a construção da unidade, e o adquirente a pagar as prestações avençadas, que vai solvendo gradativamente. Resolvido o contrato, o incorporador retoma-a. [...] Em ambos os casos, parece-me lícita a cláusula prevendo a

²⁶¹ Enunciado n. 355 – Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código civil, por se tratar de preceito de ordem pública (Enunciado aprovado durante a IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2006); e ainda; Enunciado n. 356 – Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício (Enunciado aprovado durante a IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, no ano de 2006). Para Christiano Cassettari, autor do enunciado, “a redução equitativa da cláusula penal é a forma de permitir que o contrato possa atingir sua função social, preconizada no artigo 421 do Código vigente, princípio este que foi elevado à categoria de preceito de ordem pública pelo parágrafo único do artigo 2.035 do referido Código”

²⁶² CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PERDA DE PARTE DAS PRESTAÇÕES PAGAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O Código de Defesa do Consumidor autoriza a devolução de parte das parcelas pagas decorrentes de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, mas permite a retenção de um certo percentual. Recurso conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, STJ, Quarta Turma, REsp 196311/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 23.04.2002, DJ 19.08.2002, p. 168); e CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CONTRATO FIRMADO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DEVOLUÇÃO DE PARCELAS PAGAS. ART. 924 DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE. I. Celebrado o contrato antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, válida é a cláusula que prevê a perda das prestações pagas de um contrato de promessa de compra e venda. II. Todavia, tal direito não é absoluto, havendo que conformar-se às particularidades de cada caso concreto e consideradas as custas administrativas, operacionais e de corretagem da empresa construtora, sob pena de injustificada redução patrimonial. Retenção fixada em 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas. III. Recurso especial conhecido e parcialmente provido. (BRASIL, STJ, Quarta Turma, REsp 59626/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 01.10.2002, DJ 02.12.2002, p. 312); e ainda CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. PERDA DE PARTE DAS PRESTAÇÕES PAGAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. A REGRA CONTIDA NO ART. 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR IMPEDE A APLICAÇÃO DE CLÁUSULA CONTIDA EM CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL QUE PREVÊ A PERDA TOTAL DAS PRESTAÇÕES JÁ PAGAS, MAS NÃO DESAUTORIZA A RETENÇÃO DE UM CERTO PERCENTUAL QUE, PELAS PECULIARIDADES DA ESPÉCIE, FICA ESTIPULADO EM 10%. RECURSO CONHECIDO MAS PARCIALMENTE PROVIDO. (BRASIL, STJ, REsp 85182/PE, Quarta Turma, Rel. Ministro Fontes de Alencar, rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 14.04.1997, DJ 08/09/1997, p. 42.508).

perda parcial das prestações pagas. [...] Se a resolução se opera no curso da construção, ao incorporador é lícito recuperar encargos, despesas e benefícios que realizam. A restituição das prestações ao adquirente, corrigidas, importa em beneficiá-lo com um investimento a risco exclusivo do incorporador. Se o adquirente aplica na compra da unidade, e dá causa à resolução (ou incapacidade financeira ou mera desistência) e recupera tudo que pagou devidamente corrigido, estará fazendo um investimento a custo zero, transferindo para o incorporador todo o risco do negócio. O argumento segundo o qual o incorporador pode revender a unidade, valorizada, é especioso. A revenda pode não se dar logo, ou pode mesmo não ocorrer. Há dois fatores que atuam no negócio: a inflação e a queda de mercado aquisitivo. Se a inflação permite atualizar o preço, elevando-o, a oscilação de mercado e a recessão podem atuar em sentido contrário. Se a total retenção das prestações pelo incorporador pode eventualmente beneficiá-lo, a total restituição pode trazer ao adquirente em enriquecimento às custas do incorporador. E ao mesmo tempo implicar numa descapitalização que reflete nos demais adquirentes, punindo portando os contratantes adimplentes. A solução que atende ao princípio da justiça comutativa é a da questão: perda parcial das prestações pagas, com a correspondente restituição em prestação com correção monetária.²⁶³

Sendo injusta a retenção da integralidade das prestações pelo incorporador o beneficiário de forma injustificada, ensejando inclusive o seu enriquecimento sem causa, também é inaceitável o inverso, ou seja, a total restituição das prestações ao adquirente da unidade, - o que lhe propiciaria um enriquecimento indevido às custas do incorporador e acarretaria uma descapitalização do empreendimento que fatalmente atingirá todos os demais contratantes. A solução mais justa pondera Guezzi, “parece ser a perda parcial das prestações pagas, com a correspondente restituição do valor restante ao adquirente da unidade, de forma parcelada, com correção monetária”.²⁶⁴

O art. 63 da Lei 4.591/64 permite ao incorporador estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento por parte do adquirente ou contratante de três prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas depois, quando for o caso, depois de prévia notificação dos mesmos com o prazo de quinze dias para purgação da mora, implica a rescisão (*rectius*, resolução) do contrato, conforme nele se fixar. Alternativamente, é possível estabelecer que, na falta de pagamento, respondem

²⁶³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 84, vol. 712, pp. 102-111, fev./1995

²⁶⁴ GHEZZI, Leandro Leal. *A Incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 156/157.

pelo débito os direitos do adquirente à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada.²⁶⁵

É possível ainda que as partes ajustem cláusula penal de natureza compensatória pelo eventual atraso da entrega da obra pelo incorporador, no prazo prometido. A cláusula aí se apresentaria como um incentivo ao cumprimento integral da obrigação e serviria de pré-fixação de indenização para o caso de inadimplemento absoluto do incorporador (como já exposto na nota de rodapé nº 253 desta dissertação).

A incorporação também pode se extinguir na forma do art. 33 da Lei 4.591/64, que confere ao registro da incorporação o prazo de validade de 180 dias. Após esse prazo, o incorporador somente pode negociar unidades caso atualize a documentação elencada no art. 32 da referida lei. Evidentemente, a sua omissão em fazê-lo resulta no perecimento da incorporação.

A Lei 4.591/64 oferece ao incorporador a possibilidade de fixar um prazo de carência para a concretização da incorporação. Este prazo é improrrogável e não pode ultrapassar o termo final da validade o registro. Durante esse período de carência, o incorporador pode desistir da incorporação, comunicando essa decisão, por escrito, ao Registro de Imóveis e a todos os adquirentes de unidades, sob pena de responsabilidade civil e criminal (art. 34 e parágrafos, LI).

Uma vez exercido o direito de desistência, o incorporador terá o prazo de 30 dias para devolver aos adquirentes as importâncias que deles recebeu, devidamente corrigidas (art. 36, LI). Essa possibilidade deverá estar prevista em declaração a ser apresentada junto com os demais documentos necessários ao registro da incorporação (art. 32, n, LI).

O contrato de incorporação extingue-se ainda por outras causas além das aqui descritas, comuns aos contratos em geral, como a impossibilidade por força maior, por sua execução, pelo distrato, e, naturalmente - e como será visto mais adiante -, pela falência do incorporador, crise patrimonial indesejável que pode afetar o conjunto de bens e direitos de um empreendimento imobiliário formado pelos esforços dos adquirentes de unidades autônomas.

²⁶⁵ Idem. p. 159.

4 SANÇÃO

Certas obrigações do incorporador têm de ser cumpridas sob sanções penais, constituindo algumas frações crimes contra a economia popular e outras, contravenções relativas à mesma economia.²⁶⁶

Ou seja, no tocante à responsabilidade criminal, além da capitulação de crimes comuns, tais como apropriação indébita, estelionato, delito contra a economia popular, a lei deverá punir o incorporador por contravenção específica, por afirmação falsa ou por omissão dolosa das condições econômicas do condomínio e fatos e circunstâncias do interesse dos adquirentes.²⁶⁷

As obrigações cuja infração constitui crime são pré-contratuais. O incorporador tem o dever de ser leal e sincero nas suas afirmações constantes da oferta ao público, ou no próprio contrato de incorporação²⁶⁸. Se as fizer sem serem verdadeiras, em proposta, contrato, publicidade, prospecto ou em qualquer documento ou comunicação ao público ou aos potenciais condôminos, comete crime punível com pena de reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a 50 vezes o maior salário mínimo legal vigente no País. A afirmação falsa deve ser relativa: a) à constituição do condomínio; b) às alienações das frações ideais do terreno; c) à construção das edificações. (art. 65, LI).

A infração caracteriza-se quando feita de má-fé sobre dado ou elemento influente na deliberação dos subscritores de unidades. Nem por ser penalmente responsável, deixar de ser civilmente o incorporador. A responsabilidade civil é, nesse caso, extracontratual, se a afirmação falsa constar de documento cuja leitura suscite o desejo de aceitar a oferta e formar o contrato, configurando-se, desse modo, no prazo de carência. Se feita no instrumento do contrato, enseja a sua rescisão com o pagamento de perdas e danos, regendo-se, intuitivamente, pelas regras da responsabilidade contratual.²⁶⁹

As obrigações cuja infração constitui contravenção penal são contratuais não obstante se incluïrem no conteúdo do contrato por imposição legal.

²⁶⁶ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁶⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

²⁷⁰ O incorporador não pode vender ou prometer à venda fração ideal do terreno sem satisfazer certas exigências constantes da lei de incorporações; cumpre-lhe indicar, no contrato, a existência de ônus real ou fiscal no imóvel, bem como a circunstância de estar ocupado; incumbe-lhe de mencionar, no contrato, o montante do orçamento atualizado da obra; não interromper a obra por mais de 30 dias, ou lhe retardar excessivamente, sem justa causa, o andamento (art.66, LI). A violação de qualquer dessas obrigações legalmente instituídas para integração no conteúdo do contrato sujeita o infrator à pena de multa de cinco a 20 vezes o maior salário mínimo vigente no País.

A contravenção penal única por infração de obrigação pré-contratual é a recusa de promover a celebração do contrato de incorporação no prazo de 60 dias a contar do termo final do período de carência (art. 66, III, LI). Tal como em relação às infrações criminais, as que constituem contravenção não absorvem a responsabilidade do incorporador, sujeito, como fica, a pagar a competente indenização dos prejuízos que causar, por suas omissões, aos subscritores das unidades autônomas do edifício (art. 65, I, LI).

Pelas mesmas faltas respondem o construtor, o corretor, proprietário do terreno ou o titular de direito aquisitivo do mesmo terreno no caso de contratos dos quais não participe o incorporador, isto é, se prestações do contrato de incorporação, como a alienação da fração ideal do terreno ou a construção do edifício, forem destacadas para ser objeto de contrato com as pessoas mencionadas. Sendo o incorporador pessoa jurídica, a responsabilidade é dos diretores ou gerentes. (art. 65, II, LI)

²⁷⁰ Idem.

PARTE III

A INFLUÊNCIA DA NORVA ORDEM CONTRATUAL

1 PROPRIEDADE

1.1 FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

Segundo Ascensão²⁷¹, dividem-se os autores na determinação da essência do direito de propriedade em duas posições principais. Os primeiros adotam as teorias do domínio, ao passo que os demais adotam as teorias da pertença. Sobre as primeiras teorias, anota o jurista:

Para alguns, partidários de teorias quantitativas, a propriedade apresenta-se como o direito real mais extenso imaginável (Julius von Gierke) ou como o “direito que atribui, nos limites da lei, a mais ampla senhoria sobre uma coisa” (Barassi). Mas falar no mais extenso direito real imaginável é desconhecer a existência de limitações; e referir os limites da lei tira, num ponto de vista científico, toda a nitidez à definição. Também não se percebe como são idênticas a propriedade do século passado e a actual, uma vez que a extensão de uma e outra variam consideravelmente. Uma definição quantitativa é impotente para nos dar a essência da propriedade.²⁷²

Sobre as teorias da pertença, leciona o doutrinador português:

A propriedade seria uma realidade estritamente quantitativa, centrada na pertença, na ligação mais íntima possível da coisa a determinada pessoa. A raiz ou casco da propriedade, aquele elemento de ligação da coisa à pessoa, que pode aparecer despido de qualquer gozo, iria caracterizar afinal a propriedade. [...] Nunca porém se definiu devidamente esta pertença, nem cremos que seja possível fazê-lo. Não se pode distinguir esta especial ligação da coisa à pessoa da inerência, já de si uma íntima ligação que se encontra em todo o direito real.²⁷³

Depois de ponderar os aspectos das duas teorias, Ascensão admite que, para ele, “a propriedade concede a universalidade dos poderes que se podem referir à coisa”.²⁷⁴ No Brasil, e de acordo com a Constituição de 1988, o exercício desses poderes deverá estar subordinado ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXIII), como leciona França:

²⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: Reais*. 5. ed., Coimbra: Editora Coimbra. 1993, p. 446.

²⁷² *Idem*, p. 446.-449.

²⁷³ *Ibidem*.

²⁷⁴ *Idem*.

[...] propriedade é o direito, excludente de outrem, que, dentro dos limites do interesse público e social, submete juridicamente a coisa corpórea, em todas as suas relações (substância, acidentes e acessórios), ao poder da vontade do sujeito, mesmo quando, injustamente, esteja sob a detenção física de outrem.²⁷⁵

A propriedade imóvel privada²⁷⁶ está submetida a uma nova tábua de valores constitucionais. O título de domínio passa a ser legitimado por sua função social, que por sua vez reclama do *dominus* um exercício de direito que transcenda o seus interesses, a fim de garantir maior solidariedade na utilização da coisa²⁷⁷.

Historicamente, a função social da propriedade imóvel já foi considerada instrumento de realização divina, de realização da inteligência e da liberdade humana, e, ainda tempos depois, de supremacia do capital sobre o trabalho. Nos dias atuais, a função da propriedade encontra-se apoiada na solidariedade no uso da coisa, e tem como objetivo evitar o desperdício do solo e da propriedade, motivo de constantes inquietações sociais.²⁷⁸

²⁷⁵ FRANÇA, R. Limongi. *Instituições de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 442.

²⁷⁶ A propriedade aqui mencionada é a privada, e não a pública, dotada de função social positiva, que por sua vez deve ser justificada pelas suas funções. Neste sentido, colham-se as lições de Eros Roberto Grau (2008): “a idéia da função social como vínculo que atribui à propriedade conteúdo específico, de sorte a moldar-lhe um novo conceito, só tem sentido e razão de ser quando referida à propriedade privada. A alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública [...] cuidamos de uma função, ou seja, de um poder-dever (dever-poder) que, como explicita Carlos Ari Sundfeld, traz ‘ao Direito Provado algo até então tido por exclusivo do Direito Público: o condicionamento do poder a uma finalidade’ [...] A lei, então – âmbito no qual se opera a concreção do princípio -, impõem ao proprietário (titular de um direito, portanto de um poder) o dever de exercitá-lo em benefício de outrem, e não, apenas, de não exercitá-lo em prejuízo de outrem”. In: GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 236-245.

²⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. *A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, p. 107-110, jan. 1996.

²⁷⁸ Conforme entende Gondinho (2000), com apoio nas lições de Orlando Gomes, Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin, “as investigações acerca da função social da propriedade remontam à doutrina cristã da Idade Média, sobretudo a Suma Teológica de São Tomás de Aquino. Mais tarde, o jusnaturalismo, inspirado nos critérios de equidade e justiça supralegislativa, traduziu a função social da propriedade como necessidade de utilização dos bens enquanto instrumento de realização da justiça divina. Na sociedade liberal do século XIX, a função social da propriedade passa a ser encarada como instrumento de afirmação da inteligência e da liberdade humana. O sujeito de direito do Estado liberal é caracterizado pelo seu poder de contratar e dispor. O binômio contrato-propriedade é marca principal do individualismo então reinante. A primeira grande crítica de cunho ideológico deveu-se ao Marxismo, que concebeu a propriedade como objeto de troca e de supremacia do capital sobre o trabalho. A partir da 1ª Grande Guerra, o Estado, mero regulador das relações privadas, passa a intervir na economia, na tentativa de diminuir as crescentes desigualdades sociais e atender os reclamos de melhor condição de vida do contingente marginalizado da população. No campo doutrinário, exerceu forte influência a obra de Leon Duguit, a qual defendia a idéia de que os direitos somente se justificam pela missão social para a qual devem contribuir. A Igreja Católica passa a defender um exercício de direito de propriedade mais solidário, e em benefício da coletividade. Ponto alto desta orientação eclesial é a encíclica papal *Mater et Magistra*, de João XXIII, do ano de 1961. Fala-se, inclusive, em espécie

A inserção da função social da propriedade no plano de direitos individuais fundamentais da Constituição Federal de 1988, como princípio impositivo de ordem econômica²⁷⁹, e como exigência de política urbana, agrícola e fundiária, impôs ao legislador pátrio um novo código de valores, e reclama uma postura diferenciada em relação à propriedade imobiliária.²⁸⁰

Já não satisfaz a ideia, outrora dominante, de que o *dominus* tenha o poder de utilização e gozo da coisa sua, numa tal extensão e profundidade, que chegue a sacrificar o direito alheio, ou mais precisamente, o bem-estar de toda a comunidade.²⁸¹ A função social da propriedade imobiliária, seja ela urbana ou agrária²⁸², corresponde à legitimação do título que encerra a dominialidade²⁸³. O aspecto funcional da propriedade, que transcende ao indivíduo, é assim descrito por Hedemann:

A terra é incomensurável no seu valor, tanto para os particulares como para a sociedade em geral. Nela se radicam a fonte de alimentação das gentes, as riquezas criadoras dos instrumentos elementares para a satisfação das incontáveis necessidades humanas. Dela se extraem as substâncias curativas e de fortalecimento, as possibilidades inesgotáveis de recreio e

de hipoteca social que deveria pesar sobre cada propriedade. Atualmente, a moradia e o uso adequado do solo exigem maiores reflexões. O bem utilizado ou mal utilizado é constante motivo de inquietação social. A má utilização da terra e dos espaços urbanos são os principais causadores da violência social. Por tais razões, vislumbra-se na função social da propriedade uma garantia de maior solidariedade na utilização da coisa. Embora não se possa ainda admitir uma 'obrigação social, tipificadora do trabalho como verdadeira *conditio sine qua non* para a absoluta eficácia do valor do título' de propriedade, é de se admitir que a função social da propriedade representa uma reação do ordenamento contra os desperdícios da potencialidade da coisa para satisfazer as necessidades humanas, sejam materiais, sejam pessoais". E finaliza Gondinho: "a função social não significa realmente uma negação ao direito subjetivo da propriedade privada, pois, tratando-se de uma 'formulação contemporânea de legitimação do título que encerra a dominialidade' é a função social de tutela e garantia da propriedade privada." In: GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, in Problemas de direito constitucional. p. 397-433. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *A ordem Econômica na Constituição de 1988*. 13 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 236-245

²⁸⁰ FACHIN, Luiz Edson. *A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 723, p. 107-110, jan. 1996.

²⁸¹ CHINELATO, Silmara Juni de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos: em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 79-114, 2003.

²⁸² Sustenta Fernando Scaff que: "[...] tem-se que a função social da propriedade agrária apenas se perfaz com a efetiva criação de uma empresa agrária, ou seja, como elemento do assim chamado estabelecimento agrário, instrumento necessário para a consecução das atividades de cultivo de vegetais e de criação de animais" In: SCAFF, Fernando Campos. *A função social dos imóveis agrários*, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 840, p. 107-113, 2005.

²⁸³ GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, in Problemas de direito constitucional. p. 397-433. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

lazer e, sobretudo, nela se exerce basicamente a liberdade essencial do homem de ir e vir. A terra é toda a hipótese de vida²⁸⁴.

A titularidade deve ser útil. Como sustenta Fachin²⁸⁵, “o direito de propriedade não serve apenas ao seu titular exclusivo, serve a toda sociedade”. Fica ainda mais rebustecido o sentido constitucional e, agora, também infraconstitucional, da utilidade econômica e sociopolítica da propriedade imobiliária, voltada para o cumprimento de seus desígnios metajurídicos, revelados pelo art. 1.228, § 1º do novo Código Civil.²⁸⁶ Sobre o referido comando legal, entende Maluf:

Verifica-se aí a preocupação com a função social da propriedade, com a preservação da flora e da fauna, com a defesa do meio ambiente e do patrimônio histórico através do tombamento. Portanto, o direito constituído com esta regra procurou despertar no homem comum o exercício da cidadania, impondo limitações de caráter social ao direito de propriedade. Nos dias atuais, aquele conceito de direito individual e limitado do direito romano está totalmente superado²⁸⁷.

Note-se que para a propriedade descumpridora da sua função social, resume-se o quadro sancionatório à tributação diferenciada (progressividade) para a propriedade urbana sem utilidade social e sem abalo à titularidade da rural. A expropriação - leciona Nalim, apoiado na doutrina de Perignieri:

[...] é para uma situação patológica do uso proprietário, a qual se denomina de *ablazione* sancionatória, pois, conforme já visto nas lições de Bobbio, “o conteúdo da função social assume um papel do tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e promover os valores sobre os quais se funda”. Não se trata de um espírito de “ódio” à propriedade, complementa o autor, mas a “razão” pela qual a propriedade foi atribuída a um sujeito, sendo esta a efetivação daquele programa constitucional que vincula não só o titular, mas, ainda, o legislador e o intérprete.²⁸⁸

Para que se entenda como se dá a funcionalização da propriedade por intermédio da incorporação imobiliária - ao lado da acessória promessa de

²⁸⁴ apud GONDINHO, André Osório. *Função social da propriedade*, in Problemas de direito constitucional. p. 397-433. Gustavo Tepedino (coord). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁸⁵ FACHIN, Luiz Edson. *A Função Social da Posse e a Propriedade Contemporânea: uma perspectiva da usucapião imobiliária rural*. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

²⁸⁶ FIGUEIRA JR. Joel Dias. Comentários ao Título IV do Livro III da Parte Especial do Código Civil. In: *Código Civil Comentado*. Regina Beatriz Tavares da Silva (coord.), 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008. p. 1469 - 1.481.

²⁸⁷ MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao direito de propriedade*, São Paulo: Saraiva, 1997, p. 197.

²⁸⁸ NALIM, Paulo. *Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro*. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 12, p. 50, out.dez./2002.

compra e venda de imóvel, considerada um dos mais importantes negócios jurídicos da vida privada de um brasileiro comum²⁸⁹ -, faz-se necessário, antes, compreender como se institui a propriedade horizontal. Desta feita, é preciso investigar o que vem a ser condomínio puro ou tradicional, para divisá-lo do condomínio especial ou edilício, este último a causa (fim) do negócio jurídico incorporativo.

1.2 CONDOMÍNIO COMUM

Comunhão, no sentido próprio, técnico, estrito, ocorre toda vez que pertence uma coisa simultaneamente a duas ou mais pessoas em virtude de um direito real. Há comunhão de propriedade, servidão, usufruto, uso e habitação. Para Maximiliano, denomina-se *condomínio em geral* a comunhão de propriedade. Assim pontifica

Condomínio é uma relação de igualdades que se limitam reciprocamente; uma situação de equilíbrio que torna possível a coexistência de direitos iguais sobre a mesma coisa, limitando em cada um o poder de gozo e de disposição da mesma, tanto quanto é exigido por igual direito dos outros.²⁹⁰

O condomínio tradicional pode ser divisível (*pro diviso*) ou indivisível (*pro indiviso*). Será divisível quando a coisa pode ser repartida sem alteração de sua substância, sendo a comunhão somente de direito, na qual há mera aparência de condomínio, porque cada condômino encontra-se localizado em parte certa e determinada na coisa. No *pro indiviso*, não havendo a localização em partes certas e determinadas, a comunhão é de direito e de fato. Nos casos de imóvel, será o condomínio *pro indiviso* por sua própria natureza, em virtude de existir procedimento específico para o parcelamento do solo (Lei nº 6.766/1979)²⁹¹.

²⁸⁹ Nesse sentido: “[...] a dignidade da pessoa humana é preservada quando, em seu esforço para alcançar a construção de sua casa própria, a dignidade da pessoa humana é preservada quando, em seu esforço para alcançar a construção de sua casa própria, os contratos, que são instrumentos para este consumo, são regulados de tal forma pelo Direito pátrio, que a confiança depositada no parceiro, no negócio e no ordenamento jurídico, não é frustrada.” In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor – Art. 1 a 74: aspectos materiais*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

²⁹⁰ MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961, p. 7-9.

²⁹¹ SANTOS JUSTOS, Antônio dos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra Editora. 2007. p. 306.

