

CONVENÇÃO SECOVI 2012

VENCENDO OS DESAFIOS DO MERCADO
COM QUALIDADE E INOVAÇÃO

**GRANDES TEMAS DE DIREITO IMOBILIÁRIO
NOS TRIBUNAIS SUPERIORES**
Marcelo Terra

1. Supremo Tribunal Federal

✓ ao STF compete:

- a) - precipuamente a guarda da Constituição (CF, art. 102)
- b) - processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I)
- c) - processar e julgar ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, II)



- d) - julgar mediante recurso extraordinário as causas decididas em única ou última instância (CF, art. 102, III), quando a decisão recorrida (a) contrariar dispositivo da CF, (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal, (c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face da CF e (d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal

- e) - julgar arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente da CF (art. 102, § 1.º)

- ✓ o conhecimento do recurso extraordinário depende da demonstração da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, § 3.º)



- ✓ para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (CPC, art. 543-A, § 1.º)
- ✓ haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal (CPC, art. 543-A, § 3.º)
- ✓ e, também, quando houver multiplicidade de recurso com fundamento em idêntica controvérsia (CPC, art. 543-B)
- ✓ para bem desempenhar sua função, o STF deve examinar apenas as questões que lhe parecerem de maior impacto para obtenção da unidade do direito



2. Superior Tribunal de Justiça

- ✓ compete ao STF julgar, em recurso especial, as causas decididas em única ou última instância pelos Tribunais Regionais Federais, ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida (art. 105, III) (a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência, (b) julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal e (c) der à lei federal interpretação divergente da que lhe seja atribuído outro tribunal



3. a jurisprudência

- ✓ a princípio, o preceito criado pelo juiz para cada caso não reveste força de norma geral e obrigatória, pois o mesmo juiz poderá aplicar preceito diverso a casos idênticos e futuros, se assim entender (Vicente Ráo, vol. I, pág. 303)
- ✓ a jurisprudência participa no fenômeno da produção do direito normativo
- ✓ a jurisprudência constitui apreciável força supletiva do direito
- ✓ por isso, do juiz se exige tanta virtude, quanto sabedoria (Vicente Ráo, vol. I, pág. 306)

4. a súmula

- ✓ o STF poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de 2/3 de seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá **efeito vinculante** em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (CF, art. 103-A)



- ✓ a súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica (CF, art. 103-A, § 1.º)
- ✓ a súmula com efeito vinculante tem eficácia imediata, mas o Supremo Tribunal Federal, por decisão de 2/3 (dois terços) dos seus membros, poderá restringir os efeitos vinculantes ou decidir que só tenha eficácia a partir de outro momento, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse público (Lei Federal n.º 11.417/06, art. 4.º)
- ✓ o STJ já editou 32 Súmulas Vinculantes, nenhuma delas diretamente ligada ao mercado imobiliário

5. recursos repetitivos

- ✓ quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao STF, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte (CPC, art. 543-B, § 1.º)
- ✓ negada a existência da repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos (CPC, art. 543-B, § 2.º)



- ✓ julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se (CPC, art. 543-B, § 3.º)
- ✓ quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial, caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao STJ, ficando suspensos os demais até o pronunciamento definitivo do STJ (art. 543-C, § 1.º)



- ✓ o relator no STJ, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida (CPC, art. 543-C, § 2.º)
- ✓ o relator poderá admitir, considerando a relevância da matéria, manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesses na controvérsia (CPC, art. 543-C, § 4.º)
- ✓ publicado o acórdão do STJ, os recursos especiais sobrestados na origem terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do STJ (art. 543-C, § 7.º, I), ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do STJ (art. 543-C, § 7.º, II)

6. juros “no pé”

6.1 razões para a legalidade da cobrança de “juros no pé”:

- ✓ além de o Código Civil (quer o atual, ou o anterior) não conter qualquer restrição à convenção de juros no contrato de compra e venda de imóvel, é da tradição do direito positivo brasileiro imobiliário a expressa previsão quanto aos juros compensatórios (repita-se, pelo simples consentimento de pagamento a prazo);



- ✓ Decreto-lei n.º 58/37 dispõe expressamente (art. 11) que do compromisso de venda e compra constarão sempre entre outras especificações ali elencadas:

“e) juros devidos sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas”,

- ✓ o que vem reiterado no art. 11, alínea “e”, do Decreto Regulamentador n.º 3.079/38.
- ✓ Lei Federal n.º 6.766/79 (art. 26, inciso V), dispõe:

“V – taxa de juros incidentes sobre o débito em aberto e sobre as prestações vencidas e não pagas ...”.



- ✓ Lei Federal n.º 4.380/64. O art. 5.º dispõe que nos

“... nos contratos de vendas ou construção de habitações poderão prever o reajustamento das prestações mensais de amortização e juros ...”.

- ✓ Lei Federal n.º 4.864/65 estabelece claramente (art. 1.º) que, sem prejuízo das disposições da Lei Federal n.º 4.591/64, os contratos

“... que tiverem por objeto a venda ou a construção de habitações com pagamento a prazo poderão prever correção monetária da dívida, com o conseqüente reajustamento das prestações mensais de amortização e juros ...”.



- ✓ sendo que, no inciso II, desse mesmo artigo, regra-se que parte financiada do preço da compra e venda imobiliária incluirá amortização e juros convencionados à taxa máxima fixada pelo Conselho Monetária Nacional.
- ✓ Lei Federal n.º 9.514/97 disciplina (art. 2.º) que

“As operações de comercialização de imóveis, com pagamento parcelado, de arrendamento mercantil de imóveis e de financiamento imobiliário em geral, poderão ser pactuadas nas mesmas condições permitidas para as entidades autorizadas a operar no SFI, observados, quanto a eventual reajuste, os mesmos índices e a mesma periodicidade de incidência e cobrança.”

- ✓ o 5.º prevê a incidência de correção monetária e de juros, inclusive capitalizados;
- ✓ ainda na Lei Federal n.º 9.514/91 está a disposição do § 1.º, do art. 22, autorizadora de que a alienação fiduciária em garantia poderá ser

“... contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI”,

- ✓ sendo certo que o contrato que serve de título ao negócio fiduciário (art. 24) conterá:

“III – a taxa de juros e os encargos incidentes.”

6.2 decisões do STJ favoráveis à incidência

- ✓ STJ. Resp n.º 662.822-DF. Rel.: Min. Aldir Passarinho Jr. Decisão monocrática. 16 de setembro de 2009.
- ✓ STJ. Resp n.º 379.941-SP. Rel.: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Terceira Turma. 3 de outubro de 2002.



- ✓ STJ. EResp n.º 670.117-PB. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. 14 de setembro de 2010
- ✓ Inicialmente, o STJ entendeu pela impossibilidade dos “juros no pé”
- ✓ Mas, em Embargos de Divergência, a Segunda Seção decidiu, por maioria, em 13 de junho de 2012, pela possibilidade. Rel., para o acórdão, Min. Antonio Carlos Ferreira



6.3 a Portaria n.º 3/01

- ✓ Portaria n.º 3, de 15 de março de 2001, da SDE, item n.º 14:

“estabeleça, no contrato de venda e compra de imóvel, a incidência de juros antes da entrega das chaves”.

- ✓ esta Portaria não tem efeito normativo vinculante. Não é lei, mas mera interpretação dada pela Secretaria de Direito Econômico.