Everaldo Cambler ensina que o condomínio tem-se organizado de duas maneiras distintas, que a doutrina costuma denominar de condomínio romano e condomínio germânico. Leciona o jurista que o condomínio romano:

[...] tem sua origem em uma concepção individualista, na qual o predomínio se concede sempre ao indivíduo, e a situação de condomínio se concebe como algo transitório, incidental e desvantajoso (*comunio incidens*), o titular detém o direito a uma quota-parte de um todo não localizado em um primeiro momento. O caráter transitório, incidental e desvantajoso que o condomínio traz é acompanhado de mecanismos que facilitam o caminho para a sua extinção, outorgando-se a cada condômino a possibilidade de sair imediatamente a qualquer momento mediante a chamada *actio communi dividundo*.²⁹²

O condomínio germânico, por sua vez, ensina Díez-Picazo, parte de uma concepção coletiva do mundo, à qual se subordina o direito do indivíduo. Para o doutrinador:

O condomínio se considera como uma situação permanente e estável e, ademais, como uma forma vantajosa de realizar determinadas funções econômicas. Assim, que nessa espécie de condomínio as quotas não existem ou, se existem, são puras medidas de valor ou de gozo que não determinam um direito exclusivo. Por último, na comunidade germânica não se reconhece a cada condômino a possibilidade individual de pedir a divisão. O que ocorre que na Alemanha também existe no condomínio civil, nos exatos moldes do Direito Romano (inclusive com possibilidade de divisão a qualquer tempo), conforme podemos verificar no BGB, §§ 1.008 SS. Ocorre que o direito germânico possui uma outra espécie de condomínio, chamado de mão comum (BGB §§ 741 SS).²⁹³

Schapp, ao seu turno, ainda sob o condomínio germânico, leciona que:

[...] deve ser feita a distinção entre o condomínio e a propriedade em mão comum de uma coisa. A propriedade em mão comum de várias pessoas em relação a uma coisa – e, respectivamente, o direito em mão comum de outros direitos – é a consequência da comunidade em relação a um patrimônio, o chamado de mão comum. O patrimônio em mão comum pressupõe uma ligação pessoal entre os condôminos, uma situação querida ou desejada para uma finalidade comum.²⁹⁴

²⁹² CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

²⁹³ PICAZO, Luis Díez. *Sistema de derecho civil*. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral. 7. Ed., Madrid: Tecnos, 2004, vol III, p. 72.

²⁹⁴ SHAPP, Jan. *Direito das coisas*. Trad. da 3. ed., alemã de Klaus-Peter Rurack, Maria da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2010, p. 24.

O domínio é exercido, na plenitude de suas atribuições, por duas ou mais pessoas. Proclamou Ihering: “não há partilha atomística da coisa; muito menos partilha do direito, porém do conteúdo do direito”²⁹⁵. Entendem outros que na copropriedade não se fraciona o objeto, nem o direito; mas o gozo; cada um tem direito sobre o todo exercido conjuntamente por todos; daí resulta um contraste ou atrito, que se resolve recuando, cada um, dos limites em que os outros fruem do mesmo modo a coisa comum; não a coisa, mas os dons, as utilidades da mesma devem ser igualadas.²⁹⁶

Maximiliano reporta-se a Cujácio – que se antecipava aos modernos, dizia ele - para explicar o fenômeno da indivisibilidade do direito de propriedade: “a parte indivisa está, à semelhança da alma, toda no todo e toda em qualquer parte” – *pars pro indiviso est, velut anima, tota in touto et tota in qualibet parte*²⁹⁷

Não há propriedade múltipla sobre uma coisa: porém várias pessoas participando de uma só propriedade. A língua alemã, eminentemente precisa e técnica, deixa em evidência o conceito acima; possui dois vocábulos expressivos: *Eigenthum* – domínio único; *Miteigenthum*, - condomínio, ou, melhor, - um só domínio partilhado por diversos indivíduos.²⁹⁸

Feitas tais considerações, e em sintonia com os referenciais aqui expostos, adotar-se-á o conceito de condomínio tradicional, tal como aquele definido por Orlando Gomes, que se dá “quando a mesma coisa pode ser objeto de direito real pertencente simultaneamente a várias pessoas”. Nesse caso, explica o jurista baiano, “a relação jurídica tem sujeito plural, caracterizando-se pela indivisão do objeto e divisão dos sujeitos”. É, em suma, “o direito sobre a coisa que se reparte entre diversas pessoas.”²⁹⁹

1.3 PROPRIEDADE HORIZONTAL

Os antecedentes históricos do regime especial de propriedade dos prédios divididos em apartamentos remontam a épocas bem distantes, mas não

²⁹⁵ apud MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961, p. 7-9.

²⁹⁶ MAXIMILIANO, Carlos. *Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito*. 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961, p. 7-9.

²⁹⁷ Idem.

²⁹⁸ Ibidem.

²⁹⁹ GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 19. ed., atual. por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 239

parece que tal regime se tenha incorporado ao Direito Romano, dominado que era pelo princípio da incorporação do prédio ao solo, embora seja certo que lá se admitia a construção de um edifício debaixo da noção de servidão.³⁰⁰

Um estudo importante feito por Cuq com relação ao problema da residência entre os romanos e parece exato que, no Baixo Império, prosperou o regime da propriedade dividida por planos horizontais, podendo-se então afirmar que a antiguidade conheceu a discriminação por andares, mas não por apartamentos.³⁰¹ Sobre os antecedentes históricos, leciona ainda Dantas:

Duas cidades representaram papel saliente na adoção do regime, ambas na Europa, Grenoble e Reins, onde proliferaram as divisões das propriedades, o que levou muitos a denominarem de sistema de Grenoble, a este tipo de propriedade. Entre nós, o direito reinícola conhecia o sistema de divisão horizontal e, no Título I, do Livro 68, das Ordenações, se encontra um preceito onde o legislador proíbe que se abra janela ou se faça beiral quando o sótão pertence a propriedade diferente, e ao consultar a Consolidação de Teixeira de Freitas e a de Carlos de Carvalho, encontra-se a repetição do princípio. Tem-se depois o Decreto 5.841, de 25 de junho de 1928, que o reintroduziu entre nós, mas restringiu-se a prédios de cinco ou mais andares, exigência que o Decreto 5.234, de 3 de fevereiro de 1943, baixou para três.³⁰²

O condomínio de apartamentos, também denominado condomínio por andares, condomínio por planos, ou condomínio horizontal, é modalidade específica de compropriedade em edifício de dois ou mais pavimentos, construídos de concreto armado ou matéria similar incombustível, sob a forma de unidades independentes entre si.³⁰³

É um condomínio imperfeito, porque a compropriedade só abrange o terreno, os elementos de sustentação do edifício, as áreas e equipamentos de utilização comum, os quais são indivisíveis e inalienáveis como coisas do condomínio de todos os proprietários do prédio (art. 2º), sendo as unidades – apartamentos – propriedades individuais e exclusivas de seus adquirentes.³⁰⁴ A sua diferença em relação ao condomínio em geral é revelada por Cambler:

³⁰⁰ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. Programa de direito civil III: Direito das Coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. pp. 293-296.

³⁰¹ Idem.

³⁰² Ibidem.

³⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1961, p. 5 e 6.

³⁰⁴ Idem.

Ao contrário do condomínio em geral, o condomínio edilício pressupõe uma situação jurídica de natureza complexa, onde o titular do direito conjuga em si o exercício da copropriedade sobre as partes comuns e do domínio exclusivo sobre as partes privativas, domínio este exercido nos limites da existência de diversas propriedades confinantes.³⁰⁵

Ascensão alerta que, embora se conjuguem propriedade e compropriedade a propriedade é o fundamental, sendo a compropriedade meramente instrumental. Isso porque, defende o jurista português, “o escopo da propriedade horizontal não é curar uma situação de comunhão: é permitir propriedades separadas, embora em prédios colectivos”.³⁰⁶ Sendo assim, há nuclearmente uma propriedade, mas esta é especializada pelo facto de recair sobre parte da coisa e de envolver acessoriamente uma comunhão sobre outras partes do prédio.³⁰⁷

Na mesma linha de consideração, observa de Lino Salis³⁰⁸ que, neste tipo de condomínio, o direito à utilização comum de certos elementos do edifício se impõe como meio, e não como fim, para o uso, gozo e disponibilidade da unidade autônoma, separada das demais e da propriedade individual e exclusiva do adquirente.

No Brasil o condomínio edilício foi regulado originalmente pelo Dec. nº 5.481/1928, que só permitia a propriedade fracionada em edifícios com mais de cinco pavimentos, sendo posteriormente reduzida para três pavimentos pelo Dec.-lei nº 5.234/1943.³⁰⁹ Explica San Tiago Dantas que a exigência de um número mínimo de andares se justificava a época “dada à ideia de transformar-se o solo em acessório do edifício, o que só é justo quando, efetivamente, a construção tiver uma importância consideravelmente maior do que o solo”.³¹⁰

Posteriormente a matéria veio a ser tratada de forma mais próxima à realidade social pela Lei nº 4.591/64, que acabou por inovar ao regular as questões como os futuros condomínios para as incorporações; a configuração dos encargos

³⁰⁵ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Condomínio Edilício*: Estudos em homenagem ao Acadêmico Ministro Moreira Alves, São Paulo: Fiúza Editora; Academia Paulista de Magistrados, 2003, p. 178.

³⁰⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil*: Reais. 5. ed., Coimbra: Editora Coimbra. 1993, 464.

³⁰⁷ Idem.

³⁰⁸ apud MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1961, p. 5 e 6.

³⁰⁹ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 34, vol. 71, p. 155-203, jul-dez./2011.

³¹⁰ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil III*: Direito das Coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. pp. 293-296.

condominiais e acessórios como obrigações e natureza *propter rem*; a necessidade de uma convenção de condomínio com registro em cartório de títulos e documentos; entre inúmeros direito, obrigações e deveres.³¹¹

Presentemente, o Código Civil de 2002 inovou ao tratar do condomínio edilício nos artigos 1.331 a 1.358, sem correspondência no Código Civil de 1916. Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf, Márcio Antero Motta Ramos Marques, Luiz Edson Fachin, Arnaldo Wald e Carlos Roberto Gonçalves³¹², as regras estabelecidas quanto ao condomínio edilício do Código Civil devem ser aplicadas diretamente em detrimento das regras estabelecidas na Lei 4.591/64, que passam a ter uma força puramente subsidiária para as hipóteses de omissões e para as questões em que não ocorra o conflito de normas, face à derrogação pelos artigos do Código Civil de 2002.³¹³

1.3.1 Fração Ideal

A cada apartamento ou unidade autônoma deve corresponder uma fração ideal no condomínio sobre o terreno e partes comuns ao edifício. Isto é fundamental no regime da propriedade horizontal, já que resulta esta da fusão indissociável da propriedade exclusiva do apartamento com o condomínio daquelas coisas.³¹⁴

A fração ideal é de grande interesse, uma vez que é com base nela que o condômino deve concorrer nas despesas do condomínio; servirá para apurar a participação de cada um no rateio do prêmio do seguro, a sua quota-parte no orçamento das repartições do prédio, e, em caso de desapropriação do edifício ou

³¹¹ REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 34, vol. 71, p. 155-203, jul-dez./2011.

³¹² Idem.

³¹³ Argumenta Rebouças que “Tal interpretação é alcançada pela aplicação sistêmica da LC 95/1998 com alterações da LC 107/2001, combinado com o disposto no art. 2º e seus parágrafos da LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Dec.-lei 4.657/1942) uma vez que o art. 2.045 do CC/2002 foi omissivo quanto a eventual revogação expressa das normas atinentes ao condomínio edilício da Lei 4.591/64.” In: REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. *Revista de Direito Imobiliário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 34, vol. 71, p. 155-203, jul-dez./2011.

³¹⁴ PEREIRA, Caio Mário. *Condomínio e Incorporações*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 1958. p. 97.

de sua destruição por incêndio ou outro risco segurável, servirá ela também para aquilatar o *quantum* de cada condômino da indenização.³¹⁵

1.3.2 Propriedade Exclusiva

As partes exclusivas de um condomínio edilício, constituída de apartamentos, salas, conjuntos ou andares, são aquelas das quais o titular de domínio exerce os atributos e prerrogativas inerentes à propriedade, sem necessidade da anuência dos demais condôminos.³¹⁶ A utilização funcional independente leciona San Tiago Dantas, marca o campo de livre determinação do proprietário e se os apartamentos são constituídos de modo que não possam ser habitados sem serventia de outros.³¹⁷

O artigo 1.331, caput, do Código Civil em consonância com a moderna doutrina, desde logo reconhece a existência das duas modalidades de propriedade em edificações, a exclusiva e a comum. Sobre tais partes, leciona Maluf:

[...] deve ser entendida como propriedade exclusiva aquela cujo uso, gozo e disposição não dependem de nenhum outro condômino; p. ex., as unidades autônomas, como lojas, garagens, salas comerciais, apartamentos etc.³¹⁸

São exemplos de unidades autônomas da primeira categoria um pavimento, uma loja, um apartamento residencial, um conjunto de salas, uma sala, um terraço de cobertura, um boxe, enfim tudo o que possa ser no condomínio, uma propriedade exclusiva.³¹⁹

Tais partes podem ser alienadas livremente, à exceção dos abrigos de veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. (cf.

³¹⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio Edilício*. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p. 31.

³¹⁶ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

³¹⁷ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil III: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. pp. 293-296.

³¹⁸ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio Edilício*. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p. 44.

³¹⁹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

determinou a recente Lei nº 12.607, de 4 de abril de 2012, que alterou o § 1º do art. 1.331 do Código Civil).

1.3.3 Propriedade Comum

Outra porção do condomínio edilício é constituída de partes comuns, em que se pode dizer que cada condômino possui uma quota ideal comum aos demais, não suscetível de alienação ou utilização exclusiva por qualquer condômino.³²⁰ A propriedade comum, como, por exemplo, a área comum (estrutura do prédio, telhado, etc.) “tem seu uso vinculado à vontade dos condôminos, e não pode ser alienada”³²¹, como estabelece o § 2º do art. 1.331 do Código Civil. São comuns o terreno, as escadas, os corredores, pisos, paredes e vigas, todos interessando ao conjunto, ou seja, às frações de uso comum.³²²

Sobre a propriedade comum, leciona Maluf:

A propriedade comum é o terreno e tudo quanto no edifício seja afetado ao uso de todos os proprietários, como, por exemplo, as fundações, as fachadas, o telhado, a estrutura de concreto, os muros e paredes divisórias, as escadarias, os elevadores, os vestíbulos, os corredores, bem como piscinas, saunas, quadras de tênis, quadras poliesportivas e outras partes de utilidade para os seus ocupantes, não sendo elas, assim, suscetíveis de utilização exclusiva por nenhum condômino. As áreas e coisas de uso comum, enfim, a propriedade comum, deve ter seu uso e destinação disciplinados pela convenção condominial e pelo regulamento interno do edifício.”³²³

Dessa forma, nos termos do art. 3º da referida lei, são comuns o terreno e tudo o que no edifício seja afetado pelo uso de todos os proprietários.³²⁴ Feitas essas considerações sobre a propriedade, e a co-propriedade – em condomínio comum e especial, e destes, sobre suas porções comuns e privativas, passar-se-á à análise do registro da incorporação, que futuramente oportunizará

³²⁰ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

³²¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio Edilício*. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p. 45.

³²² DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. *Programa de direito civil III: Direito das Coisas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. pp. 293-296.

³²³ MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. *Condomínio Edilício*. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p. 45-46.

³²⁴ CAMBLER, Everaldo Augusto. *Incorporação Imobiliária: ensaio de uma teoria geral*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 100.

conferir às unidades condominiais que formam o conjunto da propriedade horizontal, a dignidade de direito real e identidade própria.

2 REGISTRO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.1 OBRIGATORIEDADE E DISPENSA DO REGISTRO

A grande inovação instituída na Lei nº 4.591/64 foi a criação de direito real instituído em favor dos adquirentes de unidades, como também do incorporador, com o registro da incorporação. Promovido o registro encerra-se a fase administrativa da incorporação, vigorando em toda a sua plenitude a presunção de regularidade dos documentos oferecidos.³²⁵

Na defesa dos interesses dos condôminos a Lei de Incorporação disciplinou minuciosamente as atividades do incorporador, determinando o mínimo de diligência que ele deverá realizar para levar o empreendimento a bom termo. A primeira dessas providências essenciais lecionam Franco e Gondo, é a inscrição da incorporação no registro imobiliário competente (cf. art. 167, 17 e 23 da Lei dos Registros Públicos)³²⁶, ao qual “incumbe escoimar os vícios da documentação a fim de que o processo preencha os requisitos exigidos pela lei e proporcione aos interessados um conhecimento pleno do negócio a que vão aderir”.³²⁷

Ainda que esteja materialmente concluída a construção, a unidade imobiliária não terá existência legal se sua construção não for averbada e se sua individualização não for assentada no Registro de Imóveis. É esse assentamento que faz nascer a unidade imobiliária com identidade própria, integrante de um conjunto de unidades autônomas.³²⁸ Também por meio do registro de incorporações:

³²⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.]

³²⁶ Sobre o registro da incorporação, leciona Aduino de Almeida Tomaszewski: “Para que seja objeto de registro no Registro de Imóveis, todos os documentos mencionados no artigo 32 da Lei 4.591/64 devem ser arquivados”. Ainda sobre comentários à Lei dos Registros Públicos e disposições sobre do Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Paraná relacionadas à Incorporação e Condomínio, ver TOMASZEWSKI, Aduino de Almeida. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*, Florianópolis: Conceito Editora, 2010, p. 385-399.

³²⁷ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisske. *Manual prático das incorporações imobiliárias*, São Paulo: Sugestões literárias, 1967, p. 49.

³²⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

[...] os potenciais adquirentes em conhecer a história do imóvel, a situação jurídica e patrimonial do incorporador, as condições em que ele negociou o terreno sobre o qual será erguida a edificação, os ônus que recaem sobre esse terreno, o projeto de construção aprovado pelas autoridades competentes e o orçamento da obra, entre outras coisas.³²⁹

Ressalte-se que, uma vez promovida a incorporação e celebrado contratos sobre unidades do edifício, o memorial arquivado no Registro de Imóveis integra-se neles, adquirindo com eles o caráter de bilateralidade que obsta à sua modificação por um dos contratantes.³³⁰

Orlando Gomes entende ainda que a obrigação de firmar a escritura definitiva de venda da fração ideal do terreno e da correspondente acessão surge, obviamente, nos contratos que envolvem promessa de venda, ou de permuta. Em caso de tal recusa, pode o promitente comprador “recorrer às regras processuais da adjudicação compulsória, instituídas, entre nós, no pressuposto de que o contrato preliminar de compromisso de venda gera uma obrigação de fazer”.³³¹

As vendas das frações ideais de terreno e os contratos de construção - qualquer que seja o regime adotado, empreitada ou administração - celebram-se em torno dos dados oriundos dos documentos arquivados, por tal forma que tudo se passa como se em cada contrato fossem transcritos todos os dados do memorial. Este, uma vez arquivado em cartório, deixa de pertencer ao incorporador, que não tendo mais poder sobre ele não o pode alterar.³³²

³²⁹ GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 81-84.

³³⁰ Sobre os efeitos do registro público, Caio Mário faz os seguintes apontamentos: “É certo que, no direito brasileiro, não tem o Registro Imobiliário o valor absoluto (ou quase absoluto, é melhor dizê-lo) do sistema alemão, de que nos aproximamos. O Código Alemão de 1896 (*Bürgerliches Gezezbuch*) adotou uma técnica baseada no princípio segundo o qual o registro é um negócio jurídico abstrato, que, uma vez realizado, se desprende do negócio jurídico subjacente. Para nós, por falta de um sistema rigoroso de cadastramento da propriedade imóvel, não foi possível adotar o mesmo princípio e conseqüentemente extrair a mesma consequência. Embora sem a força absoluta do Registro Fundiário alemão, o nosso é todo baseado na *praesumptio* respectiva, pois que, de nada valeria ele, em verdade, se os seus livros nada provassem por si mesmos. Sendo como é uma presunção *iuris tantum*, deve ser tida *pro veritate* enquanto se não cancelar ou anular. Na pendência do que nele se transcreve ou inscreve-se, o registro faz plena fé. É, então, inquestionável a inferência natural do seu contexto, quando o oficial certifica o arquivamento do memorial e documentos que o acompanham.” In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303].

³³¹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

³³² É de se notar ainda que o registro de incorporação e a averbação dos contratos têm validade contra todos, inclusive contra a autoridade administrativa que licenciou a obra e com isso liberou a incorporação. Diz Caio Mário que: “Opondo-se-lhe o registro, enquanto ele subsistir, descabe toda tentativa de revogação da licença. Esta foi dada, e fundamentou a constituição do direito real. Não pode mais ser revogada e não pode o incorporador, mesmo que o queira, sofrer a revogação da licença para a construção daquele projeto tal como aprovado, porque ele não mais pertence ao

O registro da incorporação poderá tornar-se desnecessário em algumas circunstâncias, tal como defende posição Orlando Gomes. Mas o jurista cogita tal hipótese ao se apoiar na ideia de condomínio comum:

Para que a compra, ou a promessa de compra, seja elemento do contrato de incorporação, há de recair numa unidade autônoma e ser estipulada antes ou durante a construção do edifício. Se uma edificação é adquirida, sem autonomia de suas unidades, por várias pessoas, o contrato de aquisição não é de incorporação, nele figurando os adquirentes como uma pluralidade de compradores que passam a ser co-proprietários, tendo cada qual, simplesmente, uma fração ideal do bem comum. Se a venda de unidade autônoma ocorre após a conclusão da obra, o respectivo contrato não é de incorporação pela razão clara e intuitiva de que, por definição, só é juridicamente possível enquanto o edifício está em construção ou apenas projetado. Partes nesses contratos não são, portanto, um incorporador e um pretendente a proprietário de unidade isolada.³³³

Já Chalhub funda-se na natureza da atividade exercida por aqueles que constroem edifícios em planos horizontais sem objetivar lucro, a fim de dispensar o registro:

À luz do que dispõe a lei especial sobre o condomínio horizontal, não resta dúvida de que só será exigível o arquivamento do memorial se a atividade de (sic) configurar uma incorporação. Promover, tão-somente, a construção de edifícios em planos horizontais não é incorporar; incorporação só haverá se os empreendedores visarem lucro com a manipulação de recursos do público para a produção do bem e sua entrega futura; neste caso, e somente neste, haverá necessidade de proteção do interesse público pelo conhecimento: 1) da credibilidade dos empreendedores; 2) das especificações do produto, com definição das responsabilidades pela produção. Fora dessa hipótese (atividade empresarial), o arquivamento do memorial não produzirá as consequências jurídicas ou práticas para as quais foi instituído por lei. Faltam a essa situação os traços característicos de uma atividade empresarial imobiliária: não há, aqui, o 'intuito de promover a construção... para alienação', que a lei (art. 28, parágrafo único) impõe como pressuposto da incorporação imobiliária.³³⁴

incorporador ou à Administração Pública, desde que se converteu em um direito oponível a todos, compreendida neste vocábulo a Administração mesma, que se não excepciona da oponibilidade por nenhuma razão de direito." In: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 5. ed., Forense: Rio de Janeiro. 1985, passim [pp. 231-303.] O autor ainda ressalva as modificações, que comporta: serão aquelas ajustadas com a outra parte. Mas, como a outra parte são os adquirentes de unidades, somente com a unanimidade destes será possível a sua alteração.

³³³ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

³³⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Memorial de Incorporação. Notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses em que não configurem atividade empresarial. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 13, p. 37-46, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./1984.

Elvino Silva Filho³³⁵, por sua vez, admite não existir incorporação na seguinte situação: “em que várias pessoas adquirem frações ideais de um terreno, sem a existência de qualquer projeto de construção aprovado, nem pendente de aprovação pela autoridade municipal competente”, mas adverte que este mesmo grupo de pessoas deverá se “manter reunido em um grupo fechado até o final da obra”. O mesmo é admitido por Costi, com a seguinte ressalva:

[...] em se tratando de um grupo fechado, desaparece a figura da incorporação imobiliária. Todavia, caso haja alguma venda de unidades durante a construção, os participantes deste grupo ficam obrigados a providenciar o registro da incorporação, pois todos eles passam a ser considerados incorporadores.³³⁶

Curiosamente, as mesmas hipóteses aventadas pelos doutrinadores antes referidos - à exceção de Orlando Gomes -, suficientes, no entender daqueles juristas, para descaracterizar a incorporação e o seu conseqüente registro, são trazidas por Dantas justamente para exemplificá-la:

Considere-se a hipótese de que o edifício não exista e queiram construí-lo. Neste caso, o método é o que se chama incorporação o qual pode-se operar de dois modos: ou diversas pessoas se reúnem para construir um edifício do qual serão proprietárias, em regime de propriedade separada de cada apartamento, ou, então, é alguém que se propõe a construir um prédio como seu, vendendo os apartamentos [aí dependerá da época da venda, se antes ou depois da conclusão das obras]. Esta última forma é um negócio típico de interposição, peculiar a uma época de grande especulação imobiliária, como é a atual. Quem se interpõe não possui terreno, não financia a construção, nem quer ser proprietário de apartamento.³³⁷

Prepondera a ideia, pois, de que inexistente incorporação imobiliária – e, conseqüentemente, o dever de observar o seu registro - caso a edificação de obra [condomínio edilício] venha a ser desencadeada por grupos de pessoas físicas e/ou jurídicas que não tenham por objeto a especulação e o lucro na venda de unidades [ou frações ideais] antes ou durante o curso da obra, e desde que o grupo permaneça fechado até que a edificação do prédio se ultime. Ressalte-se, finalmente, que a alienação posterior à edificação das unidades configurará compra

³³⁵ SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 21, p. 15-35, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./2001.

³³⁶ COSTI, Glaci Maria et alii. A tutela dos direitos civis do cidadão: Incorporação Imobiliária. *Boletim do IRIB*, n. 272, p. 2-7, São Paulo: IRIB, jan./2000.

³³⁷ DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. Programa de direito civil III: Direito das Coisas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984. p. 296.

e venda, e não incorporação imobiliária, conforme já sustentado no decorrer desta dissertação [parte II, item 2.2.].

2.2 DESRESPEITO À OBRIGAÇÃO LEGAL

Com o advento da Lei nº 4.591/64, e das exigências que ela carregava, Franco e Gondo festejaram o fato de que a documentação e os elementos esclarecedores ali reclamados dariam aos interessados uma visão completa do empreendimento, do ponto de vista técnico e jurídico.³³⁸

À vista do *dossier*, diziam ambos os juristas, os adquirentes tomam conhecimento do título de propriedade e de todas as demais condições que garantem os seus direitos, evitando-se o risco de não poder o condomínio ser afinal regularizado por vícios, ônus e responsabilidades incidentes sobre o terreno, que é a base fundamental de uma incorporação, ou falta de preenchimento de condições indispensáveis à oportuna especificação e divisão do condomínio.³³⁹ É explícita a sintonia dessas disposições com a cláusula geral da boa-fé, manifestada pela informação.

Esse entusiasmo foi igualmente experimentado por Brito, que considerava a medida tomada pelo legislador, no sentido de obrigar o arquivamento dos documentos elencados no art. 32, “um dos passos mais relevantes dados pela Lei nº 4.591/64.” Disse o jurista:

Esse dever é correspondente a um direito básico do adquirente consumidor da futura unidade autônoma. [...] o legislador, em 1964, procurou criar uma série de mecanismos que viessem a proteger o consumidor daqueles incorporadores aventureiros, os quais não tinham condições mínimas de começar uma incorporação, mas assim o faziam.³⁴⁰

Mas J. Nascimento Franco e Niske Gondo, na mesma obra, em edição posterior, manifestaram assim a decepção:

³³⁸ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Manual prático das incorporações imobiliárias*, São Paulo: Sugestões literárias, 1967, p. 23.

³³⁹ Idem.

³⁴⁰ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 241.

Em resumo, a aplicação prática da lei 4.591/4 e da legislação complementar não deu os resultados esperados pelo legislador. Salvo a regularidade da incorporação, consistente na apresentação, ao registro de imóveis, do dossiê de documentos referidos no art. 32, nada existe no campo da incorporação imobiliária que efetivamente resguarde os interesses dos condôminos. Nem mesmo se obedece, na atualidade, à recomendação inserta no art. 32, dispondo que o incorporador só poderá negociar sobre as unidades autônomas após o registro daqueles documentos, pois a grande maioria começa a receber dinheiro mediante simples carta-propostas, que na realidade substituem o contrato de compra das unidades oferecidas ao público. E nem por ser assim violentada a lei, se tem notícia de que algum incorporador haja respondido a processo de contravenção penal previsto no art. 66, I, da Lei 4.591/64.³⁴¹

Pouco adiantou tipificar a oferta ou comercialização de unidades antes do registro da incorporação como crime contra a economia popular, nos termos dos artigos 32 e 66 (I) da Lei de Condomínio e Incorporação, punível na forma do art. 10 da Lei 1.521/51³⁴². O desrespeito dos incorporadores a essa obrigação legal traz sérios riscos à segurança do negócio, conforme apontam a lei e a doutrina:

O arquivamento do memorial de incorporação no Registro de Imóveis é básico para todos e quaisquer assentamentos relativos à aquisição de direitos reais sobre frações ideais de terrenos e acessões. É exigência legal (art. 32) e é no memorial que estão as características das unidades imobiliárias que constituirão a edificação, suas frações ideais do terreno e das demais coisas em comuns, suas áreas de construção, a identificação das vagas de garagem ou do direito de guarda de veículos etc.; sem essas características não é possível anunciar, no contrato, a identificação do objeto do negócio, que será a fração ideal e as respectivas acessões que haverão de vincular-se à fração e com ela constituirão a unidade mobiliária. O contrato, qualquer que seja ele (até mesmo o de ajuste preliminar – art. 35, § 4º), é registrável no Registro de Imóveis e seu registro é indispensável, pois na sua falta o direito de aquisição ou o direito de garantia não terá eficácia frente a terceiros. [...] Tratando-se de negócio imobiliário, a publicidade é complemento indispensável do contrato; é requisito que se cumpre mediante registro no Registro de Imóveis da situação do imóvel. É requisito de segurança do negócio, indispensável no negócio imobiliário, pois é pelo assentamento no Registro de Imóveis, e só por esse assentamento, que se constitui ou se transmite a propriedade imobiliária, bem como quaisquer direitos reais a ela relativos.³⁴³

Conforme já dito, a atividade do incorporador pode ser fiscalizada em todos os momentos, procurando evitar abusos. Basicamente, dois mecanismos

³⁴¹ FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Manual prático das incorporações imobiliárias*, São Paulo: Sugestões literárias, 3. ed., 1991, p. 20-21.

³⁴² DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 610.

³⁴³ CHALHUB, Melhim Namem. *O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor*. *Revista de Direito Imobiliário*, ano 24, n. 50, São Paulo, p. 92-135. jan./jul. 2001.

funcionam com esse propósito. Primeiro, o concernente à fiscalização exercida pelo registrador de imóveis ³⁴⁴. Segundo, o que se refere à fiscalização por parte da comissão de representantes dos adquirentes e compromissários ³⁴⁵, sem se olvidar do Ministério Público, do Juiz Corregedor das Serventias de Registro, dos do Delegado de Polícia, dos Conselhos de Engenharia e Arquitetura, dos Corretores, etc. ³⁴⁶

Atualmente, não se tem notícias de que as autoridades acima indicadas ou os órgãos de classe envolvidos direta ou indiretamente na incorporação promova fiscalização ou sancione os faltosos. Embora o art. 32 da Lei de Incorporação proíba o incorporador de negociar as unidades autônomas do empreendimento por ele desenvolvido sem que tenha, antes, arquivado junto ao registro de imóveis os documentos que enumera a lei não nulifica o negócio jurídico diante da inobservância desse dever ³⁴⁷. Também não o faz a jurisprudência que, por via oblíqua, abona a conduta do contraventor, ao permitir o registro da incorporação posteriormente - para preservar os direitos de terceiros, é bem verdade, mas sem qualquer penalização do incorporador.

Some-se a isso o fato de que, geralmente, os membros componentes da comissão de representantes dos adquirentes de unidades – comumente inexperientes – costumam sucumbir à recalcitrância dos incorporadores em registrar o empreendimento, a fim de negar-lhes direitos reais sobre ditas unidades e eficácia perante terceiros, como se observa da doutrina de Ghezzi:

Observa-se que os incorporadores relutam em remeter os contratos acima mencionados a registro e, geralmente, também convencem os adquirentes de unidades a não fazê-lo. Isto beneficia apenas o incorporador, pois, desta maneira, ele pode modificar o projeto de construção sem anuência dos adquirentes que não têm os seus contratos registrados (cf. art. 43, IV da Lei 4.591/64). ³⁴⁸

A inobservância desta exigência, tem se entendido, não acarreta a invalidade da incorporação, mas apenas a sua irregularidade, que pode ser sanada posteriormente; no entanto, ela pode ensejar a resolução do contrato celebrado

³⁴⁴ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 349.

³⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001, pp. 947-948.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 86.

³⁴⁸ *Idem*, p. 91.

entre o incorporador e os futuros adquirentes de unidades, por opção destes últimos, defraudada na legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte³⁴⁹. Estes, com efeito, foram os entendimentos manifestados pelo Poder Judiciário:

Incorporação. Unidade autônoma. Alienação. Registro a que se refere o art. 32 da Lei nº 4.591/64. Por si só, a falta do registro não implica a nulidade nem anulabilidade do compromisso de compra e venda. Posto que feito posteriormente, o registro do empreendimento convalida os compromissos. Precedentes da 3ª Turma: REsp 34.395 e 49.847. Recurso especial conhecido e provido.³⁵⁰

CIVIL – ALIENAÇÃO DE UNIDADES – IRREGULARIDADES NO REGISTRO DA INCORPORAÇÃO – RESCISÃO CONTRATUAL. I – Em face da irregularidade ou de vício no registro da Incorporação cabe ao comprador a opção de rescindir o contrato, não desejando mais o cumprimento deste pelo vendedor. – Inteligência do art. 32 da Lei 4.591/94. II – Recurso não conhecido.³⁵¹

Incorporação – Alienação de unidades – Falta de arquivamento determinado pelo artigo 32 da Lei 4.591/64. O desatendimento, pelo incorporador, daquela imposição legal não conduz a nulidade nem anulabilidade do compromisso de venda. O promitente comprador poderá pleitear a rescisão, assim como se abster de pagar as prestações enquanto não sanada a falta. Suprida essa, desaparecem as razões que justificavam tais consequências.³⁵²

No caso de não ter havido o registro da incorporação, o que pode obstar o registro das sobreditas alienações, não resta outra alternativa ao promitente comprador senão ajuizar ação cominatória, buscando obter o cumprimento deste dever legal, pois:

[...] a jurisprudência não costuma admitir o registro de contrato de promessa de compra, promessa de cessão ou mesmo vendas de frações ideais de terreno, vinculadas a unidades autônomas de um edifício a ser construído, sem que tenha sido previamente registrada a incorporação.³⁵³

³⁴⁹ Nesse sentido: “A resolução é um remédio que também pode aproveitar à parte contratante defraudada na sua legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte [...] a resolução é uma defesa destinada a tutelar a condição de respectiva paridade entre as partes, não no ato da celebração do contrato, mas – em conformidade com a sua destinação (causa) – no desenvolvimento da relação contratual; e, em coerência com esta função, dirige-se, precisamente, não contra o negócio, mas contra a relação jurídica a que ele deu vida”. In: BETTI, Emílio. *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. Campinas: Servanda Editora. 2008. p. 701

³⁵⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Falta de Registro da Incorporação. REsp 67.723/SP. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 03 de dezembro de 1999, DJ p. 161, nov. 2000.

³⁵¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Irregularidades no registro da incorporação. REsp 90.743/SP. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 9 de setembro de 1996. DJ out. 1996.

³⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma. Falta de arquivamento determinado pelo art. 32 da Lei 4.591/64. REsp 53.559-0/SP. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 7 de novembro de 1995. DJ dez. 1995.

³⁵³ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 91.

Isto porque, tratando-se de condomínio especial – propriedade horizontal – todo e qualquer ato registrário atinente à futura unidade autônoma deverá ser efetuado na respectiva matrícula da unidade, e não mais na chamada matrícula-mãe (a do terreno, onde se erigirá a edificação)³⁵⁴, e pretender o registro de promessa de compra, promessa de cessão, ou mesmo venda de frações ideais de terreno desrespeitaria um dos princípios registrais, qual seja, o princípio da unitariedade da matrícula, donde se extrai que “cada matrícula deve especificar apenas um imóvel como previsto no art. 176, parágrafo 1º, inciso I, da LPR”.³⁵⁵

O registro dos contratos mostra-se ainda relevante diante da possibilidade do oferecimento do imóvel pelo incorporador em hipoteca - imóvel esse que será objeto da edificação da propriedade horizontal e que a ele tudo se agregará por acessão de construção segundo o princípio da *superficies solo cedit*³⁵⁶ -, tendo em vista ser bastante comum que no contrato formado pelo adquirente exista uma cláusula dispondo que ele concorda com a constituição de ônus real para garantir financiamento obtido pelo incorporador.

Inexistindo hipoteca anterior sobre o terreno e o adquirente registra o contrato, sua unidade não será gravada, diante do princípio da prioridade registral³⁵⁷, que se expressa nos artigos 174, 182 a 186 [notadamente o último dispositivo], todos da Lei de Registros Públicos.

No entanto, há casos em que o incorporador celebra ao mesmo tempo um contrato de promessa de compra e venda com um adquirente de unidade autônoma e, com alguma instituição financeira, um contrato de financiamento com

³⁵⁴ TERRA, Marcelo; WALDER, Valdir. A matrícula na incorporação imobiliária. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 29, p. 73-82, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./2002.

³⁵⁵ TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*, Florianópolis: Conceito Editora, 2010, p. 34.

³⁵⁶ Ensina Lira: “Pela acessão, entenda-se a união física entre duas coisas, formando, de maneira indissolúvel, um conjunto em que uma das partes, embora possa ser reconhecível, não guarda autonomia, sendo subordinada, dependente de um todo, seguindo-lhe o destino jurídico, os fenômenos da edificação *inaedificatio* e da plantação *plantatio* são dominados pelo princípio *superficies solo cedit*, por força do qual tudo que se planta ou constrói em solo alheio é da propriedade do dono do solo *dominus soli*. Esse é o princípio que prevalece no nosso ordenamento” In: LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de Direito Urbanístico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

³⁵⁷ Sobre o princípio, leciona o Professor Adauto Tomaszewski: “[...] confere prerrogativas ao primeiro interessado que apresentar um determinado título para ser registrado ou averbado. Terá preferência na realização do ato e poderá opor o direito a partir daí constituído em face de todos. Para se determinar a ordem, e seu número, se faz o lançamento de um determinado documento hábil para o ato no Livro de protocolo, com a precedência do Direito Real.” In: TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. *Comentários à Lei dos Registros Públicos*, Florianópolis: Conceito Editora, 2010, p. 34.

garantia real do imóvel. Nestes casos, se não for possível lançar mão da prioridade registral - na eventualidade do ônus ser registrado na matrícula do imóvel anteriormente à promessa -, competirá ao adquirente, caso exerça a posse, lançar mão da Súmula 84 do Superior Tribunal de Justiça, assim expressada:

É admissível a oposição de embargos de terceiro fundado em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro (Súmula 84, Corte Especial, julgado em 18.06.1993, DJ 02.07.1993, p. 13.283)³⁵⁸.

Com base na posse e na súmula transcrita acima, pois, o Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação de que, com base na posse, o adquirente de imóvel hipotecado pode opor embargos de terceiro contra a execução movida pela instituição financeira³⁵⁹. De qualquer forma, o fato é que as decisões mais recentes daquele mesmo Tribunal tem sido no sentido de que a instituição da hipoteca pelo construtor é ineficaz em relação aos promitentes compradores desde o momento da celebração dos seus respectivos contratos de promessa de compra e venda:

³⁵⁸ Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=388#> acessado em 17.06.2012, às 15:20.

³⁵⁹ Nesse sentido: "Processual Civil. Recurso Especial. Dissídio jurisprudencial. Acórdão recorrido. Omissão. Inexistência. Execução hipotecária. Mútuo entre agente financeiro e incorporadora para construção de edifício de unidades residenciais. Penhora incidente sobre unidade alienada a terceiro. Compra e venda não registrada. Oposição de Embargos de Terceiro. - Há dissídio jurisprudencial quando os julgados comparados divergem sobre a mesma questão jurídica. - Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração em acórdão que aprecia todos os temas postos a desate, de maneira fundamentada. - Admite-se a oposição de embargos de terceiro por quem adquire, mediante compra e venda sem registro, unidade de apartamento residencial, com o fito de excluí-la da penhora realizada em execução hipotecária, promovida pelo agente financeiro contra a construtora, com base em contrato de mútuo pactuado para a construção de edifício de unidades residenciais destinadas à venda. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 444.430/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.10.2002, DJ 02.12.2002, p. 309); e ainda, no mesmo sentido: Processo civil e Direito imobiliário. Recurso especial. Ação de embargos de terceiro à execução. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Posterior celebração de compromisso de compra e venda com terceiros adquirentes. Ciência, pelos adquirentes, da hipoteca previamente constituída. Cabimento dos embargos de terceiro. Boa-fé. - Não age de má-fé aquele que adquire em compromisso de compra e venda imóvel que sabe estar hipotecado em nome de outrem, porquanto a constituição de hipoteca não impede, por si só, o pacto de compra e venda do imóvel. - Adquirido o bem hipotecado de quem efetivamente era proprietário, com o regular pagamento do preço, poderá o comprador opor embargos de terceiro. - Confunde-se com o próprio mérito dos embargos de terceiro (e portanto não afasta o seu cabimento) a questão relativa à validade e/ou eficácia - perante o promissário-comprador - da hipoteca anteriormente constituída pela construtora em favor do agente financeiro. Recurso especial a que se dá provimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 462.469/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.04.2004, DJ 26.04.2004, p. 166).

Direito imobiliário. Recurso Especial. Ação de Embargos de Terceiro à Execução. Construção e incorporação. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Prévia celebração de compromisso de compra e venda com terceiro adquirente. Invalidez da hipoteca. - É nula a hipoteca outorgada pela construtora ao agente financiador em data posterior à celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador. - Recurso especial a que não se conhece.³⁶⁰

CIVIL E CONSUMIDOR. IMÓVEL. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. SFH. HIPOTECA. TERCEIRO ADQUIRENTE. BOA-FÉ. NÃO PREVALÊNCIA DO GRAVAME. 1 - O entendimento pacificado no âmbito da Segunda Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. 2 - Recurso especial conhecido, mas não provido.³⁶¹

Atualmente este entendimento encontra-se consolidado na Súmula 308 daquela Corte³⁶², que resultou dos diversos precedentes mencionados no julgamento do Resp 651.125/RJ³⁶³.

Há o entendimento de que o direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes, ficaria limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois estes jamais assumiram a responsabilidade de pagar duas dívidas, a própria, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio. Tal orientação abona a cláusula geral da boa-fé, fundada na legítima expectativa do adquirente de unidade condominial em receber seu imóvel pronto e acabado, livre de ônus, depois de integralmente pago o preço.

³⁶⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 409.076/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07.11.2002, DJ 09.12.2002, p. 340.

³⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 557.369/GO, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 241.

³⁶² 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. (Súmula 308, Segunda Seção, julgado em 30.03.2005, DJ 25.04.2005 p. 384).
Fonte: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?processo=308&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=1#>

³⁶³ É a ementa do Acórdão: "Aquisição de bem imóvel. Hipoteca constituída pela construtora junto ao agente financeiro. Precedentes da Corte. Súmula nº 83. 1. Nesta Corte há interpretação consolidada no âmbito da Segunda Seção no sentido de que a garantia hipotecária do financiamento não atinge o terceiro adquirente da unidade, o qual responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito (REsp nº 498.862/GO, de minha relatoria, DJ de 1º/3/04; REsp nº 439.604/PR, de minha relatoria, DJ de 30/6/03; REsp nº 431.440/SP, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 17/2/03; REsp nº 401.252/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 5/8/02; REsp nº 239.557/SC, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 7/8/02; REsp nº 187.940/SP, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 21/6/1999). 2. Recurso especial não conhecido." BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 651125/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 02.09.2004, DJ 11.10.2004, p. 325.

2.3 CAUSA FINAL E FUNCIONALIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

O principal instrumento de funcionalização no âmbito dos negócios jurídicos é a causa³⁶⁴. Ela se manifesta também por intermédio dos contratos, que por sua vez não só criam, como modificam, transferem, extinguem e provocam outros efeitos, além da constituição de obrigações; podem eles ser referentes a outros direitos, e não só a obrigações. Com ensina Ascensão:

[...] de fato, do contrato não derivam só obrigações. Dos contratos brotam direitos reais, familiares, sucessórios, e quaisquer outros. O contrato é pois uma figura de Teoria Geral. A pretensão de restringir o contrato ao Direito das Obrigações, que foi já corrente, é hoje em dia indefensável.³⁶⁵

Não custa repetir a lição de Miguel Reale, para quem o princípio da função social é mero corolário dos imperativos constitucionais relativos à função social da propriedade e à justiça que deve presidir à ordem econômica³⁶⁶. Com apoio nela, Paulo Luiz Netto Lôbo³⁶⁷ afirma que a propriedade é o seguimento estático da atividade econômica, enquanto o contrato é seu seguimento dinâmico. Assim, a função social da propriedade afeta necessariamente o contrato, como instrumento que o faz circular.

Partindo desses pressupostos, colha-se a lição de Chalhub³⁶⁸, firme ao defender que aspecto de extraordinária relevância no contrato de incorporação imobiliária é o interesse coletivo, que constitui traço marcante de sua função social e que, em consequência, dá o tom do seu escopo e condiciona sua funcionalidade econômica.

As prestações fundamentais do contrato de incorporação imobiliária fundem-se numa unidade necessária à configuração de sua causa³⁶⁹ final³⁷⁰, ou

³⁶⁴ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 33.

³⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 35. vol. II.

³⁶⁶ REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32.

³⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

³⁶⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

³⁶⁹ GOMES, Orlando. *Contrato de Incorporação Imobiliária*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

seja, o fato futuro ao qual tende o negócio³⁷¹ jurídico incorporativo é a aquisição, em regime especial de condomínio, de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios.

Caio Mário da Silva Pereira³⁷² identifica as funções e a causa desse novo tipo contratual em dois aspectos fundamentais: primeiro, no que tange à constituição de uma nova modalidade de propriedade, que resultará do registro do memorial de incorporação, esclarecido que, após o decurso do prazo de carência, fica estabelecido *ius in re* oponível *erga omnes* como todo direito real e, segundo, no que diz respeito ao delineamento das obrigações das partes contratantes, atendendo as peculiaridades do negócio.

Muito embora nosso direito não inclua a causa como um dos elementos do contrato, afirma Chalhub que sua consideração é útil para melhor compreensão do conteúdo e do alcance do contrato de incorporação. Na medida em que a causa reflete o conteúdo do contrato, seu entendimento é importante para balizar a conduta das partes, de acordo com a funcionalidade econômica e social do contrato, bem como para viabilizar o equilíbrio da relação jurídica. Sobre esse aspecto, leciona:

[...] a causa do negócio jurídico da incorporação é a produção de um novo bem imóvel e a constituição de direito de propriedade sobre ele, num processo pelo qual se desdobra o terreno e esse converte um direito real de propriedade que sobre ele incidia em vários direitos reais de propriedade incidentes sobre unidades imobiliárias autônomas assentadas em planos horizontais sobre esse terreno; nesse processo, e para esse fim, as frações ideais em que foi dividido o terreno vinculam-se às unidades imobiliárias e incidem também sobre as partes da edificação que têm vocação para propriedade e utilização comuns. Essa é a causa do negócio jurídico da incorporação: a formação de direito de propriedade sobre edificação coletiva, em frações ideais, e sobre as unidades imobiliárias integrantes dessa edificação, e, bem assim, a atribuição

³⁷⁰ Sobre o que vem a ser causa final, leciona Mariano Gagliardo: "*Causa-fin, en suma, es la atribución de una intención y así resulta el efecto mediato del negocio de que se trate. No precisa ser de naturaleza jurídica y se dirige a la obtención del propósito de las partes. Es la conclusión de un resultado a través de la voluntad negocial; causa final que es motivo del negocio*". In: GAGLIARDO, Mariano. *La causa jurídica*. Buenos Aires: Abeleno Perrot, 2009, p. 20.

³⁷¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 147. Explica ainda o jurista, com apoio nas lições de Cariota Ferrara (*Il negozio giuridico*): "predomina, atualmente, na verdade, o que se chama de sentido objetivo da causa, isto é, um terceiro sentido da palavra, pelo qual se vê, na causa, a função prático-social ou econômico-social do negócio." op cit. p. 153.

³⁷² CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

do direito sobre essas unidades às pessoas que, nos termos dos respectivos títulos, vierem a adquiri-las.³⁷³

A Lei de Incorporações abre ampla margem para uma melhor utilização da propriedade, estimulando a sua função social³⁷⁴. Materializa-se, pois, a razão jurídica do contrato de incorporação, na constituição de nova modalidade de propriedade. A extensão desse conceito é registrada por Everaldo Augusto Cambler, para quem “a atividade incorporativa, correspondente à totalidade da promoção pré-condominial, extrapola os limites do contrato de incorporação”³⁷⁵.

Tendo-se em mira, pois, o contrato como o instrumento – ou seguimento dinâmico – que faz circular a propriedade, e que o contrato de incorporação tem como causa final a produção de um imóvel e a constituição de propriedade sobre ele, e ainda, considerando-se que só é possível a existência legal da unidade imobiliária adquirida se a construção for averbada e se sua individualização for assentada no Registro de Imóveis, é possível cogitar que a inobservância ao dever de registro de incorporação [obstando o fim a que se destina o negócio] torna o contrato ineficaz.³⁷⁶

Isso porque, nos negócios jurídicos bilaterais, tal como o contrato de incorporação, seu conteúdo, ou objeto típico, 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). 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

³⁷³ Idem.