7. não-incidência do ISS no preço da compra e venda a preço fechado

- ✓ quando se tratar de negociação de unidade autônoma já edificada sem sombra de dúvida que sua natureza é a de compra e venda de imóvel, regida pelo Código Civil
- ✓ porém, nas duas outras hipóteses (antes ou durante a obra), o relacionamento contratual do incorporador com o adquirente pode se dar sob três diferentes modalidades:
 - a) - construção por conta e risco do incorporador, caso em que ele promete vender as unidades autônomas a prazo e preço certos, ou reajustáveis na forma do contrato

- b) - construção por empreitada
- c) - construção por administração
- ✓ a modalidade *“a prazo e preço certos”* encontra seu sustentáculo legal no art. 41, combinado com o art. 43, da Lei de Incorporações. Naquele primeiro dispositivo se menciona *“Quando as unidades imobiliárias forem contratadas pelo incorporador por preço global compreendendo cota de terreno e construção”*. No outro, *“Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preço certos, determinados ou determináveis”*



- ✓ no mercado imobiliário tal modalidade é conhecida como “*preço fechado*”. Aqui, o incorporador promove a construção, obrigando-se a entregar ao comprador a unidade autônoma futura. Seu relacionamento contratual com o comprador tem a natureza jurídica de contrato de compra e venda; é certo que de coisa futura, mas sempre compra e venda, jamais empreitada (global, fixa ou reajustável, ou por administração)

7.1 decisão do STJ favorável à incidência do ISS

- ✓ STJ. Resp n.º 54.478-1-RJ. Rel.: Min. Humberto Gomes de Barros. Primeira Turma. 3 de abril de 1995



7.2 decisões do STJ favoráveis à não-incidência do ISS

- ✓ STJ. Resp n.º 39.735-9-RJ. Rel.: Min. Antonio de Pádua Ribeiro. Segunda Turma. 21 de outubro de 1996
- ✓ STJ. Embargos de Divergência no Resp n.º 41.383-RJ. Min. José Delgado. 16 de dezembro de 1997, desde que haja prova de que a construção se faz em terreno da incorporadora



8. prazo de obra

- ✓ a venda e compra de unidades autônomas em edifício em construção ao construir pode se dar pela modalidade prevista no art. 43, da Lei Federal n.º 4.591/64, que é “... *a prazo e preços certos* ...”
- ✓ assim, normalmente os contratos celebrados pela incorporadora estabelecem:
 - a) - determinado prazo de conclusão da obra
 - b) - a previsão de suspensão do prazo nas hipóteses de caso fortuito ou força maior
 - c) - a fixação de um prazo de tolerância, normalmente de 6 meses, após o termo inicial

- ✓ No Resp n.º 510.472-MG, o STJ admitiu a validade do prazo de tolerância. Mas, vencido este, a penalidade mensal deve ser contada a partir do prazo primitivo
- ✓ O TAC com o MP de São Paulo



9. constitucionalidade do leilão extrajudicial

- ✓ Lei Federal n.º 9.514/97 (Alienação Fiduciária em Garantia)
- ✓ Lei Federal n.º 4.591/64 (Incorporações Imobiliárias)
- ✓ Decreto-lei Federal n.º 70/66 (execução hipotecária)

9.1 antigas decisões do STF a favor da constitucionalidade do leilão extrajudicial do Decreto-lei Federal n.º 70/66

- ✓ STF. RE n.º 223.075-DF. Rel.: Min. Ilmar Galvão
- ✓ STF. RE n.º 287.453-RS. Rel.: Min. Moreira Alves

9.2 reavivamento da discussão

- ✓ STF. RE n.º 627.106-PR. Rel.: Min. Dias Toffoli. Julgamento iniciado em 18 de agosto de 2011. Votaram a **favor** da constitucionalidade: Mins. Dias Toffoli e Ricardo Lewandowski. **Contra**, Mins. Luiz Fux, Carmen Lúcia e Ayres Brito. Julgamento suspenso pelo pedido de vista do Min. Gilmar Mendes
- ✓ STF. Repercussão Geral em Agr. de Instr. n.º 771.770-PR. Rel.: Min. Dias Toffoli
- ✓ discussão a respeito da constitucionalidade ou não da execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do SFH



10. obrigatoriedade ou não de pagamento de contribuições associativas em empreendimentos do tipo loteamento (fechado ou aberto)