³⁷⁴ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à luz do CDC*. São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 342.

³⁷⁵ apud CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 137-154.

³⁷⁶ Nesse sentido, explica Junqueira de Azevedo: “[...] 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, ou 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, requisito de validade) e, quando a hipótese for de causa final, ineficácia superveniente (portanto, a existência da causa é, aí, fator de permanência de eficácia). Em ambos os casos, o papel da causa será de proteção à parte, que se fiou na existência (passada ou futura) da causa.” In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 152.

constituição) autoriza a resolução, evitando que a parte inocente seja obrigada a cumprir a sua prestação, que se tornou sem causa.³⁷⁷

Poder-se-ia também, na ausência de registro de incorporação, conjecturar sobre a nulidade do contrato³⁷⁸. Orlando Gomes já defendia – em 1974 -, a nulidade do contrato de incorporação que não conferisse direito real ao adquirente de unidade imobiliária. Ousa-se afirmar que ideia do jurista baiano, pautada na aparente invalidade do negócio (por suposta desatenção à solenidade da forma exigida pela lei: registro), misturando-a fatores de eficácia (como é possível observar abaixo), na verdade encontrava seu lastro na desatenção à finalidade (causa-fim) do negócio:

A aquisição da fração ideal do terreno, ou a constituição, nessa cota-parte, de direito real de promitente comprador, é, ademais, *conditio juris* para a aquisição da unidade autônoma como propriedade isolada. Constitui obrigação indeclinável do incorporador, a ser incluída no contrato de incorporação, a de transmitir ao adquirente a propriedade dessa fração ideal, ou de se comprometer irremediavelmente a transferi-la, por se não admitir o domínio da unidade construída sem se ser condômino do terreno. Nulo é o contrato de incorporação imobiliária no qual não se constitua um desses dois direitos reais, não valendo, por conseguinte, quando a promessa de venda contenha cláusula de arrependimento. Só a promessa irremediável, averbada à margem do registro da incorporação confere incontestável e plena eficácia ao contrato de incorporação imobiliária.³⁷⁹

Com a promulgação do Código Civil de 2002 e diante do que dispõe o seu art. 166, III, o “motivo determinante, comum a ambas as partes” foi adicionado ao rol das causas de nulidade, “embora a introdução tenha sido justificada tão somente em virtude da transformação da simulação de vício do negócio em causa de nulidade”³⁸⁰. Também aí encontrar-se-ia um possível argumento à invalidade do negócio incorporativo não registrado.

³⁷⁷ Explica Junqueira de Azevedo: a causa funciona, portanto, nessas hipóteses, *a posteriori*, à semelhança de um 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). [...] A falta de causa, como fator de ineficácia superveniente nos contratos bilaterais, tem sua base legal no direito brasileiro” (arts. 475, 476 e 477 do código Civil). In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008, p. 155.

³⁷⁸ Com as seguintes ponderações de Carlos Konder: “[...] ausência de causa como requisito de validade dos negócios não implica que a perspectiva funcional do negócio não seja relevante no ordenamento brasileiro”. In: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 42.

³⁷⁹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

³⁸⁰ KONDER, Carlos Nelson. op cit., p. 42.

No entanto, nesta hipótese, a falta de registro da incorporação, e, conseqüentemente, da criação de direito real instituído em favor dos adquirentes de unidades, não seria motivo comum às partes. Tratar-se-ia de uma expectativa legítima do adquirente frustrada pelo incorporador faltoso.

Tal raciocínio afastaria a invalidade do negócio por essa regra e reafirmaria a possível resolução do contrato, por opção do adquirente de unidade autônoma, diante do inadimplemento de obrigação (*rectius*, dever) essencial à incorporação, tal como recomenda a iterativa orientação jurisprudencial transcrita no subitem 2.2 da parte II desta dissertação. Reafirme-se que, diante da análise da causa (fim) do contrato de incorporação aqui pretendida, não estaria afastada a ineficácia do negócio.

3 INCORPORAÇÃO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

3.1 APLICABILIDADE, FUNDAMENTOS E PRINCÍPIOS

A despeito das cláusulas gerais que privilegiam os princípios da boa-fé objetiva, da função social e do equilíbrio contratual, em especial as que compõem o regime jurídico das incorporações, importa considerar o sistema geral de defesa do consumidor instituído pela Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, para cotejá-lo com o regime especial do contrato de incorporação.³⁸¹

A Lei nº 8.078/1990 foi formulada em atenção ao art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias³⁸² e inspira-se no art. 5º XXXII e no art. 170, V, da Constituição. Tem como pressuposto a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo e, para compensá-la, estabelece diretrizes materiais relativas à boa-fé objetiva e, bem assim, amolda os efeitos da relação obrigacional à concepção social do contrato, sempre com o propósito de assegurar o equilíbrio da relação contratual, “voltado menos para a vontade do indivíduo e mais para os reflexos e expectativas que estes contratos de consumo criam na sociedade atual”.³⁸³ Nesse sentido, assevera Chalhub, o CDC:

[...] enuncia as bases fundamentais da defesa do consumidor, entre as quais se destacam, além do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e a compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, tudo isso sustentado nos princípios da boa-fé e do equilíbrio das relações entre consumidores e fornecedores.³⁸⁴

Diante do aparente conflito de leis no tempo, é necessário sustentar, lastreado nas lições de Marques, que as duas leis, O Código de Defesa do Consumidor e a Lei 4.591/64, aplicam-se ao mesmo tempo, no mesmo caso, para reger, harmoniosamente e conforme a Constituição, o contrato. É o fenômeno denominado “diálogo de fontes”:

³⁸¹ CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 285.

³⁸² Art. 48 do ADCT: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

³⁸³ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 279.

³⁸⁴ CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 285.

Essa expressão criada por meu mestre Erik Jayme, em seu curso de Haia, significa que a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais e gerais, com campos de aplicação convergentes. [...] há diálogo porque há influências recíprocas, diálogo porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por leis em conflito abstrato. É uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).³⁸⁵

Brito³⁸⁶ defende que dois diplomas exercem especial importância na adaptação do contrato de incorporação imobiliária à nova realidade contratual: “a Lei de Condomínio e Incorporações, que traça os aspectos basilares do contrato de incorporação imobiliária, e o Código de Defesa do Consumidor, sem embargo, um dos estatutos que exerce maior influência sobre a nova ordem”, no que foi acompanhado por Guezzi³⁸⁷, que por sua vez sustenta:

[...] tornam-se evidentes os papéis desempenhados em nosso ordenamento jurídico pela Lei 4.591/64 e pelo Código de Defesa do Consumidor. Com efeito, fica clara a intenção do legislador de proteger de forma especial os adquirentes de unidades imobiliárias autônomas e, depois, os consumidores, nos contratos firmados sob a incidência dessas leis. Para perceber isto, basta observar os inúmeros direitos e garantias atribuídos a estes adquirentes e a estes consumidores e os vários deveres e obrigações imputados aos incorporadores e aos fornecedores de produtos e serviços. [...] as incorporações imobiliárias sempre tiveram não apenas a função imediata de satisfazer os interesses dos incorporadores e dos adquirentes das unidades e, por conseguinte, de propiciar a circulação econômica, mas também, e principalmente, a função social mediata de assegurar que a satisfação desses interesses e que esta circulação econômica ocorreriam de forma segura para todos os envolvidos e, em última análise, para toda a sociedade.

Ao discorrer sobre a Lei 4.591/64, Melhin Namem Chalhub³⁸⁸ relembra que o anteprojeto original “foi formulado em termos aptos a equacionar por completo a atividade e a estruturação do contrato, privilegiando a boa-fé e o equilíbrio das relações obrigacionais, com importantes mecanismos de segurança para o negócio”. Assevera Chalhub, logo adiante, que esse sistema é precursor do

³⁸⁵ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 367.

³⁸⁶ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. *Incorporação Imobiliária à Luz do CDC*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 345.

³⁸⁷ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 54-55.

³⁸⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 3.

sistema de proteção e defesa do consumidor, contido no Código de Defesa do Consumidor, pois a Lei n. 4.591/64:

[...] já positivava no direito brasileiro um sistema de proteção ao adquirente de imóveis em construção e fixava responsabilidade do incorporador e demais profissionais envolvidos no negócio estruturado nos mesmos princípios que vieram a orientar o referido Código, isto é, os princípios da boa-fé, no seu sentido objetivo, e da função social do contrato, com eficazes mecanismos de compensação da vulnerabilidade da posição contratual do adquirente.

A orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça defende a aplicabilidade dos princípios gerais do Código de Defesa do Consumidor (notadamente a boa-fé objetiva e a equidade) aos contratos que, no que tem de específico, continuam regidos pela Lei n. 4.591/64, como se observa do voto condutor proferido pelo Relator do REsp nº 80.036/SP, Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

O Código de Defesa do Consumidor também se aplica aos contratos regidos pela Lei nº 4.591/64, pois entre o incorporador e o adquirente surge uma relação de consumo, enquanto o incorporador é fornecedor de bens e serviços. O CODECON traça regras que presidem a situação específica de consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores do direito das obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microsistema enunciar os princípios gerais para um sistema, mas é isso o que acontece no caso, por razões várias, mas principalmente porque a nova lei incorporou ao ordenamento civil legislado normas que expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a idéia da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa-fé [...] É certo que, no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual.³⁸⁹

Cláudia Lima Marques julga ser fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir).³⁹⁰ Para Ghezzi³⁹¹, o entendimento de que o incorporador desenvolve a mercancia, permite antever desde já a possibilidade de aplicação do Código de

³⁸⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Aplicabilidade do CDC na Incorporação Imobiliária REsp nº 80.036/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF. 12 de fevereiro de 1996. DJU, 25.03.1996.

³⁹⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 366/367.

³⁹¹ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

Defesa do Consumidor às incorporações imobiliárias, mas tal afirmação vem acompanhada da seguinte advertência:

Quando o incorporador também for responsável pela construção do prédio, acreditamos que ele poderá ser caracterizado tanto como “construtor” quando como “comerciante”. Diferentemente, quando o construtor for terceiro, parece-nos que o incorporador somente poderá ser enquadrado como “comerciante”. Além disso, entendemos que, dentre as pessoas que podem ser incorporadores (o proprietário do terreno, ao qual são equiparados o promitente-comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário; o construtor; ou o corretor de imóveis), apenas as que desenvolvem com habitualidade incorporações imobiliárias poderão ser consideradas fornecedoras.³⁹²

Já a caracterização do promitente-comprador como consumidor, dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC. Interessante notar, afirma Cláudia Lima Marques, “que qualquer dos participantes da cadeia de fornecimento é considerado fornecedor e há solidariedade entre estes”.³⁹³ Ainda sobre a qualificação do adquirente de unidade condominial em incorporação imobiliária como consumidor, adote-se o escólio de Ghezzi, apoiado na corrente finalista³⁹⁴:

[...] entendemos que o consumidor em sentido estrito, é toda pessoa física ou jurídica que destina, ao seu uso privado, o produto ou o serviço que adquire ou utiliza como sua destinatária final fática e econômica. Por outro lado, qualquer pessoa poderá ser considerada consumidor por equiparação quando se enquadrar nas circunstâncias específicas do parágrafo único do art. 2º e dos arts. 17 e 29 do CDC. Não obstante, é preciso que fique demonstrada a vulnerabilidade daquele que se diz consumidor diante do fornecedor, sendo que esta vulnerabilidade será presumida quando o suposto consumidor for uma pessoa física, e deverá ser provada quando se tratar de uma pessoa jurídica. Desta forma, consideramos que o adquirente de unidade autônoma de incorporação imobiliária poderá assumir a condição de consumidor *stricto sensu* apenas quando a adquirir para uso próprio, ou seja, não lhe será reconhecida esta condição quando adquirir a unidade autônoma no exercício de sua atividade econômica, para revendê-la ou locá-la.³⁹⁵

³⁹² Idem. p. 209.

³⁹³ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 366/367.

³⁹⁴ Observe-se que, destinatário final, “[...] é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida ‘destinação final’ do produto ou do serviço.” In: MARQUES, Cláudia Lima. op. cit. p. 253/254.

³⁹⁵ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 209.

Tendo em vista que a relação jurídica de consumo tem necessariamente por objeto um produto (obrigação de dar) ou um serviço (obrigação de fazer), nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 3º da Lei 8.078/90, reitere-se o que já foi dito ao longo desta dissertação, que as incorporações têm por objeto a venda de frações ideais de terrenos que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção o que serão futuramente construídas, o que significa dizer que elas têm por objeto bens imóveis. “Tais bens serão considerados produtos caso sejam eles colocados em circulação no mercado de consumo por um fornecedor”³⁹⁶.

Ainda em se tratando especificamente de incorporações imobiliárias, de acordo com a classificação de Roberto Senise Lisboa, será possível que se configure a prestação de um serviço por natureza sujeito à disciplina do Código de Defesa do Consumidor. No entanto, adverte Ghezzi, “isto deverá ser apurado mediante o exame do caso concreto, pois o incorporador poderá ou não ser também o construtor, este sim efetivamente responsável pelo serviço (construção)”³⁹⁷.

Identificados na incorporação imobiliária os elementos simultâneos da relação jurídica de consumo, diga-se que os princípios fundamentais da moderna teoria contratual foram, de forma concentrada, transpostos para o CDC, em prestígio à função social, e se manifestam por intermédio:

[...] de diretrizes materiais compatíveis com a boa-fé objetiva (inciso III do art. 4º e no inciso IV do art. 51 do CDC, tal como consagrado no art. 412 do CC) e com os mecanismos que asseguram o equilíbrio do contrato, como é o caso do princípio geral enunciado no art. 53, referente ao enriquecimento sem causa, que reproduz a ideia contida no art. 413 do Código Civil. O princípio do equilíbrio está também consagrado no art. 4º, inciso III, do CDC. A compensação de igualdades entre o fornecedor e o consumidor decorrerá da incidência de vários dispositivos, como, por exemplo, os que se referem a eventual vantagem exagerada, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa, a facilitação da defesa dos direitos do consumidor, admitindo a inversão do ônus da prova, quando for verossímil sua alegação ou quando o consumidor for hipossuficiente, entre outros. Está presente no CDC, também, a ideia de flexibilização do *pacta sunt servanda*, nos casos previstos nos arts. 6º, V, e 51, § 2º, que admitem a revisão do contrato em presença de cláusula abusiva ou em razão de fatos supervenientes que o tornem excessivamente oneroso. O arrefecimento da força obrigatória do contrato opera em campo restrito, nos limites traçados pelo CDC, sem que se subverta a teoria do contrato e sem que se retire sua força obrigatória, pois deve-se priorizar sempre a consecução do escopo do contrato.³⁹⁸

³⁹⁶ Segundo Roberto Senise Lisboa, apud GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 144.

³⁹⁷ Idem.

³⁹⁸ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 288.

Importa asseverar, no entanto, que a equiparação contida no CDC não derroga o regime jurídico próprio do contrato de incorporação³⁹⁹, até mesmo porque, como já visto nos capítulos antecedentes desta dissertação, esse regime está alicerçado nos mesmos princípios da boa-fé e da equidade que orientam o CDC, dispensando, pelo menos em princípio, o empréstimo de normas relativas a aspectos já adequadamente regulamentados na Lei das Incorporações.⁴⁰⁰

Chalhub defende que eventuais lacunas da Lei das Incorporações podem ser preenchidas por aplicação de cláusulas gerais, cuja incidência no contrato de incorporação se faz naturalmente, independentemente do CDC. Para tanto, afirma:

Prova disso é que muito antes da vigência do CDC a prestação jurisdicional já vinha se efetivando na defesa do adquirente, com fundamento nesses mesmos princípios, merecendo ressalva, apenas, os problemas decorrentes da insolvência do incorporador, em que a vulnerabilidade da posição do adquirente alcança grau máximo; essa era a lacuna realmente relevante que, entretanto, não foi nem de longe considerada pelo CDC, até porque, pela natureza do problema, sua regulamentação deve integrar a lei especial das incorporações, como realmente veio a ocorrer recentemente mediante caracterização da incorporação como patrimônio de afetação (Lei nº 10.931/2004). Já em relação às cláusulas gerais expressas em disposições do CDC, sua incidência no contrato de incorporação far-se-á por força da aplicação do Código Civil de 2002, por exprimirem princípios comuns a toda a espécie de contrato.⁴⁰¹

A despeito de qualquer controvérsia que possa suscitar, a verdade é que essas cláusulas gerais encontravam-se condensadas no Capítulo VI do CDC, intitulado “Da Proteção Contratual”, antes da promulgação do Código Civil de 2002 e, sendo comum à generalidade dos contratos, sobretudo havendo desnível entre os contratantes, haveriam de se espriar por todas as áreas do direito.⁴⁰²

Poderá ser constatada a existência de outras lacunas, que reclamem a aplicação dos princípios gerais relativos às cláusulas abusivas enunciadas pelo CDC, como seriam os casos de penalidades por atraso na entrega da obra, a fixação de prazo para liberação da hipoteca incidente sobre o imóvel, o

³⁹⁹ Cf. a seguinte orientação jurisprudencial, cuja ementa já foi transcrita neste capítulo: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma. Aplicabilidade do CDC na Incorporação Imobiliária REsp nº 80.036/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF. 12 de fevereiro de 1996. DJU, 25.03.1996.

⁴⁰⁰ Idem.

⁴⁰¹ CHALHUB, Melhim Namem. Da incorporação imobiliária, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 291.

⁴⁰² Idem.

preenchimento, pelos instrumentos particulares, de todos os requisitos que possibilitem seu registro do Registro de Imóveis, a obrigatoriedade de fornecimento ao adquirente de um “manual de proprietário”, contendo orientações para conservação do imóvel e seus equipamentos. Mas esses e outros casos já foram objeto de regulamentação em “termos de compromisso de ajustamento de conduta”⁴⁰³ celebrados entre o Ministério Público e entidades que congregam os incorporadores.⁴⁰⁴

As lições da doutrina, bem como os subsídios colhidos nos estudos de direito comparado e, ainda, a experiência extraída da aplicação prática do CDC recomendam que, havendo lacunas na legislação comum ou na legislação especial das incorporações, a eventual aplicação de normas do CDC nas questões relativas à incorporação, em virtude da equiparação ditada pelos §§ 1º e 2º do art. 3º, seja orientada pela adequada articulação entre os princípios gerais reproduzidos naquele Código e a tutela especial contida na Lei das Incorporações, de modo a evitar distorções que frustrem o escopo e a economia do contrato.⁴⁰⁵

Ver-se-á, adiante, quais são as consequências desse regime legal para o incorporador, especificamente sobre o controle e os efeitos obrigacionais da publicidade, as práticas e cláusulas contratuais abusivas, os vícios e defeitos dos produtos e serviços e a desconsideração da personalidade jurídica.

3.2 INCORPORAÇÃO SOB A PERSPECTIVA CONSUMERISTA

Já foi dito nesta dissertação que a responsabilidade do incorporador antecede à celebração do contrato e perdura mesmo após a sua execução. No período pré-contratual, o código consumerista reforça aquilo que já é determinado pela Lei n.º 4.591/64, no sentido de conferir à incorporação imobiliária a maior transparência possível⁴⁰⁶ e de apresentar aos adquirentes das unidades –

⁴⁰³ Termos de compromisso nºs 142/97 e 460/2001, firmados com o Ministério Público da União – Distrito Federal e Territórios, em 11 de setembro de 1997 e em 20 de novembro de 2001; Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta nº 36/00, firmado com o Ministério Público do Estado de São Paulo – Promotoria de Justiça do Consumidor, em 24 de agosto de 2000, todos em anexo.

⁴⁰⁴ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 320.

⁴⁰⁵ Idem.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, trata o § 3º do art. 32 da Lei n.º 4.591/64: “O número de registro referido no § 1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referente à incorporação,

consumidores – informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre as características, qualidades, preço e garantia, entre outros dados referentes aos imóveis ofertados (cf. art. 31 do CDC).

Nos termos do art. 30, da Lei nº 8.078/90, “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

Segundo Antônio Herman V. Benjamin⁴⁰⁷, existem três modelos de controle da publicidade. Há o modelo auto-regulamentar, no qual os próprios publicitários controlam os abusos da publicidade por meio de código de ética e de órgãos próprios – controle interno. Existe o modelo estatal, em que apenas o Estado controla a publicidade – controle externo. E, finalmente, tem-se o modelo misto, ou seja, a simultaneidade da auto-regulamentação e de controle estatal – controles interno e externo. O legislador brasileiro optou pelo sistema misto de controle da publicidade. Sobre esse aspecto, leciona Ghezzi:

Há o controle legal, estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor, e o controle privado, exercido pelo Conselho de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR. No que tange aos sujeitos submetidos ao controle de publicidade, são responsáveis por anúncio contrário à lei o anunciante, a agência responsável pela sua criação e, ainda, o veículo que a difunde. Isto significa dizer que o incorporador imobiliário, na condição de anunciante e principal interessado na divulgação de seu empreendimento, poderá responder pela publicidade que vier a ultrapassar os limites fixados pelas normas legais.⁴⁰⁸

A Lei n.º 8.078/90, por sua vez, estabelece quatro tipos penais referentes à matéria:- o crime de publicidade enganosa (art. 67); o crime de publicidade abusiva (art. 67); o crime de publicidade capaz de provocar ou encorajar comportamento prejudicial à saúde ou segurança do consumidor (art. 68); e o crime de não organização dos dados fáticos, técnicos ou científicos que dão base à publicidade (art. 69).

salvo dos anúncios ‘classificados’.” Vê-se ainda nos artigos 56 e 62 da mesma lei a preocupação com a informação ostensiva.

⁴⁰⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. *Revista do Direito do Consumidor*. N. 9, p. 25-57, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

⁴⁰⁸ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 146.

O Código de Defesa do Consumidor veda expressamente as publicidades enganosas e abusivas (art. 37). A primeira é aquela que induz ou pode induzir em erro o consumidor (art. 37, § 1º), a segunda, a que se aproveita da deficiência de julgamento e experiência da criança, que incita a violência, que explora o medo ou a superstição, que desrespeita valores ambientais, que induz o consumidor a se comportar de maneira prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança ou que é discriminatória (art. 37, § 2º). Nas incorporações imobiliárias, “a publicidade enganosa ocorrerá com mais frequência do que a abusiva”.⁴⁰⁹

Os princípios básicos que regem a proteção dos consumidores no que diz respeito à publicidade são os seguintes:

Princípio da vinculação contratual da mensagem publicitária (art. 30), isto significa dizer que toda a publicidade consiste numa oferta feita pelo fornecedor aos consumidores em geral. Conseqüentemente, ele se submete ao princípio da boa-fé objetiva e passa a ter plena força vinculante; Princípio da identificação da publicidade (art. 36); Princípio da veracidade (art. 37, § 1º); Princípio da não abusividade (art. 37, § 2º); Princípio do ônus da prova a cargo do fornecedor (art. 38); Princípio da correção do desvio publicitário (art. 56, XII).⁴¹⁰

O art. 35 da Lei 8.078/90 oferece três alternativas ao consumidor, na hipótese de o fornecedor se negar a cumprir a oferta, apresentação ou publicidade. O consumidor pode exigir o cumprimento forçado da obrigação, de acordo com a oferta, apresentação ou publicidade (art. 35, I), aceitar outro produto ou prestação de serviço equivalente (art. 35, II), ou, rescindir o contrato, caso em que terá direito à restituição de quantia que eventualmente tenha pagado, bem como a perdas e danos (art. 35, III). Sérgio Cavalieri Filho⁴¹¹ observa que os tribunais têm inclusive reputado a publicidade enganosa como causa de rescisão do pré-contrato imobiliário.

O dever de informação atribuído ao incorporador já existe antes mesmo da contratação (artigos 46, 47 e 48, todos do CDC). No âmbito das incorporações imobiliárias, estes artigos impõem: (a) a necessidade de oportunizar-se aos adquirentes das unidades autônomas conhecimento prévio do conteúdo do

⁴⁰⁹ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 147.

⁴¹⁰ Idem.

⁴¹¹ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, p. 230-236, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun.1998.

contrato de incorporação, o qual não poderá ser redigido de forma que dificulte a compreensão de seu sentido e alcance (art. 46); (b) interpretação das cláusulas contratuais de forma mais favorável ao consumidor (art. 47); e (c) o efeito vinculativo para o incorporador das declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos referentes à incorporação, os quais podem, inclusive, ensejar execução específica, nos termos do art. 48 e §§ do CDC. Todas essas obrigações têm correlação com a Lei nº 4.591/64, nos seus artigos 43, 48, 50, 51, 55, 56, 60 e 62.⁴¹²

Há ainda os preceitos dos arts. 39 e 40 do CDC, que vedam práticas abusivas por parte do fornecedor. Também neste aspecto, ao explicitar determinados deveres do fornecedor, o CDC renovou a sujeição do incorporador a deveres que já haviam sido antecipados pela Lei nº 4.591/64. Sobre essa afirmação, assevera GUEZZI:

Referimo-nos, mais especificamente, à necessidade de estipulação de prazo para o cumprimento da obrigação pelo fornecedor de serviços (art. 39, XII) e à exigência de prévio orçamento com discriminação do valor da mão-de-obra, dos materiais e dos equipamentos a serem empregados, das condições de pagamento, bem como das datas de início e término dos serviços (art. 40). O paralelo pode ser estabelecido com os arts. 48, § 1º; 55, § 5º; 59; 60; 62 e 66, VI, da Lei de Incorporação Imobiliária.⁴¹³

O CDC é igualmente contundente ao vedar cláusulas contratuais abusivas. Dentre o rol do seu art. 51, é possível identificar determinadas cláusulas que, embora venham se tornando cada vez mais raras em função de decisões judiciais desfavoráveis aos incorporadores, ainda podem ser eventualmente contratadas em alguns contratos de incorporação imobiliária.

De igual forma constata-se que a Lei nº 4.591/64 já barrava cláusulas desta natureza nos artigos 30; 32, “a”; 60 e 61. De outra parte, tem-se o art. 53, do CDC, que trata especificamente dos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações. Este dispositivo legal determina que devem ser consideradas nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento do adquirente, decida pleitear a resolução do contrato e a

⁴¹² GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 152.

⁴¹³ Idem.

retomada do produto alienado. Trata-se da cláusula de decaimento, já tratada nesta dissertação [capítulo 3, da parte II].

Sobre o direito de arrependimento, previsto no art. 49 do CDC, que facultaria ao consumidor “desistir do contrato, no prazo de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial”, afirma Chalhub⁴¹⁴, que o exercício do arrependimento, da mesma forma que a inadimplência, pode colocar em risco toda a incorporação.

A responsabilidade do incorporador não se encerra com a edificação dos imóveis e com a efetiva entrega das unidades autônomas aos seus adquirentes, notadamente a sua responsabilidade pela segurança e pela qualidade do imóvel. Saliente-se que, ao tratar dos defeitos e dos vícios dos produtos e dos serviços, a Lei nº 8.078/90 não se refere a incorporador, mas sim ao “construtor” (artigos 12,13 e 25, todos do CDC). Desta feita, as considerações aqui lançadas partem do pressuposto de que tais papéis são desempenhados pela mesma pessoa, até mesmo porque:

[...] quem contrata uma incorporação, observa o insigne professor Caio Mário, tem de guardar fidelidade ao prometido, e não pode, unilateralmente, fugir dos termos avençados. O incorporador não se pode plantar na escusativa de que é mero intermediário. Dentro da filosofia da Lei de Incorporações, é a chave do empreendimento, ao qual se vincula em caráter permanente [...] em conclusão: nas incorporações de imóveis, respondem solidariamente pelos defeitos da construção o incorporador e o construtor. O primeiro por ser o contratante; o segundo, não só em razão da garantia legal imposta por questão de ordem pública, mas, também, por ser o substituto do incorporador na execução do contrato de construção.⁴¹⁵

Os demais aspectos jurídicos que reforçam a solidariedade entre o incorporador e o construtor, – na eventualidade destes papéis não recaiam sobre a mesma pessoa – será analisada com mais vagar logo adiante, em virtude da conexão dos contratos de incorporação e de construção (sem prejuízo da existência de outros argumentos que reforçam a solidariedade obrigacional entre um

⁴¹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito Imobiliário, ano 24, n. 50, São Paulo, p. 92-135. jan./jul. 2001.

⁴¹⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Malheiros. 1996, p. 243-245.

e outro)⁴¹⁶. Por ora, cabe aferir a responsabilidade de ambos após a entrega das unidades autônomas aos seus respectivos adquirentes, regulada exclusivamente pelo Código Civil, e que dispõe sobre os vícios redibitórios, “teoria insuficiente para solucionar as demandas dos dias de hoje”.⁴¹⁷

Diante da necessidade de conferir uma maior proteção aos consumidores, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro reelaborou a disciplina da garantia, estabelecendo uma nova forma de distribuição de riscos entre fornecedor e consumidor, uma forma mais adequada ao mercado de consumo. Conforme leciona Alberto do Amaral Júnior, as características principais desse regime são:

(a) a responsabilidade pelos vícios e defeitos dos produtos e serviços decorre da lei e tem caráter de ordem pública, sendo, assim, insuscetível de renúncia ou limitação por cláusula contratual; (b) os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios e defeitos apresentados pelos produtos fornecidos e pelos serviços prestados; (c) o Código de Defesa do Consumidor ampliou a categoria dos vícios contemplados pelo Código Civil, passando a compreender não apenas os vícios ocultos que não poderiam ser descobertos pelo adquirente no momento da entrega da coisa, e que a tornavam imprópria ao consumo ou que diminuem o seu valor; (d) a ignorância do fornecedor sobre os vícios de qualidade dos produtos e serviços não o exime de responsabilidade. Além disso, existe agora a possibilidade de inversão do ônus da prova, quer quando ao defeito em si, quer quanto a sua anterioridade à formação do contrato (art. 6º, VIII, do CDC).⁴¹⁸

⁴¹⁶ Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO DE EDIFÍCIO. VÍCIOS E DEFEITOS SURTIDOS APÓS A ENTREGA DAS UNIDADES AUTÔNOMAS AOS ADQUIRENTES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO INCORPORADOR E DO CONSTRUTOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, DESPROVIDO. [...] A Lei n. 4.591/64 estabelece, em seu art. 31, que a ‘iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador’. Acerca do envolvimento da responsabilidade do incorporador pela construção, dispõe 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’, acrescentando, ainda, que ‘toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis’ (art. 31, §§ 2º e 3º). 3. Portanto, é o incorporador o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação. Essa solidariedade decorre tanto da natureza da relação jurídica estabelecida entre o incorporador e o adquirente de unidades autônomas quanto de previsão legal, já que a solidariedade não pode ser presumida (CC/2002, caput do art. 942; CDC, art. 25, § 1º; Lei 4.591/64, arts. 31 e 43). 4. Mesmo quando o incorporador não é o executor direto da construção do empreendimento imobiliário, mas contrata construtor, fica, juntamente com este, responsável pela solidez e segurança da edificação (CC/2002, art. 618). Trata-se de obrigação de garantia assumida solidariamente com o construtor.” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 884.367/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 06.03.2012, DJe 15.03.2012.

⁴¹⁷ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 164.

⁴¹⁸ apud GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 166.

Segundo Cláudia Lima Marques, “a adequação do produto nasce com a atividade de produzir, de fabricar, de criar, de distribuir, de vender”, ao passo que a sua garantia “é mais do que a garantia de vícios redibitórios, é garantia implícita ao produto, garantida de sua funcionalidade, de sua adequação, garantia que atingirá tanto o fornecedor direto como os outros fornecedores da cadeia de produção”.⁴¹⁹

A Lei nº 8.078/90 trata separadamente da reparação de danos causados por defeitos dos produtos ou serviços (artigos 12 a 17, CDC) e da responsabilidade por vícios dos produtos ou serviços (artigos 18 a 25, CDC).

O vício (de qualidade, de quantidade e de disparidade de informação) é inerente ao próprio produto ou ao próprio serviço e afeta a sua prestabilidade ou o desvaloriza, prejudicando a sua qualidade ou diminuindo a sua qualidade. Diferentemente do defeito, o vício tem seus efeitos restritos ao próprio produto ou serviço. Em se tratando de vícios dos produtos e dos serviços, o Código de Defesa do Consumidor busca proteger essencialmente o patrimônio do consumidor. No que se referem aos bens imóveis, os vícios mais comuns são aqueles atinentes à qualidade dos materiais e da mão de obra empregada na sua edificação.⁴²⁰ Caberão perdas e danos em todas as hipóteses, independentemente da má-fé do fornecedor.

Por outro lado, para a caracterização do defeito ou fato do produto ou do serviço, o que importa não é se este ou aquele atendem ou não ao fim visado pelas partes, mas, sim, os danos que eles porventura venham a causar à integridade física dos consumidores ou, a outros bens do consumidor que não o próprio produto ou serviço defeituoso (art. 12, § 1º, CDC), na expectativa de tutelar a integridade física e psíquica dos consumidores. No caso específico das incorporações imobiliárias, os defeitos ou fatos geralmente decorrerão de erros no projeto ou nos cálculos, ou de má execução das fundações, da concretagem.⁴²¹ Aqui a responsabilidade é objetiva (art. 12, *caput* e 14, *caput*).

De acordo com o art. 26, do CDC, o direito de reclamar por vícios deve ser exercido em trinta dias, em se tratando de serviços e produtos não duráveis

⁴¹⁹ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.009 e 1.010.

⁴²⁰ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 167.

⁴²¹ Idem.

(inciso I), e em noventa dias quando se tratar de serviços e produtos duráveis⁴²² (inciso II). Tais prazos, por disposição da norma, são decadenciais (art. 26, *caput*).

Quando se tratar de vícios aparentes ou de fácil constatação o prazo decadencial tem início com a entrega do produto (art. 26, § 1º, CDC). Entretanto, quando os vícios são ocultos, a lei determina que o prazo decadencial se inicie no momento em que o defeito ficar evidenciado (art. 26, § 3º, CDC), imprecisão da lei que poderia colocar em risco - inviabilizar economicamente - a atividade da construção civil, que passaria a responder eternamente por todo e qualquer vício.

É controversa a orientação que se consolidou na Súmula 194/STJ⁴²³. Diga-se inicialmente, que na época em que ela foi enunciada, o prazo prescricional máximo regulado pelo Código Civil então vigente era o de vinte anos (art. 177, CC/1916). Não bastasse isso, os tribunais extrapolaram o alcance do art. 1.245 do CC/1916 (atual art. 618 do CC) para fundamentar a responsabilidade do construtor em geral por defeitos de qualquer natureza, graves ou não, ultrapassando-se, pois, as balizas de “solidez” e “segurança” do prédio, então garantidos por cinco anos, contados do recebimento do imóvel. Vícios simples e inofensivos⁴²⁴ já contam com a proteção do art. 445, do Código Civil atual, e por seu § 1º.⁴²⁵ Sobre tais aspectos, entende a doutrina que:

[...] para uma interpretação razoável do art. 26, do CDC, e de seu § 3º, ambos deveriam ser agora interpretados à luz do § 1º do art.455, do CC, que fixa o prazo máximo de 1 (um) ano para o surgimento de vícios redibitórios, observada a ressalva do art. 446 do mesmo diploma. Trata-se, afinal, de situações da mesma monta e que são evidentemente distintas da hipótese extrema em que se deve aplicar o art. 618, do diploma civil hoje em vigor, sucessor do art. 1.245, do CC/1916. Desta forma, entendemos que, quando devidamente caracterizada a relação de consumo, o vendedor-

⁴²² Observe-se que “não duráveis seriam aqueles bens de vida rápida, cuja existência termina pouco tempo depois da aquisição, enquanto que os duráveis seriam encontrados por exceção aos primeiros” In: MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1.015.

⁴²³ Súmula 194/STJ, “Prescreve em 20 (vinte) anos a ação para obter, do construtor, indenização por defeitos da obra.” In: BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Seção, julgado em 24.09.1997, DJ 03.10.1997 p. 49.345.

⁴²⁴ Segundo Meirelles, “esses defeitos ou imperfeições não se confundem com os vícios de solidez e segurança da obra, cuja responsabilidade é dirigida por norma legal própria”. In: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de Construir*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1961, p. 252/253.

⁴²⁵ Art. 445. O adquirente decai do direito de obter a redibição ou abatimento no preço no prazo de trinta dias se a coisa for móvel, e de um ano se for imóvel, contado da entrega efetiva; se já estava na posse, o prazo conta-se da alienação, reduzido à metade. § 1º Quando o vício, por sua natureza, só puder ser conhecido mais tarde, o prazo contar-se-á do momento em que dele tiver ciência, até o prazo máximo de cento e oitenta dias, em se tratando de bens móveis; e de um ano, para os imóveis.

fornecedor – de bem imóvel deveria responder apenas pelos vícios ocultos que o mesmo viesse a apresentar dentro do prazo máximo de um ano.⁴²⁶

Já em relação aos defeitos ou fatos do produto ou serviço, de acordo com o art. 27 da Lei nº 8.078/90, a vítima do acidente de consumo dispõe de um prazo de cinco anos para propor a ação, a contar do conhecimento do dano e da sua autoria. Neste caso, a própria norma revela que o prazo é prescricional.

Tendo em vista que, mais uma vez, o legislador não fixou prazo máximo para o surgimento do defeito, parece razoável utilizar o prazo excepcional de garantia estabelecido no art. 618 da lei civil⁴²⁷, a despeito da doutrina de Sérgio Cavalieri Filho⁴²⁸, que defende a ideia de que o prazo de garantia da segurança e solidez da obra, no regime do CDC, deveria se estender por todo o “período de razoável durabilidade da mesma”, o que parece ser demasiado.

Sobre as hipóteses de exclusão de responsabilidade, no regime do Código de Defesa do Consumidor, o fornecedor só não será responsabilizado quando provar: (a) que não colocou o produto no mercado (cf. art. 12, § 3º, I); (b) que, embora tenha colocado o produto no mercado, ou tenha prestado o serviço, o defeito ou fato não existe (cf. arts. 12, § 3º, II; e 14, § 3º, I); ou (c) que houve culpa exclusiva de terceiro ou do próprio consumidor (cf. arts. 12, § 3º, III; e 14, § 3º, II).

Apoiado nas lições de Rui Stocco, Gustavo Tepedino e Roberto Senise Lisboa, Guezzi afirma ainda que “concorda com aqueles que entendem que o fornecedor não será responsabilizado se provar a ocorrência de caso fortuito ou força maior”.⁴²⁹ Finalmente, colha-se a lição de Chalhub, sob a exclusão de responsabilidade do construtor e do incorporador:

Excluem-se da responsabilidade do construtor e do incorporador os defeitos decorrentes de mau uso do imóvel, ou da falta de conservação e manutenção por parte do adquirente, além de desgaste natural, inclusive o decorrente do uso do imóvel, e, ainda os defeitos oriundos de caso fortuito. Além disso, excluem-se da responsabilidade do construtor e do incorporador defeitos decorrentes de alteração que o adquirente ou seus

⁴²⁶ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

⁴²⁷ Idem, p. 176.

⁴²⁸ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 26, p. 230-236, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun.1998.

⁴²⁹ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

prepostos tenham introduzidos no projeto e nas especificações, viciando-os.⁴³⁰

A lei consumerista deu abrigo ainda à *disregard doctrine* em seu art. 28, teoria que no Brasil só era cogitada pela doutrina⁴³¹ e pela jurisprudência⁴³². Também não se afasta, pois, a aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica a fim de proteger os direitos dos adquirentes de unidades autônomas nas incorporações imobiliárias.

O dispositivo refere-se ao abuso de direito, excesso de poder, a infração da lei, o fato ou ato ilícito e a violação dos estatutos ou contrato social como hipóteses para a sua aplicação. No entanto, o art. 28 vai além e o autoriza incidir quando ocorrer a falência, o estado de insolvência ou o encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. O § 5º do mesmo artigo admite ainda a desconsideração da pessoa jurídica “sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

Ou seja, as hipóteses concebidas pelo CDC para a aplicação da *disregard doctrine* extrapolam os limites tradicionais do instituto, tipicamente ligado ao abuso de direito e à fraude⁴³³, esta última circunstância, inclusive, ignorada pela Lei n.º 8.078/90. Daí a reação da doutrina:

⁴³⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*, 2. ed., rev. ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 398.

⁴³¹ REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). *Revista dos Tribunais*. a. 58, n. 410, p. 12-24, São Paulo: Editora Revisa dos Tribunais. dez./1969.

⁴³² O projeto de lei do Código Civil, que precedeu o Código de Defesa do Consumidor por mais de uma década, já previa a *disregard doctrine* no seu art. 50. Ademais, outros diplomas já contemplavam institutos semelhantes, que limitavam a personalidade jurídica – com a responsabilização direta de seus sócios, e não de sua desconsideração, como o CTN (artigos 135, III e 145, VII), a Lei 6.404/76, (artigos 36 e 40) e o Dec.-lei 7.661/45 (artigo 6º). LAZZARI, Sandra Maria. O abuso e Fraude da Forma da Pessoa Jurídica – sua desconsideração. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 16, n. 44, p. 32, 1986.

⁴³³ Sobre os requisitos da *disregard doctrine*: TOMAZETTE, Marlon. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil*, *Revista dos Tribunais*, a. 90, p. 76-9, v. 794, dez./2001.

O enunciado do § 5º [do art. 28, CDC] é tão genérico, abrangente, ilimitado, que, aplicado literalmente, dispensaria o *caput* do artigo, e tornaria inócua a própria construção teórica da desconsideração, implicando em derrogar (independente-mente de qualquer abuso ou fraude) a limitação de responsabilidade dos sócios de toda e qualquer empresa fornecedora de bens ou serviços do mercado de consumo.⁴³⁴

As demais hipóteses (§§ 2º, 3º e 4º) também não tratam efetivamente de desconsideração da pessoa jurídica, mas, de responsabilidade solidária ou subsidiária, legalmente fixados de antemão. Desta forma, anota Guezzi, apoiado na doutrina de Alberton, “haveria apenas uma ampliação da responsabilidade da pessoa jurídica.” Consequentemente, “nos casos previstos em tais parágrafos não existe lacuna, quer legal, quer axiológica, e com isto, não se dá ensejo à aplicação da doutrina da superação”.⁴³⁵

O Código de Defesa dos Consumidores não trouxe inovações à teoria da desconsideração, e tampouco a preservou. Apenas englobou, sob o *nomen juris* de “desconsideração da pessoa jurídica” uma hipótese tradicional (abuso de direito) e outras hipóteses para as quais já havia previsão de responsabilidade social dos sócios da empresa (v.g. art. 158, da Lei 6.404/76, lei das sociedades anônimas e art. 10, do Decreto 3.708/19, que regula a sociedade por quotas, de responsabilidade limitada).

No caso em estudo, a aplicação da doutrina que possa alcançar o patrimônio pessoal dos sócios da pessoa jurídica (sociedade empresária que atua como incorporadora imobiliária), tratando-se ou não de relação de consumo, sempre será possível aplicar a *disregard doctrine* se ficar caracterizado o cometimento de abuso de direito ou de fraude por intermédio da pessoa jurídica⁴³⁶.

Tratando-se ou não de relação de consumo e não configurado o abuso de direito ou de fraude, poder-se-á responsabilizar pessoalmente os sócios com outras teorias (a da aparência, dos atos *ultra vires*) ou na própria legislação (arts. 115, 117 e 158, da Lei 6.404/76, e art. 10, do Dec. 3.708/19).

⁴³⁴ AMARO, Luciano. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, p. 168-182, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./2003.

⁴³⁵ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

⁴³⁶ Sobre os requisitos da *disregard doctrine*: TOMAZETTE, Marlon. *A Desconsideração da Personalidade Jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil*, Revista dos Tribunais, a. 90, p. 76-9, v. 794, dez./2001.

Na relação de consumo, ficando caracterizado o abuso de direito, é possível aplicar efetivamente a *disregard doctrine*, com apoio no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor. As demais hipóteses não traduzem uma verdadeira aplicação da teoria, embora a jurisprudência ignore as distinções aqui reveladas, reconhecendo, geralmente, todas as hipóteses do art. 28 como autorizadora de uma efetiva desconsideração da personalidade jurídica.⁴³⁷

Desta feita, ainda que a Lei das Incorporações traga em seu bojo mecanismos de proteção até mesmo vanguardistas para a época em que foi concebida, tal como a regulação das informações e da publicidade relativas ao empreendimento imobiliário, e a despeito de suas lacunas serem satisfatoriamente preenchidas pelas cláusulas gerais da lei civil, comuns a todos os contratos - e que, de igual forma, preservam a boa-fé objetiva, a equivalência material e a função social -, é inegável que a aplicação do Código de Defesa do Consumidor no negócio jurídico incorporativo traz proteções aos adquirentes de unidades autônomas vulnerável, notadamente em razão da reelaboração da disciplina da garantia (vícios e defeitos) dos produtos e serviços, e ainda do alargamento - admitido pela jurisprudência - das hipóteses da *disregard doctrine*.

3.3 CONEXIDADE

As novas realidades econômicas e as exigências do mercado de consumidores impõem negócios jurídicos atípicos que, em síntese, resultam na confluência ou interdependência de dois ou mais negócios jurídicos. Surgem desta maneira os denominados “contratos conexos⁴³⁸”, negócios jurídicos dos quais:

⁴³⁷ GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 175.

⁴³⁸ Rosito ensina que a doutrina não utiliza uma terminologia uniforme aos contratos em questão: “A doutrina italiana, que foi uma das primeiras a tratar das peculiaridades do fenômeno, adotou a terminologia da coligação contratual, sob a expressão *contratti collegati* ou *negozzi collegati*. A doutrina Portuguesa, no entanto, preferiu utilizar a expressão *união de contratos*, a qual também é utilizada na França (*les groupes de contrats*). No direito da *Common Law* adota-se a expressão *linked contracts* ou *contract network*. Já na Espanha e na Argentina emprega-se comumente a expressão *contratos conexos*. Por fim, no Brasil, utilizam-se indistintamente as expressões *contratos conexos*, *contratos coligados* e *grupo de contratos*.” In. ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 866, p. 24, dez./2007.

[...] fueram considerados como uma espécie negocial que existe cuando para la realización de um negócio único se celebra, entre las mismas partes o partes diferentes, uma pluralidade de contratos autónomos vinculados entre sí, a través de uma finalidade econômica supracontractual. Dicha finalidad puede verificarse jurídicamente em la causa subjetiva u objetiva, em el consentimiento, em el objeto o em las bases del negocio.⁴³⁹

Para Cláudia Marques, que entende a conexidade como um método de comercialização e marketing, contratos conexos *stricto sensu* – são aqueles contratos autónomos que, por visarem a realização de um negócio jurídico, celebram-se entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supracontractual comum, identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou na base do negócio.⁴⁴⁰

A conexão dos contratos, de acordo com a respeitada doutrina de Jorge Mosset Iturraspe, é um fenômeno recente, decorrente da maior complexidade dos negócios:

[...] donde las empresas cubren un espectro más amplio. No se limitan, por via de ejemplo, a ofrecer um bien, producto o servido a los eventuales consumidores, sino que, además, lês procuran ei crédito para su adquisición, o lo presentan en pluralidade de centros de consumo, por la misma empresa que lo produce o por otras varias, através de ventas concertadas, etcétera.⁴⁴¹

As partes do contrato conexo são todos os sujeitos que tenham participado ao menos de um dos contratos singulares, postos em relação de recíproca dependência. Note-se que não importa que os sujeitos não estejam presentes em todos os elos da cadeia contratual, dado que o essencial é a univocidade da operação econômica.⁴⁴² Segundo Iturraspe:

que una misma persona actúa como parte en el ambos contratos, o bien que una persona, que aparece como parte en uno y como tercero en otro, ejerce una posición dominante, predispone la contratación en conexidad.⁴⁴³

⁴³⁹ LORENZETTI, Ricardo L. *Aproximación a la conexidad contractual como fundamento imputativo*, LL 1995-E-1013; TOBIÁS, José W. *Los contratos conexos u el crédito al consumo*. LL 1999-D-922 y ss. apud GAGLIARDO, Mariano. *La causa jurídica*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009, p. 162.

⁴⁴⁰ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 94.

⁴⁴¹ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 13.

⁴⁴² ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 866, p. 24, dez./2007.

⁴⁴³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 52.

Nos contratos conexos, o objeto é constituído pelo somatório das prestações dos contratos convergentes na operação econômica final, ou o bem da vida pelo qual é constituído o negócio econômico.⁴⁴⁴

Em regra, o ordenamento jurídico é informado pelo princípio da liberdade das formas das declarações contratuais, exigindo-se forma especial somente para determinados negócios jurídicos especificados pelo ordenamento jurídico. O mesmo vale para os contratos conexos, sendo suficiente que a vontade das partes se exteriorize, qualquer que seja o modo ou a forma de sua manifestação, sendo a mais comum a escrita e em instrumento particular. Ressalte-se que o elemento distintivo entre contrato único e contrato conexo não decorre de elementos formais, quais sejam, da unidade ou pluralidade dos instrumentos contratuais ou do mero contexto das estipulações, porquanto o elemento substancial decorre da unicidade e pluralidade dos interesses perseguidos.⁴⁴⁵

Tampouco é determinante o fato dos contratos terem sido celebrados concomitantemente ou em momentos diversos, embora se conheça que a contextualidade e contemporaneidade sejam geralmente indícios de uma conexão⁴⁴⁶

Os contratos conexos diferenciam-se dos contratos mistos ou complexos, que nascem da combinação de distintos esquemas negociais, nos quais há uma unidade de causa, dependente de um único objetivo. Desse modo, tem-se apenas um contrato, decorrente da fusão de elementos de distintos contratos. Logo o fator determinante para estabelecer o regramento do negócio jurídico reside na identificação do interesse predominante que moveu as partes a contratar. Já em relação aos contratos conexos há indiscutivelmente uma pluralidade de contratos, cada um com a sua própria causa, tendo em comum a finalidade de atender a uma causa econômica ulterior.⁴⁴⁷

Já a incorporação imobiliária abrange distintos atos e negócios jurídicos que podem ser objeto de contratos diversos: compra e venda ou promessa de venda de coisa comum e de coisa privativa, com ou sem pacto adjeto de alienação fiduciária, mútuo, financiamento, construção de edifício ou de um conjunto

⁴⁴⁴ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 866, p. 24, dez./2007.