- ✓ há alguns anos tem sido comum a constituição de associação civil sem fins lucrativos para cuidar da gestão e administração dos interesses comuns dos proprietários e/ou moradores neste ou naquele bairro ou loteamento
- ✓ nos chamados loteamentos fechados, há leis municipais que impõem a constituição dessa associação, que será a destinatária da concessão de direito real de uso outorgada pela Municipalidade, tal como se dá, a título de exemplo, com a Lei Paulistana n.º 9.413/81

- ✓ a constituição da associação pode se dar:
 - a) - antes do início das vendas de lotes, caso em que automaticamente e como condição do negócio jurídico consubstanciado na compra e venda de lote, o adquirente se torna associado
 - b) - depois de iniciadas as vendas e, talvez até mesmo após a implantação do loteamento, caso em que a adesão à associação é de caráter autônomo (não vinculado à anterior aquisição imobiliária) e não obrigatória, nem coativa

- ✓ uma vez integrante da associação, deve o associado contribuir com sua quota-parte, de tal sorte que a associação possa honrar suas obrigações perante terceiros e cumprir com seu objetivo estatutário
- ✓ se assim resolver, o associado poderá se desligar da associação, mas permanecerá com a obrigação de custeio, o que facilmente se explica
- ✓ de fato, enquanto associado, a natureza do pagamento é a de contribuição associativa



- ✓ uma vez desligado da associação, o pagamento tem a natureza de ressarcimento e de indenização, pois ninguém pode se locupletar indevidamente às custas de outrem, rejeitando o direito o enriquecimento sem causa (STJ. Resp n.º 261.892-SP)
- ✓ entre os direitos individuais e coletivos, a Carta Constitucional de 1988 elenca o de que *“ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado”* (art. 5.º, inciso XX)
- ✓ a apressada leitura desse dispositivo pode levar o intérprete à errônea ideia de que a adesão de um compromissário comprador de lote não pode estar vinculada a seu automático ingresso no quadro associativo



- ✓ de fato, a proibição constante do texto constitucional é dirigida ao Poder Público, pois se traduz na “... impossibilidade de as autoridades públicas imporem um ato de adesão ou de permanência em uma associação...”, pois a imposição de uma coativa associação tem sido considerada ao longo da história uma das técnicas favoritas dos déspotas para ocultar as desconformidades e oposições (Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins)
- ✓ a associação que congrega os interesses comuns dos proprietários e/ou moradores de um loteamento ou bairro guarda a nítida característica de colaboração entre pessoas particulares e destas, em seu conjunto, com os poderes públicos, sempre com o objetivo de uma finalidade comum há, inegavelmente, uma comunhão de interesses

- ✓ pode-se até mesmo afirmar que os interesses comuns num loteamento muito se assemelham àqueles que unem os condôminos no sistema da propriedade dividida em unidades autônomas, sendo absolutamente sem propósito eventual tentativa do compromissário comprador de lote de se esquivar do pagamento, que lançaria “... *um pano negro para acobertar a realidade da vida, a qual o direito tende*”, podendo esse comportamento ser qualificado como anti-social
- ✓ a decisão de compra está na órbita plena da autonomia do particular; mas, uma vez desejando concretizar sua compra, sabe de antemão que sua adesão à associação de moradores e proprietários é condição essencial do negócio jurídico livremente pretendido e escolhido



- ✓ a liberdade, como direito individual inderrogável, fica plenamente respeitada e mantida; aquele que não concordar com a existência da associação e/ou com suas finalidades estatutárias nela não ingressará, bastando que não compre o lote naquele loteamento, mas sim em outro que não disponha de idêntico mecanismo jurídico



10.1 decisões do STJ favoráveis à cobrança

- ✓ STJ. Resp n.º 443.305-SP. Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior. Quarta Turma. 7 de fevereiro de 2008 (ação de cobrança procedente em face de adquirente de lote que aderiu aos estatutos)
- ✓ STJ. Resp n.º 439.661-RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Quarta Turma. 1.º de outubro de 2002 (ação de cobrança procedente, pois não é adequado continue gozando dos benefícios sociais sem a devida contraprestação)



10.2 decisões do STJ não-favoráveis à cobrança

- ✓ STJ. Resp n.º 1.071.772-RJ. Rel.: Min. Carlos Fernando Mathias. Quarta Turma. 7 de outubro de 2006 (aqui se decidiu que as taxas de manutenção criadas por associação de moradores não podem ser impostas a proprietário de imóvel que não é associado, nem aderiu ao ato que instituiu o encargo)
- ✓ STJ. Resp n.º 444.931-SP. Rel.: Min. Ari Pargendler. Terceira Turma. 12 de agosto de 2003 (o proprietário de lotes não está obrigado a concorrer para o custeio de serviços, se não os solicitou)
- ✓ em outras palavras, a cobrança se apresenta legítima quando se tratar de condição do negócio de compra e venda

10.3 decisão do STF não-favorável à cobrança

- ✓ STF. RE n.º 432.106-RJ. Rel.: Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. 20 de setembro de 2011 (aqui se cuida de associação criada posteriormente à alienação de lotes. Entendeu o STF que o direito constitucional de se associar ou de se manter ou associado impede até mesmo a cobrança sob argumento do enriquecimento ilícito)
- ✓ a Associação credora apresentou embargos de declaração com pedido infringente, ainda não julgados



10.4 decisão do STF favorável à cobrança

- ✓ STF. RE n.º 340.561-RJ. Rel.: Min. Sepúlveda Pertence (ação de cobrança julgada procedente porque o adquirente de lote aceitou tacitamente a oferta de serviços pela Associação, caracterizando uma relação contratual de fato. A não-obrigatoriedade de participação em qualquer Associação, segundo a Constituição Federal, não impede a obrigação de custeio e de pagamento da respectiva contraprestação)



11. responsabilidade pelo pagamento do IPTU de imóvel alienado a terceiros

- ✓ STJ. Resp n.º 1.110.551-SP. Rel.: Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. 10 de junho de 2009.
- ✓ tanto o promitente vendedor, quanto o compromitente comprador são contribuintes responsáveis pelo pagamento do IPTU.
- ✓ ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro, visando a facilitar o procedimento de arrecadação.
- ✓ decisão sujeita ao regime do art. 543-C do CPC.

12. constitucionalidade ou não do Decreto Federal n.º 4.887/2003 (reconhecimento de comunidades quilombolas)

- ✓ aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos (ADCT – CF, art. 68)
- ✓ o Decreto Federal n.º 4.887, de 20 de novembro de 2003, regulamentou o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades quilombolas
- ✓ STF. ADI n.º 3.239/DF. Min. César Peluso, proposta pelo DEM

- ✓ voto do Relator pela inconstitucionalidade em 18 de abril de 2012
- ✓ conceito de quilombo é aquele histórico, conhecido por todos;
- ✓ a tentativa doutrinária (jurídica e antropológica) de ampliação do conceito de quilombo não tem apoio na Constituição;
- ✓ para haver o reconhecimento previsto na Constituição, os quilombolas devem estar na posse (em 5 de outubro de 1988) de forma contínua, prolongada, centenária (de 1888 a 1988), exercida com ânimo de dono e qualificada;



- ✓ há duas possibilidades: exercício da posse de terras públicas ou terras privadas;
- ✓ se se tratar de área pública, desnecessária a desapropriação;
- ✓ se, de área privada, igualmente a desapropriação, porque em face da posse centenária, a comunidade já teria direito à usucapião, razão pela qual não restaria ao proprietário privado qualquer direito, já extinto pela posse centenária dos quilombolas;
- ✓ pedido de vista pela Min. Rosa Weber e ainda não reiniciado o julgamento.

São Paulo, 13 de setembro de 2012.