⁴⁴⁵ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 866, p. 24, dez./2007.

⁴⁴⁶ Idem.

⁴⁴⁷ MESSINEO, Francesco. *Dottrina generale del contratto*. 3. ed., Milano: Giufrè, 1948.

de edificações (pelos regimes de empreitada ou de administração), seguro, corretagem, cessão fiduciária de direitos creditórios.

Em relação a pelo menos três deles (de compra e venda ou promessa de venda, de incorporação e construção do edifício), Orlando Gomes assevera que todos (os três) “se reúnem num só instrumento para um só fim”, e que tal “coligação” não seria apenas instrumental, pois, não estaria fora de cogitação o enquadramento, na categoria das uniões com dependências recíprocas dos três contratos, supostamente autônomos, “se em consideração se levar que o de venda da fração ideal do terreno dependeria, do mesmo modo, dos dois outros”, tendo em vista que se desfaz se eles não forem executados.⁴⁴⁸ Para tanto, leciona o jurista baiano:

Se bem que inexista vínculo jurídico entre os diversos adquirentes das unidades autônomas de um edifício incorporado, o contrato de incorporação é dos que jamais se celebram com uma só parte, único da mesma espécie. Sua finalidade exige um feixe de contratos em cada incorporação, todos com cláusulas uniformes. *Essa uniformidade necessária determina a prática de sua celebração em formulários impressos, tendo, de regra, o feitio de um contrato de tipo adesão.* Os que figuram, no contrato de incorporação, como adquirentes, atuais ou potenciais, das unidades autônomas do edifício a ser construído, não formam um grupo organizado por força de se encontrarem em posição idêntica perante o incorporador, por isso que a incorporação não se realiza por um só e exclusivo contrato, mas através de contratos, vários e independentes. Formam, contudo, um feixe, justificando o interesse comum dos adquirentes, ação conjunta para certos fins a denotar repercussões recíprocas de uns sobre outros. O contrato de incorporação não é, em suma, um ato plurissubjetivo e, muito menos, um contrato plurilateral.⁴⁴⁹

Embora certas disposições legais deixem a impressão de que a venda da fração ideal do terreno, a construção do edifício e a instituição do condomínio conservam a independência como contratos distintos, tão interpenetrados se acham como meios jurídicos para ser alcançada certa e invariável afinidade, que se não pode duvidar de sua unificação numa espécie contratual de traços inconfundíveis. Nesse sentido, anota CHALHUB:

⁴⁴⁸ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

⁴⁴⁹ GOMES, Orlando. Contrato de Incorporação Imobiliária. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974. Note-se que o contrato plurilateral não pode ser confundido com os contratos conexos, pois neste pode persistir a sinalagmaticidade, embora elevada a um outro nível. Aproxima-se mais da hipótese de redes contratuais, mas dela difere por tratar-se de um único negócio. In: KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.176.

Efetivamente, o contrato de incorporação exprime uma relação jurídica individual, mas o escopo do contrato extravasa o limite de individualidade de cada contratante, na medida em que a reunião dos adquirentes para alcançar uma finalidade comum atribui ao conjunto de adquirentes uma feição unitária, vinculando-os por uma espécie de *affectio societatis*. Afinal, os contratos coligados (contrato de compra e venda, contrato de construção, etc.) têm o fim comum de fazer nascer várias propriedades imobiliárias novas, ligadas entre si e integrantes de um conjunto imobiliário, e nesse fim comum esses contratos encontram seu ponto de junção. A despeito da individualidade de cada contrato, é materialmente impossível pensar na consecução de um contrato individual de incorporação sem o concomitante cumprimento de todos os demais contratos que têm como objeto a construção da edificação coletiva.⁴⁵⁰

Como defende Rosito, nos contratos conexos há um interesse associativo - a *affectio societatis*, cogitada por Chalhub nas incorporações -, cuja satisfação não está na integração mediante um contrato, “senão na busca de uma causa econômica que faz com que uma série de vínculos individuais deva funcionar como um sistema”. Logo, continua o jurista, “percebe-se que o interesse na conexão é supracontratual, situando-se além dos contratos individuais, no plano da finalidade perseguida”.⁴⁵¹

Rodrigo Xavier Leonardo afirma que “é da necessidade de crédito [em que pese não seja só dela], tanto para a produção quanto para o consumo, que surgem, em verdade, as redes contratuais no mercado imobiliário habitacional.”⁴⁵² Nessas hipóteses, entende o jurista, contratos funcionalizados - de compra e venda e mútuo -, “a despeito da perfeita individualidade estrutural, propiciam uma única operação econômica, que se enquadra perfeitamente entre os requisitos de uma rede contratual”.⁴⁵³

Ricardo Lorenzetti destaca, em relação à interpretação dos contratos conexos: “a teoria sistêmica, cujo enfoque de análise não se restringe ao contrato singular, senão ao conjunto de contratos que atuam de forma vinculada.” Teoria essa que “se afina com a própria concepção do negócio como estrutura”.⁴⁵⁴

A conexão contratual, como categoria abrangente, pode suscitar efeitos jurídicos bastante variados de acordo com a espécie que se afigure, a ser

⁴⁵⁰ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 137-154.

⁴⁵¹ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 866, p. 24, dez./2007.

⁴⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 173.

⁴⁵³ Idem, p. 199.

⁴⁵⁴ ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 866, p. 24, dez./2007.

identificada por meio de índices de conexão específicos. De maneira geral, ela interfere com a interpretação (sistemática) e com a qualificação dos negócios envolvidos, seja no enquadramento em categorias gerais (como gratuito ou oneroso) e em tipos específicos, seja na avaliação do merecimento de tutela ou ainda na determinação da legislação aplicável.⁴⁵⁵

Tem-se, por exemplo, a análise de ineficácia das disposições contratuais pelas quais o adquirente de unidade imobiliária autônoma outorga poderes em favor do incorporador a fim de autorizá-lo a dar a unidade adquirida em garantia a financiamento tomado perante uma instituição financeira para fomentar a edificação de todo o empreendimento. Nessas situações (já harmonizadas pela Súmula 308 do STJ), o Poder Judiciário vem entendendo que as disposições contratuais ajustadas entre o adquirente e o incorporador são ineficazes, efeitos esses que se irradiam, diante da conexidade, nos contratos de financiamento celebrados entre o incorporador e o agente financeiro:

HIPOTECA. Incorporação. Adquirente. Na incorporação de imóvel, é ineficaz a cláusula que institui hipoteca em favor do financiador da construtora da unidade alienada e paga por terceiro adquirente. Precedentes. Recurso não conhecido.^{456 457}

⁴⁵⁵ KONDER. Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

⁴⁵⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, REsp 401252/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 28.05.2002, DJ 05.08.2002, p. 352. Em circunstância análoga, entendeu ,

⁴⁵⁷ Em circunstância análoga e adotando explicitamente a teoria dos contratos conexos, entendeu o Tribunal de Justiça de São Paulo: Desse modo, a determinação de cancelamento da hipoteca que grava a unidade autônoma adquirida da construtora é de rigor, bem como a outorga da escritura definitiva que permita que a compradora obtenha domínio completo do bem. O Tribunal esclarece que o banco é, sim, parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, porque a relação jurídica que estabeleceu com a vendedora acabou atingindo direitos de terceiros de boa-fé, como é o caso da autora, que pagou o preço da unidade, mas não consegue adquirir a propriedade plena, dependendo do afastamento da hipoteca que recai sobre o imóvel, de onde acaba surgindo o vínculo entre ela e a instituição financeira que, aliás, também afeta direitos de terceiros ao prorrogar o contrato de financiamento, sabendo da venda das unidades. Aplica-se, aqui, o princípio da rede contratual ou contratos conexos, como esclarece RODRIGO XAVIER LEONARDO ["A Súmula 308 e a adoção da teoria das redes contratuais pelo Superior Tribunal de Justiça", in *Direito dos Contratos*, coordenação de Antônio Jorge Pereira Júnior e Gilberto Haddad Jabur, Quartier Latin, 2006, p. 444]: "*Nesses casos estabelecia-se uma colaboração empresarial entre instituições financeiras e incorporadoras para produção (construção) e comercialização de imóveis destinados aos futuros adquirentes. Ocorre que nessa rede de contratos, para além do plano obrigacional, impunha-se uma garantia real hipotecária como elemento estrangulador do processo obrigacional, por meio do qual transferia-se o risco da operação em rede para os consumidores*". BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. nº 990.10.180113-2 (Voto 19596 NA), Relator Desembargador Enio Zuliani, j. 07.10.2010.

Há certa controvérsia sobre o título jurídico que autoriza a contaminação de um contrato em relação a outro, mas no ordenamento pátrio a extinção de um dos negócios pode privar o outro de proteção por conta do esvaziamento de sua função social.⁴⁵⁸ Mas é fato que essa contaminação já foi reconhecida pelos Tribunais, como se observa da seguinte jurisprudência:

BEM MÓVEL. Contrato de compra e venda de veículo mediante crédito concedido por instituição financeira. Aquisição feita em local diverso do estabelecimento empresarial. Direito de arrependimento do consumidor (art. 49, CDC). Pretensão do autor ao desfazimento do contrato de compra e venda e respectivo financiamento bancário. 1. Em princípio, os pactos de compra e venda e de financiamento bancário são distintos, sendo diversa também a sua natureza e finalidade. Contudo, fazem parte de uma mesma operação econômica global, são conexos ou coligados, de modo que um afeta o outro, não subsistindo isoladamente. É um negócio casado, em que ambos fornecedores são beneficiados. Logo, em face do consumidor, é evidente que o negócio é um só. 2. Os contratos são coligados. Desfeito o contrato principal, o conexo segue a mesma sorte.⁴⁵⁹

Konder assevera ainda são “grupos de contratos aqueles contratos conexos com partes diversas que impõem o regime da responsabilidade contratual para as ações entre os co-contratantes”. Trata-se da espécie mais restrita que normalmente exige certa homologia entre os contratos, como a identidade de natureza das obrigações e do bem objeto dos contratos.⁴⁶⁰

Tal circunstância ilustra o que se dá com a incorporação imobiliária, na medida em que o negócio jurídico incorporativo exige uma série de contratos distintos tendentes a um fim, tudo a autorizar a aplicação da responsabilidade solidária dos co-contratantes, como já reconhece a jurisprudência:

CIVIL E PROCESSUAL - INCORPORAÇÃO - CORRETAGEM - COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DAS UNIDADES AUTONOMAS - CONSTRUÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. I - EMPRESAS COLIGADAS QUE, NA PROMOÇÃO E INCORPORAÇÃO DE VENDA E COMPRA DE UNIDADES IMOBILIARIAS, QUE NO RAMO DE CONSTRUÇÃO, QUER NA PUBLICIDADE E CORRETAGEM, RESULTAM CULPADAS PELA IMPOSSIBILIDADE DA CONSTRUÇÃO, RESPONDEM PERANTE O CONDOMINO COMPRO-MISSARIO COMPRADOR, SOLIDARIAMENTE, DEVENDO DEVOLVER-LHE AS PRESTAÇÕES PAGAS E AS ARRAS EM DOBRO A TITULO DE PREFIXAÇÃO DAS PERDAS E DANOS. NO CASO,

⁴⁵⁸ KONDER. Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

⁴⁵⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado. Ap.Civ. 9000157-54.2010.8.26.0037, Rel. Desembargador Carlos Alberto Garbi, julgado em 10 de agosto de 2011.

⁴⁶⁰ KONDER. Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 278.

COMO DEFLUI DA SOLIDARIEDADE, A EMPRESA PUBLICITARIA OU CORRETORA E LEGITIMADA PASSIVAMENTE PARA A AÇÃO. DA NECESSIDADE E DA UTILIDADE PROCESSUAIS. IMPROVIMENTO DO RECURSO. DECISÃO UNANIME.⁴⁶¹

Os contratos conexos se caracterizam, pois, por perseguirem juntos uma função ulterior além da função específica de cada um.⁴⁶² No negócio jurídico incorporativo é possível observar que promessas de compra e venda (de frações ideais ou de unidades futuras) mútuos, contrato de construção, locação de máquinas, aquisição de insumos, permuta do terreno por área construída, dentre tantos outros possíveis negócios jurídicos, têm funções específicas, mas todos estão imbricados a fim de, juntos, ultimarem a edificação e a entrega das unidades autônomas. Daí ser possível, entre eles, a interpretação sistemática, a contaminação (de invalidades e ineficácias), bem como a co-responsabilidade de seus contratantes, como as orientações acima descritas deixam entrever.

⁴⁶¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, REsp 9.943/SP, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, julgado em 18.06.1991, DJ 01.07.1991, p. 9.195.

⁴⁶² KONDER. Carlos Nelson. *Contratos conexos: Grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 277.

4 REGIME DE AFETAÇÃO

4.1 INTRODUÇÃO

Para Marcelo Terra⁴⁶³, a possibilidade de afetação do patrimônio a uma determinada finalidade – de fracionamento e de vinculação de parte do conjunto de direitos e deveres que constituem o patrimônio⁴⁶⁴ a uma destinação específica constitui uma exceção à clássica posição doutrinária que atribui ao patrimônio o caráter da unicidade, da indivisibilidade, não admitindo pluralidade patrimonial na mesma pessoa.

Em certos casos, pode ser que a lei permita, dentro da universidade patrimonial, em certos casos, a existência de um patrimônio separado ou distinto.⁴⁶⁵

O instituto jurídico do patrimônio de afetação visa garantir que a parcela patrimonial afetada não possa ser alcançada pelos efeitos genéricos dos procedimentos de insolvência. Não obstante, cabe lembrar a seguinte lição de Caio Mário:

Existem bens destacados do patrimônio do seu titular, e vinculados a uma destinação, que pode ser de garantia, de transferência ou de utilização. Apurada a sua ocorrência, pode-se localizar a ação dos credores sobre eles, com exclusão de outros, ou apenas preferencialmente, ou verificar-se a perda da liberdade de disposição dos bens afetados, sob pena de nulidade do ato que a realize, ou afirmação do direito de sequela do beneficiário, na hipótese de serem transferidos para o patrimônio de outrem.⁴⁶⁶

Por efeito da afetação, cria-se um regime de vinculação de receitas, pelo qual as quantias pagas pelos adquirentes fiquem afetadas à consecução da incorporação, vedado, nos limites definidos pela lei, o desvio de seus recursos para

⁴⁶³ TERRA, Marcelo. Reflexões Registrárias sobre o Fundo de Investimento Imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 35/36, p. 57-71, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-dez./1995.

⁴⁶⁴ Para Clóvis Bevilacqua, patrimônio é “o complexo das relações jurídicas de uma pessoa que tiverem valor econômico. Assim, compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos de ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil”. In: apud STURZENEGGER, Luiz Carlos. A doutrina do patrimônio de afetação e o novo sistema de pagamentos brasileiros. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, a. 4, n. 11, p. 229-244, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./2001.

⁴⁶⁵ PENTEADO JR., Cássio M. C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio da sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, a. 5, n. 16, p. 102-111, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun/2002.

⁴⁶⁶ apud TERRA, Marcelo. Reflexões Registrárias sobre o Fundo de Investimento Imobiliário. *Revista de Direito Imobiliário*. n. 35/36, p. 57-71, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-dez./1995.

outras finalidades. O volume da afetação, entretanto, limita-se 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 restrições.⁴⁶⁷

A incorporação afetada tem contabilidade própria, destacada da contabilidade da sociedade empresária incorporadora, e seu controle e fiscalização se fazem mediante demonstrações periódicas do andamento da obra, em cotejo com a respectiva programação financeira. Ressalte-se, ainda, que a movimentação dos recursos é feita em conta-corrente bancária específica.⁴⁶⁸

Nos termos em que foi concebido, o regime de afetação da incorporação constitui mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico-financeiro da incorporação, na medida em que, independente de intervenção judicial, possibilita aos adquirentes substituir o incorporador em crise e prosseguir a obra. Visa, precipuamente, assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, blindando o acervo patrimonial da incorporação imobiliária dos riscos de insolvência do incorporador, analisados a seguir.

4.2 OS RISCOS DE INSOLVÊNCIA DO INCORPORADOR

O contrato de incorporação caracteriza-se pela venda antecipada de unidades imobiliárias integrantes de edificação coletiva a ser construída ou em construção. Seja qual for o instrumento (promessa de compra e venda de coisa futura ou promessa de venda da fração do terreno conjugada com contrato de construção, etc.), distingue-se pelo pagamento antecipado de parte do preço de aquisição da unidade.

Diante desse quadro, os adquirentes, comumente, estão em posição de desvantagem técnica e econômica em face da sociedade empresária incorporadora. Por isso, e diante do conteúdo social do contrato (constituição de propriedade, como já visto) os direitos dos adquirentes mereceram tutela especial da

⁴⁶⁷ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 62.

⁴⁶⁸ Idem.

Lei n.º 4.591/64, notadamente diante dos deveres impostos ao incorporador pelo seu art. 32.

No entanto, tais mecanismos não se mostraram suficientemente eficazes para salvaguardar os direitos dos adquirentes em caso de desequilíbrio econômico e financeiro do incorporador que pudesse provocar a frustração do empreendimento ou, pior, que pudesse resultar em insolvência do incorporador, pois, nestas hipóteses, anota Chalhub:

[...] os direitos dos adquirentes haveriam de ser contaminados por efeito de outras dívidas do incorporador, que, mesmo tendo origem em negócios estranhos à incorporação, poderiam comprometer o terreno, as acessões e, até, os créditos oriundos da comercialização, levando muitas vezes os adquirentes a perder todas as economias que tiverem entregues ao incorporador.⁴⁶⁹

Embora cada incorporação tenha (ou deva ter) objeto específico e orçamento próprio, este último capaz de propiciar receitas suficientes para ultimar a incorporação, independente de outras fontes de receita, elementos estranhos podem intervir na estruturação e no desenvolvimento físico e financeiro dos diversos empreendimentos de determinado incorporador e levar uma ou mais incorporações ao desequilíbrio e à frustração da finalidade social e econômica do contrato. Chalhub assevera, ainda que “na ausência de mecanismos específicos de proteção patrimonial, os riscos dos credores da incorporação são incalculáveis, notadamente o risco dos adquirentes.”⁴⁷⁰

Tome-se como pressuposto o fato de que o acervo de cada uma das incorporações imobiliárias empreendidas integra o seu patrimônio geral e seus respectivos bens e direitos constituem garantia geral dos credores do incorporador. Na medida em que não haja discriminação dos débitos por empreendimento, nem segregação patrimonial, os bens e direitos de que o incorporador seja titular em determinado empreendimento podem ser executados para pagamento de débito relacionado a outro empreendimento.

Reunidos no patrimônio geral do incorporador, esses bens e direitos formam, com as correspondentes obrigações, uma unidade coesa, sem qualquer destaque ou afetação, e, portanto, podem vir a responder por obrigações vinculadas

⁴⁶⁹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 67.

⁴⁷⁰ Idem.

a qualquer das incorporações empreendidas pela incorporadora, por força do princípio segundo o qual o patrimônio é a garantia geral dos credores.⁴⁷¹

Assim, em caso de falência da incorporadora, os bens que integram o seu patrimônio – e aí estão os acervos de todas as suas incorporações – devem ser arrecadados à massa. Embora o art. 43, III, da Lei de Incorporações qualifique os adquirentes de credores privilegiados (o privilégio é especial⁴⁷²), esse *status* não chega a produzir efeito positivo, diante da preferência de outros credores (v.g., os trabalhadores, os titulares de garantia real, o Estado). Em suma, arremata Chalhub:

Embora a construção seja, em regra, erigida em grande parte com recursos dos adquirentes, estes não têm nenhuma preferência sobre esse ativo, nem mesmo um eventual direito de indenização ou retenção por benfeitorias. É possível, assim, que, em caso de falência da empresa incorporadora, o produto da venda da construção executada em parte com investimento dos adquirentes seja desfrutado por outros credores, muitos dos quais não terão dado nenhuma contribuição para a construção. [...] Risco idêntico sobre o financiador da incorporação, pois os recursos que tiver aportado à obra, convertidos em pedra e cal, serão também submetidos a concurso, para rateio entre todos os credores cujas preferências antecederem à sua, mesmo aqueles credores que não tenham contribuído para a execução das acessões levantadas no terreno.⁴⁷³

Embora a Lei de Incorporações já preveja um controle dos recursos financeiros aportados pelos adquirentes de unidades de empreendimento que venha adotar a construção sob o regime de administração, determinando que sua movimentação seja feita em conta-corrente bancária separada para cada empreendimento, evitando-se, com isso, a confusão de contas (art. 58, § 2º), também é verdade que as demais modalidades não exigem tal controle de receitas, causando o “mau emprego de verbas, quando o dinheiro dos adquirentes de unidades em um edifício é desviado para outro construído pelo mesmo profissional”⁴⁷⁴

Convém observar ainda que, com o registro dos contratos junto ao Ofício Imobiliário, as unidades autônomas são subtraídas da falência. De fato, o

⁴⁷¹ CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar. 2005, p. 67.

⁴⁷² COELHO, Fábio Ulhoa. *Comentários à Lei de Falências: e de recuperação de empresas*. 8 ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

⁴⁷³ Idem.

⁴⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 3, p. 319.

processo falimentar protege aquele que tem o seu instrumento registrado ou mesmo protocolado antes da declaração da falência.⁴⁷⁵

A despeito do sistema de proteção contratual da Lei das Incorporações, é difícil dimensionar e superar os riscos patrimoniais do adquirente de unidade imobiliária em construção, dada a complexidade da estrutura empresarial do negócio e considerando as dificuldades do adquirente para acompanhar, controlar e avaliar a indústria da incorporação.⁴⁷⁶ Daí o porquê da conveniência na adoção do regime de afetação patrimonial às incorporações imobiliárias, consideradas não só a sua estrutura, mas também a sua função econômica e social, como adiante se verá.

4.3 O REGIME DE AFETAÇÃO APLICADO ÀS INCORPORAÇÕES

A afetação patrimonial nas incorporações imobiliárias foi inicialmente regulamentada pela Medida Provisória nº 2.221/2001, que havia acrescentado os artigos 30-A, 30-B, 30-C, 30-D, 30-E, 30-F e 30-G à Lei nº 4.591/64, e dado nova redação ao § 2º do art. 32, ao inciso VII do art. 43, bem como ao *caput* e ao § 2º do seu art. 50.

Posteriormente, a Medida Provisória foi revogada pela Lei nº 10.931 de 02 de agosto de 2004, que veio introduzir de forma definitiva a figura do patrimônio de afetação no campo das incorporações imobiliárias. Esta lei, entre outras disposições, especificamente no que tange à Lei 4.591/64, acrescentou os artigos 31-A, 31-B, 31-C, 31-D, 31-E e 31-F e confirmou a nova redação que já havia sido dada pela MP 2.221/2001 ao § 2º do art. 32, ao inciso VII do seu art. 43, bem como ao *caput* e ao § 2º do art. 50. Sobre a inovação, leciona Wald:

A Lei n. 10.931/2004 trouxe importante instrumento de proteção dos adquirentes, na medida em que regulamentou a possibilidade de a incorporadora submeter determinado empreendimento ao regime de patrimônio de afetação, pelo qual o terreno e as acessões referentes a certa incorporação não se comunicam com o seu patrimônio e constituem patrimônio separado e vinculado ao cumprimento das obrigações relacionadas com a respectiva incorporação. Para tanto, é preciso que o incorporador, seguindo as regras estipuladas na referida medida provisória,

⁴⁷⁵ GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁷⁶ Veja-se, sobre esse aspecto, a falência da Encol S/A, Engenharia, Comércio e Indústria, no final da década de 1990.

promova a averbação do termo firmado entre o incorporador e pelos titulares dos direitos reais, se existirem, no Registro de Imóveis. O patrimônio de afetação configura-se como instrumento de tutela dos adquirentes, pois a eventual insolvência do incorporador não atingirá o patrimônio constituído.⁴⁷⁷

O patrimônio de afetação às incorporações imobiliárias é facultativo.⁴⁷⁸ Em se tratando de incorporações, ele permite separar do patrimônio geral do incorporador o imóvel incorporado, vale dizer, o terreno e as suas acessões, bem como os demais bens e direitos vinculados à incorporação (cf. art. 31-A da Lei 4.591/64).

Para realizar a afetação patrimonial, o incorporador deve providenciar, a qualquer tempo, a averbação da mesma junto ao Registro de Imóveis competente (art. 31-B, LI). Feito isto, o patrimônio afetado passa a responder apenas pelas dívidas e obrigações derivadas da respectiva incorporação imobiliária, não se comunicando com outros bens, direitos ou obrigações que integrem o patrimônio geral do incorporador (art. 31-A, § 1º, LI).

A eventual falência ou insolvência civil [esta última hipótese não foi contemplada pela Medida Provisória, e só depois acrescida pela Lei 10.931/2004] do incorporador não atingirá os patrimônios de afetação constituídos, afastando-se, por conseguinte, o terreno, as acessões e os demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objetos da incorporação (art. 31-F, LI), sem as limitações impostas pela MP 2.221/2001 [a intangibilidade patrimonial só seria possível naqueles empreendimentos imobiliários iniciados a partir de 5 de setembro de 2001] Cabe destacar que até ser revogada pela Lei 10.931/2004.

Constituída a afetação patrimonial, e uma vez decretada a quebra ou a insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes de unidades autônomas deve deliberar sobre os termos da continuação da obra ou a liquidação do patrimônio de afetação (§ 1º, do art. 31-F).

⁴⁷⁷ WALD, Arnaldo. *Direito Civil: contratos em espécie*. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 182-187.

⁴⁷⁸ Melhim Namen Chalhub esclarece que a concepção original do patrimônio de afetação nos projetos que tramitavam no Congresso Nacional previa a sua aplicação automática a todas as incorporações imobiliárias por força de lei, mediante o registro da incorporação. Todavia, a MP 2.221/2001 veio estabelecer o patrimônio de afetação como uma opção do incorporador. CHALHUB, Melhim Namem. *A Afetação da Incorporação Imobiliária*. *Boletim do IRIB – Edição Especial*, n. 292, p. 227-228, São Paulo: IRIB, set. 2001. O mesmo se deu, de forma definitiva, com o advento da Lei nº 10.931/2004.

Na vigência da Lei 10.931/2004, decidindo ou não pelo prosseguimento das obras, os adquirentes não são responsáveis pelo pagamento das obrigações tributárias, previdenciárias e trabalhistas cujos fatos geradores tenham ocorrido até a falência do incorporador, como outrora determinava a Medida Provisória 2.221/2001.

Cássio M. C. Penteado Jr.⁴⁷⁹ resume as principais limitações que a afetação patrimonial impõe à atividade dos incorporadores: Estando ela constituída, os bens e direitos afetados só podem ser dados em garantia de operações de crédito destinadas à própria incorporação. Da mesma forma, os recursos financeiros trazidos para o patrimônio afetado somente podem ser dados em garantia de operações e em nenhuma outra atividade ou mesmo em outra incorporação que porventura o incorporador desenvolva simultaneamente. Por derradeiro, o patrimônio afetado poder ser objeto de fiscalização específica pela Receita Federal.

Em suma, entende Chalhub⁴⁸⁰, o patrimônio de afetação constitui um patrimônio especial, vinculado exclusivamente à satisfação dos direitos dos adquirentes e dos credores específicos de uma determinada incorporação imobiliária. Através dele, cada grupo de adquirentes de unidades autônomas fica protegido contra eventuais consequências negativas de outros empreendimentos do incorporador, tornando o negócio jurídico incorporativo mais justo.

A afetação não desqualifica o direito subjetivo do proprietário-incorporador, mas define para ele uma função social ao vincular o acervo da incorporação à sua destinação peculiar, que é a construção da edificação e a constituição de direito de propriedade em nome de cada um dos adquirentes de unidades autônomas. Em busca da realização dessa função social, a afetação constitui meio adequado para atribuir ao direito de propriedade do incorporador um poder-dever, pelo qual o incorporador tem que conjugar seus interesses de proprietário com o interesse social dos adquirentes de unidades.

⁴⁷⁹ PENTEADO JR., Cássio M. C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio da sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. *Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, a. 5, n. 16, p. 102-111, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun/2002.

⁴⁸⁰ CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Imobiliário*, a. 24, n. 50, p. 92-135, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun/2001.

III - CONSIDERAÇÕES FINAIS

O crescente intervencionismo estatal nas relações econômicas e a exaltação do sentido de comunidade, que preponderou na política contemporânea manifestaram-se, com vigor, no contrato, transformando-o, e, bem assim, o papel da vontade dos contratantes. O contrato paritário, baseado na irrestrita liberdade contratual, já não se assemelha às modalidades atuais de contratação.

Com a revisão do conceito do contrato, introduzindo-lhe novos preceitos (expressado em cláusulas-gerais de boa-fé objetiva, função social), salva-se o contrato, bem como a própria liberdade contratual, que passa a coexistir com outras liberdades (cooperação), para afastar a mera subserviência contratual. A modificação substancial relativa à interpretação dos negócios jurídicos passou a ser socialmente aferível. Os princípios informadores da teoria contratual clássica, notadamente a obrigatoriedade da convenção e a autonomia da vontade, não foram antagonizados, mas mitigados.

A mesma mudança se fez sentir no ordenamento jurídico brasileiro. O Código Civil de 1916, a despeito de sua reconhecida excelência técnica, era marcado pela lógica proprietária. De cunho ruralista e individualista, foi revogado pelo atual Código Civil de 2002, por sua vez voltado às diretrizes da socialidade, eticidade e o da operabilidade ou concretude. Foram adotados os princípios contratuais típicos do Estado Social: função social, o princípio da boa-fé objetiva e o da equivalência material do contrato.

A incorporação imobiliária é negócio jurídico que se formaliza pela coligação de contratos distintos. O objeto do contrato são as obrigações de fazer e dar, consistentes em promover a construção, sob o regime de empreitada (preço fechado, também chamado de *a forfait*) e de administração (preço de custo, também chamado de *marché à devis*) e, logo depois, alienar as unidades prometidas, mediante recebimento do preço contratado. Um e outro regime impõem ao incorporador deveres típicos da cláusula geral da boa-fé objetiva, notadamente do dever lateral de informação, em razão da publicidade que deve ser dada aos orçamentos e eventuais critérios de reajuste, neste último caso também para dar guarida à equivalência material das prestações.

As partes são o incorporador e os adquirentes. A despeito de opiniões contrárias, o incorporador desenvolve atividade empresária, na medida em

que constitui organização econômica destinada a fim lucrativo. Pode ser incorporador o proprietário do terreno, a ele equiparados o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário. Pode ser um construtor, um corretor de imóveis ou um ente do Estado ou cessionário dele, imitado na posse em razão da desapropriação que se proponha à regularização fundiária em áreas urbanas. A outra parte do contrato é qualquer pessoa física ou jurídica, que se proponha a adquirir, em edificação sob o regime de condomínio especial, uma ou várias unidades autônomas, comprando-as ou prometendo comprá-las.

Nenhum incorporador poderá oferecer ou negociar unidades autônomas sem ter, antes, arquivado no Ofício de Registro de Imóveis a documentação completa, relativamente ao empreendimento que promove, sob pena de cometer ilícito penal contra a economia popular. A fiscalização da regularidade da incorporação pode ser feita não só pelo Oficial Registrador, mas também pelo Ministério Público, pelo Juiz Corregedor, Delegados de Polícia, pelos Órgãos de Representação de Classe ou categoria profissional e econômica.

A doutrina resiste à aplicação da Teoria da Imprevisão à incorporação imobiliária, seja em favor do adquirente de unidade imobiliária, no caso de aumento de salário ou inflação, seja em favor do incorporador, diante da alteração de mercado. Positivada no Código Civil de 2002, entende-se aplicável à cláusula *rebus sic stantibus*, desde que preenchidos os seus pressupostos - a despeito da miscigenação, pela lei, da teoria da imprevisão com a onerosidade excessiva -, com as cautelas notadamente nas relações empresarias, tais como a incorporação imobiliária, sob pena de desconsiderar a álea ínsita a esse negócio jurídico, em prestígio à equivalência material das prestações.

Em relação à cláusula de perdimento, que prevê a perda integral das parcelas do preço pagas pelo adquirente remisso, repugnada pelos tribunais superiores, formou-se o consenso de que o embate entre a obrigatoriedade da convenção deve ceder espaço ao dever do julgador de reduzir equitativamente a cláusula penal iníqua que oportunizaria verdadeiro enriquecimento sem causa ao incorporador, em atenção à função social que deve nortear todos os contratos.

O título que encerra a dominialidade da propriedade é legitimado pela função social. Transcende o direito individual, a fim de garantir maior solidariedade na utilização da coisa. A copropriedade se observa no condomínio simples e no condomínio impróprio ou especial. Neste último, encontra-se o

condomínio de apartamentos, também denominado condomínio por andares, condomínio por planos, ou condomínio horizontal, ou ainda propriedade horizontal que, de igual maneira, legitima-se pela função social, na medida em que sua importância é meramente instrumental ao uso da propriedade individual. A grande inovação instituída pela Lei das Incorporações foi a criação de direito real de propriedade instituído em favor dos adquirentes de unidades como também do incorporador, com o registro da incorporação.

Outras hipóteses, semelhantes à incorporação imobiliária, dispensam a obrigação legal do seu registro imobiliário, tal como a situação em que várias pessoas adquirem frações ideais de um terreno, sem a existência de qualquer projeto de construção aprovado, nem pendente de aprovação pela autoridade municipal competente, se o grupo de grupo reunido permanecer fechado até o final da obra. No curso da obra, caso haja a venda de unidades, os participantes do grupo ficam obrigados a providenciar o registro da incorporação, pois todos eles passam a ser considerados incorporadores.

A aplicação prática da Lei nº 4.591/64 e da legislação complementar não deu os resultados esperados pelo legislador. Salvo a regularidade da incorporação, consistente na apresentação, ao registro de imóveis, do dossiê de documentos referidos no seu artigo 32, nada existe no campo da incorporação que efetivamente resguarde os interesses dos condôminos. Apesar da resistência ao registro imobiliário do empreendimento, nem assim se tem notícias de que algum incorporador haja respondido a processo de contravenção penal.

Na eventual ausência de registro, tem-se entendido que o negócio não é nulo. Tratar-se-ia de resolução, defraudada na legítima expectativa pela falta de cumprimento da contraparte. Diante do princípio registral da unitariedade da matrícula, tem-se entendido ser impossível registrar o compromisso de compra e venda. Torna-se possível a ação cominatória, para compelir o incorporador faltoso a registrar o empreendimento, caso o adquirente não prefira a resolução do contrato.

A causa é o principal instrumento de funcionalização dos instrumentos jurídicos. Nas incorporações imobiliárias, a causa (fim) é a aquisição, em regime especial de condomínio de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios. Tem-se em mira, pois, o contrato de incorporação como o instrumento – ou seguimento dinâmico – que faz circular a propriedade, funcionalizando-a. Considerando-se que só é possível a existência legal da unidade

imobiliária adquirida se a construção tiver sido averbada e se sua individualização for assentada no Registro de Imóveis, é possível cogitar que a inobservância ao dever de registro de incorporação [para obstar o fim a que se destina o negócio] torna o contrato ineficaz.

A despeito da possível aplicação do Código de Defesa do Consumidor à incorporação imobiliária, as eventuais lacunas da Lei das Incorporações podem ser preenchidas por aplicação de cláusulas gerais, tendo em vista que, antes do advento da lei consumerista, a prestação jurisdicional já vinha se efetivando na defesa do adquirente de unidade autônoma. O código consumerista reforça aquilo que já é determinado pela Lei nº 4.591/64 em relação aos efeitos obrigacionais da publicidade, e às práticas e cláusulas contratuais abusivas. Ressalte-se, no entanto, a importância do CDC na reelaboração da disciplina da garantia, que estabeleceu uma nova forma de distribuição de riscos entre fornecedor e consumidor, sobre os vícios e defeitos dos produtos e serviços.

As novas realidades econômicas e as exigências do mercado de consumidores impõem negócios jurídicos atípicos que, em síntese, resultam na confluência ou interdependência de dois ou mais negócios jurídicos. Surgem os denominados contratos conexos, cujo objeto é constituído pelo somatório das prestações dos contratos convergentes na operação econômica final, ou o bem da vida pelo qual é constituído o negócio econômico. O mesmo se dá com a incorporação imobiliária, que abrange distintos atos e negócios jurídicos coligados (compra e venda, promessa de venda de coisa comum e de coisa privativa, com ou sem pacto adjeto de alienação fiduciária, mútuo, mandato, financiamento, construção, seguro, corretagem, cessão fiduciária de direitos creditórios, etc.), que se reúnem para um só fim. Nos contratos conexos, assim como nas incorporações imobiliárias, pois, há um interesse associativo. Tal caracterização importa na interpretação sistemática de todos os contratos, na contaminação (invalidades e ineficácias) de um contrato em relação a outro, bem como na responsabilidade contratual para as ações entre os cocontratantes.

A afetação de patrimônio tem por finalidade o fracionamento e a vinculação de parte do conjunto de direitos e deveres que constituem o patrimônio a uma destinação específica. Trata-se de exceção clássica à posição doutrinária que atribui ao patrimônio o caráter de unicidade, da indivisibilidade, não admitido

pluralidade na mesma pessoa. Visa garantir que a parcela patrimonial afetada não possa ser alcançada pelos efeitos genéricos dos procedimentos da insolvência.

O regime de afetação da incorporação constitui mecanismo de resolução extrajudicial de problemas decorrentes do desequilíbrio econômico financeiro da incorporação. Possibilita aos adquirentes substituir o incorporador e prosseguir na obra. Visa, precipuamente, assegurar a conclusão da obra e a entrega das unidades aos adquirentes, blindando o acervo patrimonial da incorporação imobiliária dos riscos de insolvência do incorporador.

O contrato de incorporação caracteriza-se pela venda antecipada de unidades imobiliárias integrantes de edificação coletiva a ser construída ou em construção. Distingue-se pelo pagamento antecipado de parte do preço de aquisição da unidade. Nessa quadra, os adquirentes estão em posição de desvantagem técnica e econômica em face da sociedade empresária incorporadora.

Em caso de falência da incorporadora, os bens que integram o seu patrimônio, incluindo-se aí os acervos de todas as suas incorporações, devem ser arrecadados à massa. Em que pese a Lei das Incorporações qualifique os adquirentes como credores privilegiados, esse *status* não chega a produzir efeito positivo, diante da preferência de outros credores.

O advento da Lei 10.931/2004 trouxe importante instrumento de proteção aos adquirentes, na medida em que regulamentou a possibilidade de a incorporadora submeter determinado empreendimento ao regime de patrimônio de afetação, pelo qual o terreno e seu patrimônio constituem patrimônio separado e vinculado ao cumprimento das obrigações relacionadas com a respectiva incorporação. A eventual insolvência do incorporador não atingirá o patrimônio constituído, o que torna o contrato de incorporação mais justo, compatível com a nova ordem contratual, na medida em que aqueles que contribuíram para a formação do acervo não sofrerá os revezes da crise patrimonial alheia. A afetação constitui meio adequado para atribuir ao direito de propriedade do incorporador um poder-dever, funcionalizando-o, pelo qual o incorporador tem que conjugar seus interesses de proprietário com o interesse social dos adquirentes de unidades.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. **Direito das obrigações**, 12 ed. rev. e act., Coimbra: Almedina, 2009.

ALVES, Jones Figueirêdo. Comentários ao art. 478 do Código Civil. In: Regina Beatriz Tavares da Silva. (Coord.). **Código civil comentado**. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

AMARAL NETO. Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem pública. Perspectivas estrutural e fundamental. **Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo, v. 46, p. 7-26, out.nov.dez./1988.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

AMARO, Luciano. Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 5, p. 168-182, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./2003.

ANDRADE. Darcy Bessone de Oliveira. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva. 1949.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: teoria geral. Coimbra: Coimbra Editora, v. 2, 2000, p. 35.

_____. **Direito civil**: reais. 5. ed., Coimbra: Editora Coimbra. 1993.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil**: reais. 5. ed., Coimbra: Editora Coimbra. 1993, p. 464.

_____, José de Oliveira, em entrevista ao sítio eletrônico **Consultor Jurídico**, em 12.10.2009 [www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil]. Acesso em: 22 de maio de 2012, às 15:28.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **O novo código civil brasileiro**: tramitação; função social do contrato; boa fé objetiva; teoria da imprevisão e, em especial, onerosidade excessiva (laesio enormis). Editora Notadez, Porto Alegre, v. 308, p. 8-26, jun/2003.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Contrato de Distribuição – causa final dos contratos de trato sucessivo – resilição unilateral e seu momento de eficácia – interpelação contratual – negócio *per relationem* e preço determinável – conceito de ‘compra’ de contrato e abuso de direito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 826, pp. 11-136. ago./2004.

_____. **Negócio Jurídico:** existência, validade e eficácia. 4. ed., São Paulo: Saraiva., 2002.

_____. O Direito Civil tende a desaparecer? **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 811. p. 753-760, mai. 2003.

_____. Insuficiências, deficiências e desatualização do Projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. **Revista Trimestral de Direito Civil.** Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 3-12, jan./mar. 2000.

_____. O Direito Pós-Moderno e a Codificação. **Revista da Faculdade de Direito.** São Paulo: Editora FDUSP. v. 94. p. 03-12. 1999.

BARRETO, Plínio. Empreitada – Construção por Administração e pelo Preço de Custo. **Revista dos Tribunais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 24. dez./1956.

BECKER, Anelise. **Teoria geral da lesão nos contratos.** São Paulo: Saraiva. 2000.

BENJAMIN, Antônio Herman V. O controle jurídico da publicidade. **Revista do Direito do Consumidor.** n. 9, p. 25-57, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./1994.

BETTI, Emílio. **Teoria geral do negócio jurídico.** Campinas: Editora Servanda, 2008.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos Do Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda. v. 4, 1950.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 17. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRANCO, Gerson; MARTINS-COSTA, Judith. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro.** São Paulo: Saraiva. 2002.

BRASIL, Senado Federal. **Novo código civil:** exposição de motivos e texto sancionado. 2 ed., Brasília: Subsecretaria de Edições Técnicas. 2005.

BRASIL, STJ, Quarta Turma, REsp 196311/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 23.04.2002, DJ 19.08.2002, p. 168.

BRASIL, STJ, Quarta Turma, REsp 59626/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, julgado em 01.10.2002, DJ 02.12.2002, p. 312.

BRASIL, STJ, REsp 85182/PE, Quarta Turma, Rel. Ministro Fontes de Alencar, rel. p/ Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 14.04.1997, DJ 08/09/1997, p. 42.508.

BRASIL, STJ, Terceira Turma, REsp 63581/SP, Rel. Ministro Nilson Naves, j. 02.06.1998, DJ 10.08.1998, p. 53.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Quarta Turma, REsp 401252/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 28.05.2002, DJ 05.08.2002, p. 352.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Quarta Turma, REsp 557.369/GO, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, julgado em 07.10.2004, DJ 08.11.2004, p. 241.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Quarta Turma, REsp 884.367/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, julgado em 06.03.2012, DJe 15.03.2012.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Quarta Turma. Aplicabilidade do CDC na Incorporação Imobiliária REsp n. 80.036/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF. 12 de fevereiro de 1996. DJU, 25.03.1996.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Quarta Turma. Aplicabilidade do CDC na Incorporação Imobiliária REsp n. 80.036/SP, Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF. 12 de fevereiro de 1996. DJU, 25.03.1996.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Segunda Seção, julgado em 24.09.1997, DJ 03.10.1997 p. 49.345.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma, REsp 409.076/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 07.11.2002, DJ 09.12.2002, p. 340.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma, REsp 444.430/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.10.2002, DJ 02.12.2002, p. 309.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma, REsp 462.469/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 01.04.2004, DJ 26.04.2004, p. 166.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma, REsp 59870/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, julgado em 16.11.1999, DJ 07.02.2000, p. 149.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma, REsp 651125/RJ, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 02.09.2004, DJ 11.10.2004, p. 325.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma. Falta de Registro da Incorporação. REsp 67.723/SP. Relator: Ministro Nilson Naves. Brasília, 03 de dezembro de 1999, DJ p. 161, nov. 2000.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma. Irregularidades no registro da incorporação. REsp 90.743/SP. Relator: Ministro Waldemar Zveiter. Brasília, 9 de setembro de 1996. DJ out. 1996.

BRASIL, TJ/RS, ApCiv 588042580, 5ª Câ. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Jr. j. 16.08.1988, RJTJRS 133/401.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**, Quarta Câmara de Direito Privado, Ap. Cív. n. 990.10.180113-2 (Voto 19596 NA), Relator Desembargador Enio Zuliani, j. 07.10.2010.

BRASIL, **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Vigésima Sexta Câmara de Direito Privado. Ap.Civ. 9000157-54.2010.8.26.0037, Rel. Desembargador Carlos Alberto Garbi, julgado em 10 de agosto de 2011.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**, Terceira Turma. Falta de arquivamento determinado pelo art. 32 da Lei 4.591/64. REsp 53.559-0/SP. Relator: Ministro Eduardo Ribeiro. Brasília, 7 de novembro de 1995. DJ dez. 1995.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Condomínio edilício**: estudos em homenagem ao Acadêmico Ministro Moreira Alves, São Paulo: Fiúza Editora; Academia Paulista de Magistrados, 2003.

_____. **Incorporação imobiliária**: ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

CANARIS, Claus Wilhem. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de: Menezes Cordeiro, Lisboa, Coloueste Gulbenkian, 1989.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. A responsabilidade do incorporador/construtor no Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 26, p. 230-236, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun.1998.

_____. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros. 1996.

CENEVIVA, Walter. **Lei dos registros públicos comentada**. São Paulo: Editora Saraiva. 2008.

CHALHUB, Melhim Namem. A Afetação da Incorporação Imobiliária. **Boletim do IRIB – Edição Especial**, n. 292, p. 227-228, São Paulo: IRIB, set. 2001. O mesmo se deu, de forma definitiva, com o advento da Lei n. 10.931/2004.

_____. Memorial de Incorporação. Notas sobre a inexigibilidade de seu arquivamento nas hipóteses em que não configurem atividade empresarial. **Revista de Direito Imobiliário**. n. 13, p. 37-46, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./1984.

_____. O Contrato de Incorporação Imobiliária sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, ano 24, n. 50, São Paulo, p. 92-135. jan. /jul. 2001.

CHINELATO, Silmara Juni de Abreu; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Propriedade e posse: uma releitura dos ancestrais institutos: em homenagem ao Prof. José Carlos Moreira Alves. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 4, n. 14, p. 79-114, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à lei de falências:** e de recuperação de empresas. 8 ed., São Paulo: Saraiva. 2011.

COSTI, Glaci Maria; et al. A tutela dos direitos civis do cidadão: Incorporação Imobiliária. **Boletim do IRIB**, n. 272, p. 2-7, São Paulo: IRIB, jan./2000.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. **A obrigação como processo.** Rio de Janeiro: FGV. 2007.

DANTAS, Francisco Clementino San Tiago. **Programa de direito civil III:** direito das COISAS. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira. Resolução das Obrigações e a Cláusula Resolutória no Código Civil de 2002, **Revista de Direito do Consumidor – RDC**, São Paulo: 53/39, jan.-mar./2005.

DINIZ, Maria Helena. Comentários aos artigos 111 e 112 do Código Civil [fl. 110] In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). **Código civil comentado.** 6 ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

_____. **Curso de direito civil brasileiro:** teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 20. ed. São Paulo: Saraiva. 2004.

DUTRA, Delamar José Volpato. **Manual de filosofia do direito.** Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. A cidade nuclear e o direito periférico: reflexões sobre a propriedade urbana. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 723, p. 107-110, jan. 1996.

_____. **A função social da posse e a propriedade contemporânea:** uma perspectiva da usucapião imobiliária rural. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 18.

FIGUEIRA JR. Joel Dias. Comentários ao Título IV do Livro III da Parte Especial do Código Civil. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da. (Coord.) **Código civil comentado.**, 6. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008.

FORGIONI, Paula A. **Teoria geral dos contratos empresariais.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FOUILLÉE, Alfred. **La science sociale contemporaine.** 3. ed., Paris: Librairie Hachette et Cie. 1897.

FRANÇA Pedro Arruda. **Contratos atípicos,** Rio de Janeiro: Forense. 1985.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito civil.** São Paulo: Saraiva. 1996.

FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Nisque. **Manual prático das incorporações imobiliárias,** São Paulo: Sugestões literárias, 1967.

GAGLIARDO, Mariano. **La causa jurídica**. Buenos Aires: Abeleno Perrot, 2009.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GIORGINANNI, Michele. La morte del Codice Ottocentesco. **Rivista di diritto civile**. Padova: Cedam, 1980. v. 1, p. 52-55.

GOMES, Orlando. **A caminho dos microssistemas**. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. Contrato de Incorporação Imobiliária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 461, p. 11. mar./1974.

_____. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Direitos reais**. 19. ed., atual. por Luiz Edson Fachin, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. **Obrigações**. 16 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONDINHO, André Osório. Função social da propriedade. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Problemas de direito constitucional**. p. 397-433. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

ITURRASPE, Jorge Mosset. **Contratos conexos**, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999.

JOSSERAND, Louis. Le contrat dirigé. **Recueil hebdomadaire**, n. 32, chronique, 1933.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**: princípios metafísicos da doutrina do direito. Parte I. Lisboa: Edições 70, 2004.

KONDER, Carlos Nelson. **Contratos conexos**: grupo de contratos, redes contratuais e contratos coligados. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LAZZARI, Sandra Maria. O abuso e Fraude da Forma da Pessoa Jurídica – sua desconsideração. **Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 16, n. 44, p. 32, 1986.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LIRA, Ricardo Pereira. **Elementos de direito urbanístico**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. Princípios Gerais dos Contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 745, p. 27, nov./2007.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Princípios Sociais dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor e no Novo Código Civil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

_____. _____. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 42, pp. 187-195, abr.-jun./2002.

_____. **Teoria geral das obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**, São Paulo: Saraiva. 1997.

MALUF, Carlos Alberto Dabus; MARQUES, Márcio Antero Motta Ramos. **Condomínio edilício**. 3. ed., São Paulo: Saraiva. 2009. p. 31.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 3. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao código de defesa do consumidor – Art. 1 a 74: aspectos materiais**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao novo código civil: do inadimplemento das obrigações**, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 5, t. II.

MAXIMILIANO, Carlos. **Condomínio: terras, apartamentos e andares perante o direito**. 5. ed., Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos. 1961.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1961.

MESSINEO, Francesco. **Dottrina generale del contratto**. 3. ed., Milano: Giuffrè, 1948.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1959, v. 3.

MONTESQUIEU. **De l'esprit des lois**, livre XI.

MORAES. Renato José de. Consensualismo Contratual. **Revista dos Tribunais**: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 85, v. 729, p. 679-698, jul./1996.

NALIM, Paulo. A Função Social do Contrato no Futuro Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 12 p. 50, out.-dez./2002.

_____. **Do contrato**: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional. 2. ed. Curitiba: Juruá. 2008.

NERI JÚNIOR, Nelson. **Código civil comentado**. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. **Revista dos Tribunais**, ano 99, v. 897, p. 9-19, jul./2010.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, v.1, 1959.

NORONHA, Fernando. **Princípios dos contratos e cláusulas abusivas**. 1990. 327p. Tese (Doutorado em Direito Civil) - Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo, São Paulo.

PENTEADO JR., Cássio M. C. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio da sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, a. 5, n. 16, p. 102-111, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abr.-jun/2002.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 84, v. 712, pp. 102-111, fev./1995.

_____. Empreitada: Cláusula de revisão do preço – reajustamento lícito, quer em face do art. 1.246 do Código Civil, quer à vista do curso legal da moeda. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 245. p. 07. mar./1956.

_____. **Instituições de direito civil**. 4 ed., Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 3.

_____. **Instituições de direito civil**: fonte das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1970.

PICAZO, Luis Diéz. **Sistema de derecho civil. Derecho de cosas y derecho inmobiliario registral**. 7. Ed., Madrid: Tecnos, v. 3. 2004,

PINTO MONTEIRO, Antônio. In:_____. Contratos: actualidades e evolução (**Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991**). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. 2. ed., Rio de Janeiro, Editora Borsoi, 1962, tomo XXXVIII.

_____. **Tratado de direito privado**: parte especial. 3. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XIII.

PRATA, Ana. **A tutela constitucional da autonomia privada**. Coimbra: Almedina, 1982.

RÁO, Vicente. Empreitada – Modalidades do Contrato. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. v. 254, p. 58. Dez./1956.

REALE, Miguel. **História do novo código civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. **O projeto de código civil: situação após a aprovação pelo Senado Federal**. São Paulo: Saraiva. 2000.

REBOUÇAS, Rodrigo Fernandes. Direitos Reais no Código Civil de 2002: inovações. **Revista de Direito Imobiliário**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. ano 34, v. 71, p. 155-203, jul-dez./2011.

REQUIÃO, Rubens. Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica (*disregard doctrine*). **Revista dos Tribunais**. a. 58, n. 410, p. 12-24, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. dez./1969.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Coimbra: Almedina. 2009.

ROSITO, Francisco. Os contratos conexos e sua interpretação. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 866, p. 24, dez./2007.

SALLES, Raquel Bellini de Oliveira. O desequilíbrio da relação obrigacional e a revisão dos contratos no Código de Defesa do Consumidor: para um cotejo com o Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Função Social do Contrato: primeiras anotações. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 823, p. 67, mai./2004.

SANTIAGO DANTAS, Francisco Clementino. **Programa de direito civil III: direito das Coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Rio. 1984.

_____. Evolução Contemporânea do direito contratual: dirigismo e imprevisão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, p. 544-557. v. 195, ano 41, jan./1952.

SANTOS JUSTOS, Antônio dos. **Direitos reais**. Coimbra: Coimbra Editora. 2007.

SANTOS, Regina Beatriz Tavares da Silva Papa dos. **Cláusula rebus sic stantibus ou teoria da imprevisão**, Belém: CEJUP, 1989.

SCAFF, Fernando Campos. A função social dos imóveis agrários, **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 840, p. 107-113, 2005.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito Civil**. 6. ed., Rio de Janeiro: Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1995, v. 2.

SHAPP, Jan. **Direito das coisas**. Tradução de: Klaus-Peter Rurack, Maria da Glória Lacerda Rurack. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editora, 2010.

SILVA FILHO, Elvino. Da obrigatoriedade do registro da incorporação do condomínio. **Revista de Direito Imobiliário**. n. 21, p. 15-35, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./2001.

STURZENEGGER, Luiz Carlos. A doutrina do patrimônio de afetação e o novo sistema de pagamentos brasileiros. **Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, a. 4, n. 11, p. 229-244, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-mar./2001.

TEIXEIRA DE FREITAS, A. **Esbôço**. Ministério da Justiça e Negócios Interiores. Serviço de Documentação, 1952.

TERRA, Marcelo. Reflexões Registrárias sobre o Fundo de Investimento Imobiliário. **Revista de Direito Imobiliário**. n. 35/36, p. 57-71, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-dez./1995.

TERRA, Marcelo; WALDER, Valdir. A matrícula na incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**. n. 29, p. 73-82, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, jan.-jun./2002.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida. **Comentários à lei dos registros públicos**. Florianópolis: Conceito Editora. 2010.

TOMAZETTE, Marlon. A Desconsideração da Personalidade Jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil, **Revista dos Tribunais**, a. 90, p. 76-9, v. 794, dez./2001.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 6 ed., São Paulo: Atlas, 2006, v. II.

WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**. 18. ed. reform. São Paulo: Saraiva. 2009.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 3. ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

ANEXOS

ANEXO A

Termo no. 36/00

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR

Avenida Liberdade, 190 - SP; CEP 01502-000
Fone 3274.1103/Fax 3274.1146
São Paulo - Capital

Aos 24 dias do mês de agosto de 2000, às 15:00 horas, na sede da PROMOTORIA DE JUSTIÇA DO CONSUMIDOR, onde se achava o Doutor ROBERTO SENISE LISBOA, Promotor de Justiça do Consumidor, comigo Oficial de Promotoria ao final assinado, compareceu o SECOVI-SP; SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DE SÃO PAULO, com sede à Rua Doutor Bacellar, 1043, Vila Mariana, CEP 04026-002, fones 5591.1300 e 5591.1165, representado pelo seu Presidente, o Engenheiro Civil WALTER FRANCISCO LAFEMINA, brasileiro, divorciado, portador do RG no. 3.555.561-SSP/SP, CREA/SP no. 38.544, domiciliado à Rua Alexandre Correia, 503, apartamento 81, Morumbi, nesta Capital. O Presidente do SECOVI veio acompanhado dos seguintes membros da Diretoria: o Engenheiro Civil CLAUDIO BERNARDES, portador do RG no. 4.720.466-SSP/SP e do CREA/SP no. 74.547, Vice-Presidente; o Engenheiro Civil BASILIO CHEDID JAFET, portador do RG no. 4.756.248-SSP/SP, CREA/SP no. 79.650, Vice-Presidente; e GERALDO LOPES VIEIRA JÚNIOR, portador do RG no. 3.393.534-SSP/SP, Assessor de Relações com o Mercado. Os representantes da entidade vieram acompanhados do seu advogado, o Doutor PEDRO AUGUSTO MACHADO CORTEZ, OAB/SP no. 24.432. Na oportunidade, o SECOVI assumiu o seguinte termo de compromisso de ajustamento de conduta à lei, com natureza de título executivo extrajudicial, nos termos do parágrafo 6o. do art. 5o. da Lei no. 7.347, de 24 de julho de 1985:

1. Tendo em vista o disposto nos artigos 2o., 3o., 4o. III, 6o.; III e VI, 29, 31, 37, 39 e 51, da Lei no. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o SECOVI-SP; SINDICATO DAS EMPRESAS DE COMPRA, VENDA, LOCAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS E COMERCIAIS DE SÃO PAULO obriga-se a informar, orientar e divulgar as construtoras, incorporadoras e imobiliárias de compra e venda a ele filiadas que, no exercício das suas atividades:

a) Incluam cláusula contratual que expressamente informe o valor total que o compromissário comprador pagará, a prazo, pelo bem.

Para tanto, o valor total a ser pago, a prazo, ao promitente vendedor, deverá incluir os juros incidentes sobre as parcelas devidas durante todo o período do contrato, desconsiderando-se a inclusão da correção monetária e eventuais encargos decorrentes de contrato de financiamento que o compromissário comprador porventura venha a assumir perante o agente financeiro.

b) Somente iniciem as vendas das unidades imobiliárias depois que toda a documentação exigida pela legislação vigente estiver pronta, com o registro do memorial de incorporação do empreendimento ou registro do loteamento, não bastando, portanto, o simples protocolo de entrada no Cartório de Registro de Imóveis.

c) Não permitam ou tolerem que seus agentes de vendas cobrem dos consumidores taxas para a elaboração de cadastros ou contratos.

d) Ofereçam contratos de compromisso de compra e venda nos quais toda cláusula restritiva ou limitativa dos direitos do consumidor sejam impressas de forma destacada no instrumento negocial, para que sejam facilmente visualizadas pelos interessados.

e) Informem o consumidor sempre que vierem a contratar qualquer tipo de financiamento que exija garantias, tais como: caução dos créditos e hipoteca da unidade.

f) Enviem a todos os consumidores relatórios informativos sobre o andamento das obras da incorporação referente à unidade que lhes foi compromissada, com o intervalo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, periodicamente, até a final entrega das chaves. Esses relatórios deverão demonstrar o cronograma de obra previsto e o executado no período.

g) Entreguem ao consumidor de unidade imobiliária o manual do proprietário, contendo normas de utilização e conservação das áreas privativa e comum da edificação.

h) Forneçam ao consumidor o memorial descritivo completo, contendo as descrições física, de acabamentos, equipamentos e especificações, além dos critérios e prazos de garantia dos materiais, serviços e equipamentos do empreendimento.

2. A informação, a orientação e a divulgação do conteúdo do presente termo de compromisso será realizada por meio de correspondências, além dos meios de comunicação disponíveis: faxSECOVI, publicação na Revista Indústria Imobiliária e de coluna que a entidade possui no jornal ÚO Estado de São Paulo.

3. A compromissária ficará sujeita ao pagamento de multa correspondente a 3% (três por cento) sobre o valor total das anuidades dos seus filiados para o exercício de 2000, no caso de descumprimento deste termo, sem prejuízo das medidas judiciais cabíveis.

4. A multa supra referida, uma vez aplicada e paga pela infratora, será revertida ao Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados, previsto no artigo 13 da Lei no. 7.347/85 e regulamentado pela Lei Estadual no. 6.536, de 3 de novembro de 1989.

5. As obrigações ora assumidas deverão ser cumpridas no prazo de 60 (sessenta) dias, contados a partir da presente data, e demonstradas a esta Promotoria em 90 (noventa) dias, inclusive com a juntada de mail listing, contados a partir da presente data.

Em seguida, pelo Doutor Promotor de Justiça foi dito: encaminhe-se cópia do presente termo de compromisso, para ciência, ao Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor. Junte-se cópia nos autos das Peças de Informação 12/00 e providencie-se cópia para juntada nos autos das ações civis públicas ajuizadas por esta Promotoria de Justiça. NADA MAIS.

Lido e achado conforme, vai o presente termo assinado pelo representante do Ministério Público, pelo representante da empresa, e pelas testemunhas Alexandre Rodrigues de Oliveira (RG no. 17.505.419-8 - SSP/SP) e Maria Carla Mejuto (RG no. 19.864.965 - SSP/SP) e por mim, Lúcia Cunha da Silva de Andrade, Oficial de Promotoria, que o digitei.

PROMOTOR DE JUSTIÇA

PRESIDENTE DO SECOVI

VICE-PRESIDENTE DO SECOVI

VICE-PRESIDENTE DO SECOVI

ASSESSOR DO SECOVI

ADVOGADO

TESTEMUNHAS

OFICIAL DE PROMOTORIA

COELHO DA FONSECA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS

FERNANDEZ MERA NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS S/C LTDA

LOPES CONSULTORIA DE IMÓVEIS S/A

TESTEMUNHAS

ESTAGIÁRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO



MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

TERMO DE COMPROMISSO Nº 142/97

As empresas abaixo elencadas firmam perante o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, representado pelas Segunda e Quinta Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, o presente termo de compromisso de ajustamento de conduta, com fundamento no artigo 5º, § 6º da Lei nº 7.347/85, a reger-se pelas seguintes disposições:

Objeto do Termo de Compromisso de Ajustamento

Art. 01. O presente termo de compromisso tem por objeto a adequação dos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias, sob o sistema de incorporação imobiliária, utilizados pela empresas signatárias na venda de imóveis próprios ou de terceiros, às disposições das Lei nº 8.078/90 e da Lei nº 4591/64.

Deveres das Empresas

Art. 02. As empresas signatárias se comprometem, a partir de 15 de setembro de 1997, a adequar todo contrato de compra e venda de unidades imobiliárias pelo sistema de incorporação imobiliária às disposições da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei nº 4.591/64, adotando, para tal, os seguintes procedimentos:

I - não haverá cláusula instituindo cobrança de taxa de transferência mas, apenas, uma taxa de até R\$ 300,00 (trezentos reais), para atender às despesas administrativas decorrentes dessa transferência;

II - nos contratos poderá constar referência expressa no sentido de que os honorários advocatícios serão suportados pela parte contratante que der margem à interferência do referido profissional e na forma prevista na Lei nº 8.906/94, limitados estes a 10% (dez por cento) do valor questionado.

(Handwritten signatures and initials are present throughout the page, particularly on the right side and at the bottom.)

III - as multas pelo atraso no pagamento não poderão ser superiores a 2% (dois por cento) do valor da parcela atrasada, salvo alteração da legislação em vigor;

IV - as cláusulas que limitem direitos dos consumidores deverão estar impressas de forma destacada do resto do contrato;

V - não haverá cláusula que impossibilite ou restrinja o pagamento antecipado do débito;

VI - caso exista cláusula prevendo tolerância na conclusão da obra, esta será inserida no contrato imediatamente após a cláusula que trata do prazo de entrega do empreendimento;

VII - a incorporadora não iniciará as negociações das unidades imobiliárias antes de ultimado o registro do memorial de incorporação ou da expedição do empreendimento, não bastando para tal o simples protocolo do material a ser registrado;

VIII - não haverá cláusula prevendo a incidência de juros sobre as parcelas da chamada "poupança" antes da efetiva entrega da unidade ou da expedição da "Carta de Habite-se", prevalecendo a data do que ocorrer em primeiro lugar;

IX - não haverá cláusula prevendo a incidência de juros sobre a parcela a ser financiada por instituição financeira, antes da expedição da "Carta de Habite-se";

X - em caso de rescisão contratual, antes da entrega da unidade imobiliária, não haverá cláusula penal em limite superior a 15% (quinze por cento) do valor do contrato;

XI - não haverá cláusula restritiva da responsabilidade civil por eventuais vícios da construção.

Multa


Art. 03. Em caso de descumprimento de qualquer disposição do presente termo de compromisso, as signatárias arcarão com o pagamento de multa no valor de 500 UFIRs por infração, que será revertida ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei nº 7.347/85.



Disposições Finais

Art. 4. O presente acordo vigorará por prazo indeterminado.

Brasília (DF), 11 de setembro de 1997



LEONARDO ROSCOE BESSA
Promotor de Justiça



TRAJANO SOUSA DE MELO
Promotor de Justiça

EMPRESAS:



ANTARES ENGENHARIA LTDA.



BRASIL BETON S/A



BRASIL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

CAENGE CONSTRUÇÃO ADMINISTRAÇÃO E ENG. LTDA



CBL - CONSTRUTORA BORGES LTDA



CONBRAL S.A. CONSTRUTORA BRASÍLIA

CONSTRUTORA AMÉRICA LTDA



CIM - CONSTRUTORA E INCORPORADORA MORADIA LTDA



EMPLAVI REALIZAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA



EMARKI ENGENHARIA LTDA

ENCOL S.A ENGENHARIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA



GRUPO OK CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES S.A



G.V. CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.



HC CONSTRUTORA S.A.

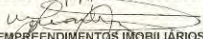
JRC EMPREENDIMENTOS LTDA



M & PB PARTICIPAÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA



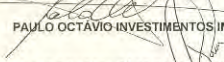
CONSTRUTORA E INCORPORADORA MUSA LTDA



ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA



PAULO OCTAVIO INVESTIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA



PLANE CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA



TARTUCE CONSTRUTORA INCORPORADORA S.A.



VIA ENGENHARIA S.A.



VECON CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA

VERA EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA

WAGNER IMOBILIÁRIA REFRIGERAÇÃO E CONSTRUÇÕES INDÚSTRIA
COMÉRCIO LTDA.

MPI - ENGENHARIA E GESTÃO EMPREENDIMENTOS

ARCA - ARNALDO CAMPOS EMPREEND. IMOB. E PARTICIP. LTDA

BRENT CONSTRUÇÃO E INCORPORAÇÃO LTDA

REAL ENGENHARIA LTDA

CIMATI CONSTRUÇÃO CIVIL LTDA

HABRA ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA

SILCO ENGENHARIA LTDA

STYLLUS ENGENHARIA LTDA

SENAP CONSTRUÇÕES E INCORPORAÇÕES LTDA



MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

**TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE
CONDUTA n.º 460 (Lei n.º 7.347/85, art. 5.º, p. 6.º)**

As empresas abaixo indicadas firmam perante o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Segunda Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor, o presente termo de compromisso de ajustamento de conduta, com fundamento no artigo 5.º, § 6.º, da Lei n.º 7.347/85, a reger-se pelas seguintes disposições:

Objeto do Termo de Compromisso de Ajustamento

Art. 01. O presente termo de compromisso tem por objeto aperfeiçoar os novos contratos e procedimentos de comercialização de unidades imobiliárias, próprias ou de terceiros, sob o sistema de incorporação imobiliária, a fim de evitar controvérsias

[Handwritten signatures and initials are present throughout the page, including a large signature on the left and several smaller ones on the right and bottom.]



(F) 2 Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n.º 460 (Lei n.º 7.347/85, art. 5.º, p. 6.º)

em relação à aplicação da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e da Lei n.º 4.591/64.

Parágrafo único – Permanecem válidas todas as disposições contidas no Termo de Compromisso 142/97 que não contrariem o contido neste documento.

Deveres das Empresas

Art. 02. As empresas signatárias se comprometem, a partir de 1.º de dezembro de 2001, a aperfeiçoar os novos contratos e procedimentos de comercialização de unidades imobiliárias, adotando-se, para tal, os seguintes procedimentos:

I – nos contratos de promessa ou venda definitiva, as empresas diferenciarão as hipóteses de rescisão que tenha havido ou não culpa do consumidor;

II – em caso de rescisão por culpa do consumidor, antes da entrega das chaves do imóvel, os valores a serem pagos, a título de cláusula penal compensatória, incluindo multa e arras, não poderão ultrapassar 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato, nem serão superiores aos valores já adiantados pelo consumidor;

III – na hipótese acima, os valores pagos pelo consumidor que excederem os 10% (dez por cento) serão devolvidos, observando-se a mesma periodicidade e índice contratual utilizados nos pagamentos efetuados pelo consumidor;

IV – o percentual da multa por atraso na entrega das obras, findo o prazo de tolerância – que deverá ser redigido com destaque especial – será fixado na mesma proporção do percentual de multa estabelecida contra o consumidor para a hipótese de não devolução do imóvel no caso de rescisão do contrato;

V – a possibilidade de incidência de hipoteca sobre o imóvel ou unidade imobiliária deverá ter a expressa e inequívoca concordância do consumidor, devendo a

[Handwritten signatures and scribbles at the bottom of the page, including names like 'Hugo' and 'Milton']



(E. 3 Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta n.º 460 (Lei n.º 7.347/85, art. 5.º, p. 6.º))

permissão ter destaque especial no contrato e ser ratificada em instrumento próprio por ocasião da celebração do empréstimo;

VI – havendo hipoteca, o seu cancelamento deve ocorrer no prazo máximo de 180 dias, contados da entrega das chaves, no caso de unidade quitada, ou então da quitação, o que ocorrer por último. Após o prazo de 180 dias, haverá previsão contratual de pagamento de multa que terá a mesma proporção daquela prevista para o caso de atraso das obras (item IV);

VII – os contratos particulares deverão conter os requisitos mínimos de modo a permitir o seu registro no Cartório de Imóveis;

VIII – os índices de atualização monetária ou reajuste e seus eventuais substitutos deverão ser claramente especificados, inclusive em relação ao seu caráter regional ou nacional, conforme o caso;

IX – os juros incidentes sobre o saldo devedor não poderão ser superiores a 12% (doze por cento) ao ano, podendo ser utilizada a Tabela Price;

X – para facilitar a visualização e compreensão do consumidor em relação às indicações concernentes ao memorial de incorporação, em todas ofertas publicitárias, não poderão ter caracteres de dimensão inferior à menor mensagem publicitária.

Multa

Art. 03. Em caso de descumprimento de qualquer disposição do presente termo de compromisso, a empresa arcará com o pagamento de multa no valor de 500 (quinhentas) UFIRs por infração, que será revertida ao fundo criado pelo artigo 13 da Lei n.º 7.347/85

[Handwritten signatures and scribbles at the bottom of the page, including names like 'Hugo' and various initials.]



Disposições Finais

Art. 4. O presente acordo vigorará por prazo indeterminado.

Brasília (DF), 20 novembro de 2001.


LEONARDO ROSCOE BESSA
Promotor de Justiça


TRAJANO SOUSA DE MELO
Promotor de Justiça


EMPRESAS:


ANTARES ENGENHARIA LTDA.


ARCA ARNALDO CAMPOS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS e PARTICIPAÇÕES LTDA


ATLÂNTICO SUL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.


BRASILIK EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.


BRENT EMPREENDIMENTOS E ALIMENTAÇÃO LTDA.


CAENGE CONSTRUÇÃO, ADMINISTRAÇÃO E ENGENHARIA LTDA.





CHÃO & TETO NEGÓCIOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

CONBRAL S.A. - CONSTRUTORA BRASÍLIA.

CONSTRUTORA AMÉRICA LTDA.

CONSTRUTORA BRILHANTE LTDA.

CONSTRUTORA RV LTDA.

CONSTRUTORA LÍDER LTDA.

CONSTRUTORA VILELA & CARVALHO LTDA.

CONSULT CONSULTORIA PATRIMONIAL FINANCEIRA E INCORPORADORA LTDA.

DÁVILA CONSULTORIA E PROJETOS LTDA.

EBEC ENGENHARIA LTDA.



EMARKI ENGENHARIA LTDA.

EMPLAN REALIZAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.

ENEPLAN ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

G.V. CONSTRUTORA LTDA.

HC CONSTRUTORA S/A.

LETTIERI IMOBILIÁRIA LTDA.

M&PB PARTICIPAÇÕES IMOBILIÁRIAS LTDA.

M. GONÇALVES INVESTIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.

MARCOS KOENIG AN IMOBILIÁRIA LTDA.

PAULO OCTÁVIO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.



REAL ENGENHARIA LTDA.

ROYAL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

SILCO ENGENHARIA LTDA.

VECON CONSTRUTORA & INCORPORADORA LTDA.

VIA ENGENHARIA S/A.

ELEVADORES ATLAS S.A.

ELEVADORES OTIS LTDA.

ELEVADORES THISEN SÜR S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO