

OPINIÃO 3

JURÍDICA DIREITO IMOBILIÁRIO

Editorial

Em um país com dimensões continentais, regulado por uma legislação nem sempre clara, transparente e de fácil compreensão - e que, portanto, suscita as mais diversas interpretações -, garantir a estabilidade nas relações jurídicas é tarefa árdua.

Como outros, o setor imobiliário tem suas atividades excessivamente submetidas a leis, normas, decretos, enfim, a uma série de regramentos que acabam por se sobrepor e, não raro, resultam em entraves difíceis de transpor.

Difíceis, mas não impossíveis, pois, neste ambiente, frutificam análises aprofundadas sobre assuntos complexos - ou nem tanto -, possibilitando aos agentes do mercado vislumbrarem os caminhos a seguir. Ainda que - e principalmente - em condições adversas, como a que o País ora atravessa.

A criatividade tem sido uma poderosa ferramenta utilizada pelos empresários do setor sucessivamente, ao longo dos anos, para superar momentos de instabilidade ou de restrições - econômicas, urbanísticas, políticas, ambientais ou outras, de qualquer natureza.

Aliada ao conhecimento e à contribuição de pensadores e estudiosos do Direito e de demais áreas, essa ferramenta ganha um poder incrível, permitindo não só encontrar a melhor solução como, também, alcançar a compreensão necessária para interpretar e aplicar a lei da maneira mais adequada a cada situação.

A Revista Opinião Jurídica, desde a sua primeira edição, constitui-se em uma dessas ricas fontes de consulta e contém vasto conteúdo, generosamente compartilhado por ilustres conhecedores do Direito, da realidade do País e do nosso setor.

Nesta terceira edição, desembargadores, juízes, advogados e outros estudiosos trazem à luz relevantes e atualíssimos temas, com importantes considerações. Certamente, as próximas páginas vão enriquecer nosso conhecimento e permitir a todos os que operam no setor ou no Judiciário melhorar a interpretação das leis. E, mais que isso, conduzir cada vez mais para a tão almejada segurança jurídica.

Aproveite e beba nessa fonte.

Claudio Bernardes
Presidente do Secovi-SP e reitor da Universidade Secovi

Apresentação

Chegamos à terceira edição da Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário e acreditamos que ela consista um empreendimento bem sedimentado.

Iniciado em 2013, o projeto já contou com matérias escritas por dezenas de juristas de altíssimo nível, que tocaram em assuntos os mais diversos, guardados como parâmetros únicos: a relação com o direito imobiliário, a absoluta liberdade dos articulistas na escolha de tema e forma e, é lógico, de opinião.

De fato, a diversidade é estimulante. Nesta edição, foram estudados, dentre outros temas, os conflitos de vizinhança no condomínio edilício (os condomínios edilícios contam-se aos milhares no País e é lógico que tenham sido brindados com várias matérias), o combate à corrupção, a boa-fé nas relações jurídicas (sob mais de uma visão, afinal, atinge toda e qualquer situação). Prezando a atualidade, foi cuidada a recente Lei 13.097, de 2015 (examinada por não somente um articulista) e foram analisados aspectos do novo Código de Processo Civil (Lei 13.105, de 2015), que estão entre as mais discutidas preocupações dos operadores do direito, hoje.

Reunimos, mais uma vez, magistrados e advogados e podemos com certeza traçar um denominador comum entre todos: a crença inabalável no império do Direito, enxergado sempre como motor do desenvolvimento social e baliza da paz.

“Quem escreve um livro cria um castelo, quem o lê vive nele”, disse Monteiro Lobato, e aqui está a oportunidade que foi alcançada, graças à conjugação de esforços e inteligências, e é entregue ao leitor: vivenciar, novamente, a diversidade de experiências e pensamentos jurídicos.

Certamente, a leitura será gratificante.

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
Jaques Bushatsky



Sumário

Um olhar atual sobre os conflitos de vizinhança no condomínio edilício!	9
A usucapião administrativa do novo Código de Processo Civil	13
Terrenos de marinha e a linha do preamar médio do ano de 1831	21
Infrações penais previstas na Lei de Incorporação Imobiliária	25
Resolução extrajudicial dos contratos imobiliários à luz do artigo 62 da Lei 13.097/2015	33
A boa-fé objetiva nos contratos de locação em shopping center: possibilidade de proteção recíproca entre o empreendedor e o lojista	35
Imóveis abandonados e processos de insolvência: causas e soluções	39
Nova Norma ABNT 16.280 em alta nos condomínios: a questão é técnica e jurídica	41
Missão do advogado e da Ordem dos Advogados do Brasil no combate à corrupção e ao abuso de poder político e econômico	43
Da cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial	45
O dever de boa-fé nos contratos de corretagem imobiliária	51
Qual o papel da administradora de imóveis em relação ao locatário?	57
Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD). Prescinde ou não de lei complementar?	61
A proteção do adquirente na incorporação e no loteamento (Considerações ao artigo 55 da Lei nº 13.097/2015)	65
A sopa de letrinhas na matrícula do imóvel rural	69
O direito de preferência do locatário na permuta e na “permuta financeira”	73
Responsabilidade civil no ambiente condominial	77
O dilema jurisdicional da simplificação na extinção das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado de incorporação e a devolução de valores ao comprador	83
Algumas alterações do Novo CPC na Teoria dos Recursos	87
O princípio de subsidiariedade na ordem econômica empresarial e urbanística	91
Lei do Inquilinato e o Novo Código de Processo Civil: breves e iniciais considerações	97
Nossos articulistas	102

Um olhar atual sobre os conflitos de vizinhança no condomínio edilício!

Alberto Gosson Jorge Junior

1) Introdução ao tema

A sociedade em que vivemos é múltipla. Na diversidade de origens da população, na profusão de costumes, hábitos e crenças, em meio à comunidade heterogênea de pessoas que partilham um mesmo espaço físico e virtual.

Paradoxalmente, apesar de os meios de comunicação, via redes sociais, nos possibilitarem um contato instantâneo que tende em muitos aspectos a “padronizar” modos de pensar e comportamentos, tal fato não impede que persista uma profunda diversidade de “arbitrios”, de opiniões próprias e idiossincrasias individuais, que “teimam”, porque “teimam” em nos fazer diferentes uns dos outros! Bom, não?!

Arriscaria dizer que sem diversidade não há vida, ciente de que o pluralismo é o sustentáculo da democracia e do bem viver, mas que, por outro lado há de se reconhecer que a convivência do “diferente” requer a adoção de técnicas adequadas, sem as quais o convívio se inviabiliza! O pensador francês Jean Paul Sartre dizia que “o outro é a aberração”!

Esta tensão entre o diverso encontra um lugar fértil para deflagrar conflitos na vida em condomínio.

2) Noções jurídicas do condomínio edilício

O direito reconhece como “condomínio edilício”, “condomínio em edificações”, “propriedade horizontal”, dentre outras denominações, construções habitacionais compostas de uma unidade de utilização exclusiva (casas ou apartamentos) em meio a áreas de utilização comum (hall social ou de serviço, elevadores, espaços de convívio das mais variadas espécies etc.), em que cada condômino desfruta de sua área privativa e conta com uma participação indiscriminada e representada por uma fração ideal sobre as áreas comuns.

Essa modalidade de condomínio distingue-se do condomínio tradicional, porque os condôminos *edilícios* detêm o direito de alienar sua unidade exclusiva com a correlata participação nas áreas comuns a quem quer que seja, com independência dos demais condôminos, o que, via de regra, não ocorre no condomínio tradicional.

Até o advento do Código Civil de 2002, o condomínio em edificações era regido exclusivamente pela Lei nº 4.591 de 16.12.1964, diploma legislativo cujo projeto foi de autoria do grande civilista Caio Mário da Silva Pereira, e na

atualidade prevalecem, quase que em sua integralidade, os dispositivos do CC (artigos 1.331 a 1.360).

Em recomendável sintonia com a legislação, segue a Convenção e o Regulamento do Condomínio, cujas regras disciplinarão o comportamento de condôminos e moradores, havendo nestes dois estatutos um bom espaço para a definição de normas salutares ao convívio condominial.

3) *Imissões nocivas e omissões ruinsas: barulho, emanação de odores, atitudes ou descaso que comprometem a segurança e o bem-estar do condomínio*

Mas, como os problemas que surgem da convivência é o problema do Direito, o condomínio é o lugar em que, por excelência, afloram conflitos que muitas vezes levam a situações dramáticas a atormentar toda a comunidade de moradores (os antigos diziam – *condominium est mater rixarum* – em tradução livre, o condomínio é a mãe das rixas).

As situações são as mais variadas possíveis. O condômino que não paga sistematicamente as despesas de rateio a prejudicar todos os demais, que são obrigados a suportar a quota do inadimplente. O morador que mantém hábitos noturnos impróprios, ouvindo ou tocando música em alto som, recebendo convivas para festas ruidosas que adentram a noite. O cidadão que promove uma reforma estrutural no seu apartamento e que não zela ao menos para preservação do repouso noturno. O condômino que utiliza o jardim para “banheiro” de seus animais domésticos, afora desvirtuamento da finalidade condominial (se residencial para comercial ou vice-versa), tudo a ocasionar transtornos aos demais e a deflagrar focos de discórdia a serem adicionados à já não tão fácil vida nos aglomerados urbanos!

4) O exercício da tolerância e o esforço na busca de soluções para conflitos fora da esfera judicial

Em minha experiência como síndico e também como advogado de condomínio de apartamentos antes de ingressar na magistratura, aprendi que o segredo para uma boa convivência é a insistência no diálogo.

Nada melhor do que a administração do condomínio (e quando me refiro à administração me direciono precipuamente para os condôminos, que são aqueles que vivenciam os problemas no dia a dia mais do que as administradoras profissionais) para promover reuniões (não necessariamente

te assembleias), mensais, convocando a todos para expor os problemas, as tentativas de solução, a ordem de prioridade das questões que merecem ser enfrentadas e as dificuldades de orçamento, para tratar dos temas mais comuns.

É salutar ouvir e aceitar, na medida do possível, a colaboração dos condôminos e moradores que não façam parte da administração “oficial”, de maneira a sentirem-se integrados nesse esforço. Constata-se, muitas vezes, dentro do próprio condomínio, a presença de pessoas com variadas habilidades e formação profissional que podem ajudar bastante no encontro de soluções.

Para dinamizar a administração é conveniente a realização de rodízios da administração (síncico, subsíncico, membros do conselho) em períodos curtos de tempo. Explico: por não serem administradores profissionais, seus membros devem conciliar o trabalho e afazeres no condomínio com as suas atividades profissionais. Por essa razão, a rotatividade (de ano em ano, p.e.) do síndico, dando oportunidade a outras pessoas de compartilharem a experiência, sem prescindir do apoio dos que foram substituídos, pode levar a bom termo a administração condominial.

É claro que não existe fórmula ideal e que nem sempre as soluções são viáveis. Assim como na política, no convívio “micro” também há os que não cedem posição, aqueles que não ligam para os problemas comuns, os que comparecem às assembleias apenas para observar se os administradores não estão “roubando”, os que destoam da comunidade em termos de comportamento civilizado. Em suma, aqueles que “só olham para o seu próprio umbigo”!

Ainda assim, a proposta é a insistência no diálogo, na inserção de pessoas que possam fazer a “ponte” com os recalcitrantes, em suma, valer-se de todos os meios possíveis para uma composição amigável.

5) Quando nada mais resta, senão a utilização dos mecanismos jurídicos

Quando o conflito é inevitável e afeta a paz da comunidade, o jeito é se valer das ferramentas jurídicas.

O Código Civil contém uma cláusula geral de alcance bem amplo disposta no artigo 1.277, a seguir transcrito:

“O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha”.

Já o parágrafo único acrescenta que:

“Proíbem-se as interferências, considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas, e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

Percebe o leitor que tanto a cabeça como o parágrafo único do artigo 1.277¹ tratam de conceitos considerados vagos, indeterminados, porque não trazem em si a precisão necessária para imediata interpretação e aplicação da

norma. Observem-se termos e locuções como: segurança, sossego, preservação da saúde, “limites ordinários de tolerância” para assinalar alguns, pois até a expressão “vizinhança”, “vizinho”, não é tão determinada como poderia parecer a princípio. Vizinho é o que mora em residência “contígua”? Qual o limite de distância entre as habitações que pode ser considerada para se caracterizar “vizinho”?

Pois bem, diante desse quadro, é necessário que o condomínio cuide bem da redação da sua convenção e do regulamento, principalmente da primeira, porque serão os conceitos ali inseridos que complementarão as normas legais dispostas para solucionar os conflitos.

O Código Civil vigente introduziu o conceito de “condômino ou possuidor *antissocial*”, configurando-os como aqueles que por reiterado comportamento geram incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores (parágrafo único do artigo 1.337).

O comportamento rotulado de “antissocial” necessita ser reiterado, isto é, não basta uma atitude dissonante isolada, necessitando que a mesma se faça repetir no decurso do tempo para que haja o enquadramento assinalado pelo dispositivo legal.

E a penalidade será o pagamento de multa, penalidade pecuniária, que poderá atingir até o décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembleia, que neste caso deverá ser extraordinária. Assinale-se que o *quorum* de deliberação para imposição da penalidade deverá corresponder ao mínimo de $\frac{3}{4}$ (três quartos) dos condôminos restantes (o *quorum* refere-se à totalidade dos condôminos de acordo com o que consta na especificação do condomínio, e não dos condôminos que estejam presentes na assembleia). A multa independe das perdas e danos que vieram a ser constatadas em decorrência do comportamento nocivo.

De se observar que o legislador distingue o condômino “reiteradamente infrator dos deveres condominiais” (cabeça do artigo 1.336) do “condômino antissocial” (parágrafo único do citado artigo).

Acórdão da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento da apelação nº 0012940-08.2010.8.26.0079, da Comarca de Botucatu, na relatoria do Desembargador Hamid Bdine, deparou-se com hipótese que bem retrata o que se deve entender por “comportamento antissocial”:

“... Marco Aurélio S. Viana leciona que ‘o comportamento antissocial deve repercutir na vida da comunidade, gerando incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores’ (Comentários ao Novo Código Civil, Vol. XVI, Forense, 2003, p. 462). Francisco Eduardo Loureiro ressalta que o comportamento antissocial está presente nas situações em que “os valores tutelados pela lei, salubridade, segurança, sossego e moral são atingidos de modo severo e seguido, colocando em risco a viabilidade da vida condominial” (Código Civil Comentado, 7ª ed, Manole, 2013, p. 1362). No presente caso, os elementos documentais constantes dos autos revelam que o reiterado comportamento antissocial da apelante colocou em risco a viabilidade da vida condominial. Em 12 de novembro de 2007, a Vigilância Sanitária constatou a existência de grande quantidade de lixo doméstico e fezes de animais na entrada de serviço da unidade da apelante, asseverando que ‘o problema é considerado

¹ Vide também o inciso IV, do artigo 1.336 do Código Civil: “São deveres do condômino: (...) IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes”.

de risco para a saúde pública' (fs. 39/43 dos autos da ação de cobrança). Além disso, o Corpo de Bombeiros foi acionado em 27 de junho de 2008 para conter incêndio no apartamento da apelante. Na ocasião, foi expedida a certidão de sinistro de fs. 50/51 dos autos da ação de cobrança, em que ficou consignado que o incêndio foi causado pelo esquecimento de caneca de alumínio no fogo. De acordo com a aludida certidão, o Corpo de Bombeiros constatou no interior da unidade condominial em questão 'grande quantidade de lixo acumulado, alimentos deteriorados, extrema desorganização, com impedimento ao trânsito de pessoas', alertando que a situação descrita 'afeta a segurança e a saúde dos moradores próximos' (fs. 50). Posteriormente, em 21 de agosto de 2008, a condômina Maria Helena de Oliveira Chiaradia lavrou o Boletim de Ocorrência de fs. 53/54, em que relatou barulho excessivo promovido pela apelante. Ainda, em novembro de 2008, foi emitido relatório da Vigilância em Saúde Ambiental, dando conta das precárias condições de higiene da unidade da apelante (fs. 115/116 dos autos da ação de cobrança). Em razão dessa situação, o condomínio apelado precisou ajuizar ação de cumprimento de obrigação de fazer, para que a apelante fosse compelida a realizar a regular limpeza de seu apartamento e das áreas comuns por ela utilizadas, obtendo a procedência de seu pedido cominatório em janeiro de 2009

(cf. cópia da sentença de fs. 63/67 dos autos da ação de cobrança). Inegável, assim, que ficou cabalmente demonstrado nos autos que o reiterado comportamento antissocial da apelante colocou em risco a viabilidade da vida condominial”.

6) Conclusões

Reafirme-se que, excetuados casos teratológicos, como o retratado acima, o melhor caminho é o diálogo, não se desconhecendo a crescente utilização da “mediação”, técnica alternativa de solução de conflitos bastante utilizada no âmbito dos conflitos familiares e em discórdias societárias.

Nesta modalidade alternativa de caminho para solução dos enfrentamentos, o mediador assume o papel de “facilitador” entre as partes em conflito, com o objetivo de desenvolver uma atmosfera que conduza os conflitantes para um ambiente propício para o encontro de soluções por eles mesmo engendradas.



A Biblioteca Secovi possui um dos principais acervos do setor imobiliário. Temas como política habitacional, legislações, indicadores do mercado, balanços anuais e estudos regionais estão disponíveis para consulta e pesquisa nos cerca de 1.500 títulos disponíveis. Associados e representados podem adquirir publicações especializadas em condições especiais.

www.secovi.com.br/biblioteca



Biblioteca
SECOVI SP

Secovi-SP – Rua Dr. Bacelar, 1.043

Vila Mariana – São Paulo

Telefone: (11) 5591-1239

A usucapião administrativa do novo Código de Processo Civil

Andrea Boari Caraciola¹

Carlos Augusto de Assis²

Luiz Dellore³

I – Introdução

Diante da complexidade da sociedade contemporânea, as estruturas de resolução de conflitos que passam pelo modelo jurisdicional não mais atendem aos problemas atuais.

No que toca a temática relativa à Justiça, notória a insatisfação generalizada para com o modelo tradicional de solução de conflitos, que consagra técnicas individualistas adstritas a procedimentos jurisdicionais estatais extremamente formais que, ao burocratizarem o processo, emperram a máquina judiciária. O Poder Judiciário passa por um momento de crise, seja pela demora na prestação, seja pela prolação de uma sentença desajustada ao que as partes desejam.

O mecanismo predominantemente utilizado pelo nosso Judiciário é o da solução adjudicada dos conflitos, que se dá por meio de sentença do juiz. E a predominância desse critério gerou a chamada “cultura da sentença”, que traz como consequência o aumento da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente do primeiro grau de jurisdição, como também dos tribunais. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que revelam um ponto crítico no Judiciário, cenário este que revela e aponta uma crise sem fim. É preciso repensarmos esse modelo jurisdicional estatal de solução de conflitos.

Neste sentido, cabe ao Estado não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também serviços que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, viabilizando um sistema multipartas de acesso à ordem jurídica justa. Este o contexto no qual inserimos a temática adstrita à necessária revisão do conceito de acesso à Justiça, para nele incluir os mecanismos não-judiciais.

O texto aprovado no NCPC, atento para essa questão da desjudicialização, desburocratização e facilitação do acesso à Justiça, prevê a possibilidade de reconhecimento extrajudicial da usucapião imobiliária que, não obstante não seja exatamente uma novidade no Direito Brasileiro, dada a previsão da Lei nº 11.977/2009, com as modificações da Lei nº 12.424/2011, tem efeitos práticos extremamente limitados, por operar-se exclusivamente no seio da regularização fundiária urbana, por meio de procedimento administrativo demasiadamente complexo.

Este o cenário face ao qual apresentamos o instituto da usucapião administrativa ou extrajudicial desenhado pelo legislador do NCPC.

II – A crise do Judiciário e a progressiva desjudicialização

Consoante registros históricos, a partir da segunda metade do século passado, perceptível o fenômeno da massificação da sociedade, acompanhado de uma marcante globalização e competitividade dos mercados, de sorte a revelar de forma mais exacerbada as crises sociais que, deste modo, chegam ao Poder Judiciário.

Ocorre que, não obstante a garantia constitucional do direito de ação, não se há confundi-lo com dever de ação, “passando-se à população a falaciosa idéia de que todo e qualquer conflito de interesse deva ser judicializado, numa leitura assim *atécnica* como *irrealista* do se contém na prolapada garantia de acesso à Justiça”.⁴

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou em outubro de 2014 a décima edição do Relatório Justiça em Números tendo em vista retratar e diagnosticar o Poder Judiciário brasileiro, como também garantir a sua transparência.

O Relatório Justiça em Números caracteriza-se como parte importante do Sistema de Estatísticas do Poder Judi-

¹ Doutora em Direito Processual Civil pela PUC/SP, Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogada em São Paulo.

² Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da USP. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Advogado em São Paulo.

³ Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Escola Paulista de Direito (EPD) e de outras instituições. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP, do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e diretor do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado.

⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: RT, 2009, p. 65; 65-67.

ciário. Trata-se de um relatório com informações sobre o comportamento da Justiça brasileira. O perfil de cada tribunal é apresentado a partir dos dados sobre orçamento, recursos humanos, litigiosidade, congestionamento e produtividade, fornecidos pelos próprios tribunais.

Conhecer e analisar os números da Justiça brasileira promove e estimula reflexões sobre os avanços e desafios do acesso à justiça, de sorte que passaremos a expor aqui os dados mais significativos desse retrato do Judiciário Nacional.

O Relatório Justiça em Números 2014 revela que o número de processos em trâmite no Judiciário brasileiro cresceu 10,6% nos últimos quatro anos e chegou a 95,14 milhões de ações em tramitação em 2013, sendo que em 2010 eram 83,4 milhões de processos e em 2011, 90 milhões.

Desse contingente de 95,14 milhões de processos em tramitação, 9,4 milhões tramitaram nos tribunais superiores, tribunais de segundo grau, turmas recursais e turmas regionais de uniformização, sendo que a grande maioria, 85,7 milhões de processos tramitaram em primeiro grau de jurisdição, na seguinte proporção: 42,6 milhões na fase de conhecimento e 43,1 milhões na fase de execução.

Frise-se 95,14 milhões de demandas em tramitação nas diversas instâncias e braços especializados do Poder Judiciário para serem decididas por 16.429 magistrados e 412,5 mil servidores, a revelar que cada juiz apreciou, em média, 1.684 processos.⁵

O Relatório indica que, no ano de 2013, o número de ações propostas foi de 28,3 milhões, cerca de 400 mil ações a mais do que em 2012 e que, apesar dos investimentos realizados em informática, da criação de varas especializadas e da contratação de juizes e serventuários, o Poder Judiciário não consegue dar vazão a todo esse contingente de demandas, o que pode ser aferido pela altíssima taxa de congestionamento dos tribunais, que passou de 70% em 2012 para 70,9% em 2013.

O índice de processos solucionados por caso novo mostra que, apesar dos esforços, os tribunais não estão conseguindo liquidar nem mesmo o quantitativo de processos que ingressou no Judiciário no período, dada a elevada procura pela Justiça.

Esse cenário revela que o Poder Judiciário nacional está enfrentando um colapso, com sobrecarga excessiva de processos, o que vem gerando uma crise de desempenho e, em consequência, perda de sua credibilidade. Nesse sentido, diz José Roberto dos Santos Bedaque:

Inúmeras são as dificuldades enfrentadas por quem se dispõe a pleitear a tutela jurisdicional do Estado, na tentativa de obter proteção a um direito lesado ou ameaçado. A Justiça está em *crise*, não só no Brasil, como na maioria dos países. E *crise* na Justiça implica, necessariamente, *Crise* de Justiça. Os fatores que contribuem para esse estado de

verdadeira calamidade podem ser resumidos basicamente na exagerada demora e no alto custo do processo.

Perceptível, pois, que no curso da evolução histórica, notadamente no decorrer do século XX, verificou-se intenso processo de judicialização dos conflitos, a implicar na transferência para o Poder Judiciário da responsabilidade para a solução das mazelas sociais, culminando no inchaço das atribuições do Poder Público e no fortalecimento do chamado protagonismo judicial.

Ocorre que, se por um lado a judicialização dos conflitos de interesse, decorrente do amplo acesso à Justiça implementado pela Carta Constitucional, trouxe avanços ao exercício da cidadania, por outro, foi responsável por uma sobrecarga do Estado sem precedentes, a culminar na atual crise na qual se encontra mergulhado o Poder Judiciário, na medida em que este não se encontra aparelhado de mecanismos para dar vazão a excessiva demanda.

É neste contexto que exsurge a tese da desjudicialização, termo este que não obstante não dicionarizado, quando analisado em uma perspectiva conceitual, nos remete à ideia da adoção de políticas legislativas tendentes a facultar aos indivíduos a possibilidade de solucionarem situações jurídicas e/ou conflitos de interesses, independentemente da intervenção judicial.

Trata-se de um fenômeno que, ainda pouco estudado pela doutrina, consiste em excluir do âmbito judicial atividades que tradicionalmente lhe cabem, transferindo-as para particulares em colaboração, dentre eles, notários e registradores públicos.

No julgamento do Recurso Especial 1184267/MS, conforme acórdão publicado em 5/12/2012, no Diário de Justiça, a ministra Fátima Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, afirmou:

“É necessário romper com a ideia de que todas as lides devem passar pela chancela do Poder Judiciário, ainda que solucionadas extrajudicialmente [...]. O Poder Judiciário não pode ser utilizado como mero cartório que incluirá, em documentos submetidos à sua sumária avaliação, um mero selo, que sequer pode ser chamado selo de qualidade, porque não é submetido, do ponto de vista substancial, a seu controle efetivo”.

Inevitavelmente, o fenômeno da desjudicialização contribui não apenas para o desafoamento do Poder Judiciário. Está em pauta, também, a própria revisitação do conceito de acesso à Justiça, a revelar que esse “acesso” não passa, necessariamente, pelas portas do Judiciário. Sobre o tema, interessante a lição de André Ramos Tavares:⁹

Assim, a pressão por um acesso generalizado, de fluxo contínuo, imediato e irrestrito, passou finalmente a ser percebida como um aspecto negativo do sistema jurídico-judicial, que pode chegar ao ponto de impe-

⁵ Relatório Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 01/09/2014.

⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p.28 - 29.

⁷ HELENA, Eber Zoehler Santa. *O fenômeno da desjudicialização*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7818>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁸ HELENA, Eber Zoehler Santa. *O fenômeno da desjudicialização*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7818>. Acesso em: 13 abr. 2015.

⁹ TAVARES, André Ramos. *Desjudicialização. Carta Forense*. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em 24/04/2015.

dir uma prestação judicial efetiva. O direito de acesso, agora, como diz Paula Costa e Silva na sua obra ‘A Nova Face da Justiça’, é um ‘direito de retaguarda, sendo seu exercício legítimo antecedido de uma série de filtros’. A inserção social do magistrado passa a ser medida não pelo número de demandas advindas da sociedade (judicializadas), mas sim pela qualidade social das decisões, pela possibilidade de respostas judiciais adequadas e preocupadas com um Estado social pleno, que possam servir pedagogicamente à sociedade. Fala-se, por isso, em ‘desoneração do Judiciário’.

Podemos destacar iniciativas expressivas na linha da desjudicialização no Brasil: a Lei 9.307/96, Lei de Arbitragem, que privilegiou método extrajudicial de solução dos conflitos, a alteração impressa em 1994 relativa ao depósito extrajudicial, a Lei 10.931/04, que introduziu o processo extrajudicial de retificação do registro imobiliário, a Lei 11.101/05, que criou a recuperação extrajudicial no processo falimentar e o processo não-judicial de separação, divórcio, partilha e inventário, nos termos da Lei 11.441/07.

Este o contexto no qual descortinamos e estudamos a desjudicialização da usucapião nos termos do NCP, não obstante a Usucapião Administrativa já tenha sido implementada no ordenamento jurídico brasileiro desde 2009, com o Programa Minha Casa, Minha Vida (PMCMV), conforme analisado no tópico seguinte.

III – A usucapião da Lei 11.977/2009, com as modificações da Lei 12.424/2011 (Programa Minha Casa, Minha Vida)

Dentro do campo da desjudicialização, mais perto, porém, do objeto específico desse nosso artigo, verificamos o mecanismo criado pela Medida Provisória 459/2009, que foi convertida na Lei 11.977, de 7 de julho de 2009. Observamos que o referido Diploma Legal sofreu várias alterações ao longo do tempo, mas, para efeito desse nosso estudo, basta analisar a redação atualizada da Lei 11.977/2009, sobre a qual nos debruçaremos.

A Lei em questão tornou-se conhecida por veicular o Programa Minha Casa, Minha Vida, mas, na realidade, o seu conteúdo é bem mais amplo¹⁰, trazendo importantes disposições em matéria de regulamentação fundiária. Aliás, é no capítulo dedicado à Regularização Fundiária dos Assentamentos Urbanos que se localiza o instituto que iremos tratar nesse item.

Com efeito, tratando especificamente da Regularização Fundiária de Interesse Social, o legislador cria uma forma de requerer o reconhecimento da usucapião através de mecanismo extrajudicial.

A origem desse procedimento é a existência de assentamentos irregulares, ocupados predominantemente por

população de baixa renda, que o Poder Público pretenda realizar a regularização fundiária, em casos de (a) *área ocupada, de forma mansa e pacífica, há, pelo menos, 5 (cinco) anos;* (b) *imóveis situados em Zona Especial de Interesse Social*¹¹; ou (c) *áreas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios declaradas de interesse para implantação de projetos de regularização fundiária de interesse social*¹².

Para que se viabilize a regularização fundiária, o primeiro passo é a elaboração, pelo Poder Público responsável, de um auto de demarcação urbanística. Conforme esclarece a própria lei, ao realizar a demarcação urbanística, o Poder Público, em relação a um determinado imóvel, público ou privado, define “... limites, área, localização e confrontantes, com a finalidade de identificar seus ocupantes e qualificar a natureza e o tempo das respectivas posses”¹³.

Referido auto de demarcação deve ser levado ao registro de imóveis, cabendo ao oficial do registro proceder à busca para identificar o(s) proprietário(s) do bem(ns) em questão (art. 57, da Lei 11.977/2009). Identificado o proprietário, ele será intimado, bem como os confrontantes, dando-lhes oportunidade para impugnam a averbação da demarcação urbanística (art. 57, § 1.º, da Lei 11.977/2009).

Após a averbação do auto de demarcação, será elaborado um Projeto de Regularização Fundiária (art. 51), que deverá ser aprovado pelo município (art. 53), submetendo ao registro o parcelamento dele decorrente (art. 58).

Só após esse registro (do parcelamento), o Poder Público “concederá título de legitimação de posse aos ocupantes cadastrados” (art. 58, § 1.º).

A legitimação de posse, como define a própria lei, importa “reconhecimento de posse de imóvel objeto de demarcação urbanística, com a identificação do ocupante e do tempo e natureza da posse” (art. 47, IV).

A legitimação de posse, devidamente registrada, além de representar direito do detentor à moradia, abre caminho para o posterior reconhecimento administrativo da usucapião.

Realmente, o art. 60, *caput*, da Lei 11.977/2009, prevê que passados 5 (cinco) anos desse registro o detentor desse título poderá requerer a “conversão desse título em registro de propriedade”, em reconhecimento da ocorrência de usucapião, nos termos do art. 183, da Constituição.

A conversão do título assim que preenchidos os requisitos decorre, em primeiro lugar, da natureza declaratória da usucapião. Com efeito, como doutrina Sílvio de Salvo Venosa¹⁴:

“... a ação de usucapião é de eficácia declaratória: ‘Poderá o possuidor requerer ao juiz seja declarada adquirida, mediante usucapião, a propriedade’ (novo, art. 1.241). Reconhece-se a existência da aquisição da propriedade. Não se constitui a propriedade pela sentença.”

A remissão ao art. 183 da Constituição Federal, por outro lado, deixa claro que o legislador refere-se à usu-

¹⁰ Dispõe sobre o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas; altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941, as Leis nos 4.380, de 21 de agosto de 1964, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 10.257, de 10 de julho de 2001, e a Medida Provisória no 2.197-43, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências.

¹¹ Definida pela lei como “parcela de área urbana instituída pelo Plano Diretor ou definida por outra lei municipal, destinada predominantemente à moradia de população de baixa renda e sujeita a regras específicas de parcelamento, uso e ocupação do solo”. (art. 47, V, Lei 11.977/2009)

¹² Tudo conforme art. 47, VI, da Lei 11.977/2009.

¹³ Art. 47, III, da Lei 11.977/2009.

¹⁴ Direito Civil: direitos reais, São Paulo: Atlas, 3.ª ed., 2003, p. 208.

capião especial urbana, estabelecida justamente para dar efetividade ao direito à moradia (art. 6.º, CF)^{15 16}. A Constituição Federal, no mencionado artigo 183, estabelece os pressupostos necessários à aquisição, que podem ser assim resumidos: (a) que se trate de imóvel urbano; (b) que tenha área não superior a duzentos e cinquenta metros quadrados¹⁷, (c) tempo de posse *ad usucapionem* de cinco anos; (d) com utilização do imóvel para moradia sua ou de sua família. Além disso, o usucapiente não pode ser proprietário de outro imóvel e só pode se beneficiar da usucapião *pro moradia* uma única vez. Outra restrição é que o imóvel não pode ser público (art. 183, § 3.º, CF).

A Constituição Federal refere-se textualmente a quem possuir “área urbana”, o que revela que o critério é a localização do imóvel. Não há dúvida, entre os tratadistas do tema, com relação a essa conclusão¹⁸.

Quanto à questão da dimensão da área, deve ser levada em conta a “área linear do terreno” e não a edificação nele inserta¹⁹. Observe-se, entretanto, que a Lei 11.977/2009 também admite a usucapião extrajudicial de imóvel de área superior a 250 metros quadrados, mas, nesse caso, o prazo é o previsto na legislação comum.

A posse a ser exercida, como sempre ocorre na usucapião, deve ser mansa, pacífica, ininterrupta e com *animus domini*²⁰. O prazo é de cinco anos. No caso da usucapião administrativa, esse prazo de cinco anos começa a contar da data do registro da legitimação da posse.

A destinação do imóvel cuja posse é exercida deve ser para moradia própria ou da família. A posse exercida para outros fins não autoriza a utilização do mecanismo estabelecido na CF. Note-se que devemos entender “família” no sentido amplo que a própria Constituição Federal consagra.

Todavia, o que chama a atenção, particularmente para efeitos desse estudo, é que tudo isso se procederá extrajudicialmente.

Realmente, para que seja reconhecida a usucapião, nos termos do art. 60, da Lei 11.977/2009, basta ao possuidor, portador do título de legitimação de posse devidamente re-

gistrado, fazer um requerimento ao oficial do Cartório de Registro de Imóveis, apresentando: “certidões do cartório distribuidor demonstrando a inexistência de ações em andamento que versem sobre a posse ou a propriedade do imóvel”; “declaração de que não possui outro imóvel urbano ou rural”; “declaração de que o imóvel é utilizado para sua moradia ou de sua família”; e “declaração de que não teve reconhecido anteriormente o direito à usucapião de imóveis em áreas urbanas”.

Como se vê, basta ao requerente fazer a devida comprovação documental do preenchimento dos requisitos necessários para a usucapião do art. 183, CF²¹.

Fernanda Loures de Oliveira afirma que a “... lei conferiu ao registrador o poder de converter a posse legítima em propriedade apenas após cinco anos do registro do título de legitimação de posse, substituindo a necessidade de se comprovar a posse fática pela simples comprovação da posse registrada (posse qualificada)”²².

Parece-nos, com a devida vênia, que não é exatamente isso. Não é o registrador que converte posse em propriedade. Ele apenas reconhece que, em virtude do tempo decorrido, o indivíduo passou a ser proprietário. Isso é da essência declaratória da usucapião, já destacada anteriormente. Aliás, a própria redação do art. 60 indica nesse sentido, na medida em que atribui ao registrador o poder de converter o título de posse em registro de propriedade, “*tendo em vista sua aquisição por usucapião*”.

Como se percebe, novamente o legislador adota a técnica da desjudicialização. É certo que, no caso, a desjudicialização é feita não propriamente com o intuito de desafogar o Judiciário, mas, sim para agilizar a regularização fundiária, dado o cunho social. Entretanto, está presente a ideia de que, na ausência de conflito, o Judiciário não é presença indispensável. Não podemos deixar de considerar, por outro lado, que a iniciativa acaba servindo de inspiração para uma desjudicialização mais ampla da usucapião, como o Novo Código de Processo Civil realizou, conforme iremos examinar no tópico seguinte.

¹⁵ “A usucapião especial urbana, conhecida por usucapião *pro moradia*, está inserida na Carta Magna no capítulo da política urbana e se volta à regularização fundiária e garantia do direito fundamental à moradia para a população de baixa renda.” (Francisco Eduardo Loureiro, *Código Civil Comentado*, coord. Ministro Cezar Peluso, Barueri-SP: Manole, 5.ª ed., 2011, p. 1243).

¹⁶ “Ter acesso a uma moradia constitui claramente uma necessidade para o ser humano, é sem dúvida a estrutura principal que permite ao homem a realização de suas obras; de sonhar e realizar os mesmos; de estabelecer uma raiz; de ser conhecido em uma comunidade; um abrigo para os dias ruins e o palácio para os dias de comemoração. É a moradia que condiciona o acesso a outros direitos essenciais do homem e não se entende o porquê de não ter recebido o tratamento adequado prévio. É impossível garantir a saúde, educação e segurança sem, ao menos, não oferecer uma habitação digna para o homem. Carecer de uma moradia provoca a dispersão da cédula familiar; conduz ao fracasso escolar e contribui fortemente à degradação da saúde.” – Marcelo Augusto Santana de Melo, *O Direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na Regularização Fundiária*, Revista de Direito Imobiliário, São Paulo: ed. RT, vol. 69, jul/2010.

¹⁷ Como observa Luciano de Camargo Penteado, a limitação da área é decorrente da finalidade do instituto de concretizar o direito à moradia (*Direito das Coisas*, São Paulo: RT, 2.ª ed., 2012, p. 324).

¹⁸ James Eduardo de Oliveira, por exemplo, comentando o art. 183, CF, doutrina: “A área urbana significa que o critério adotado pelo legislador não é o da destinação da área e, sim, da sua localização.” (Constituição Federal Anotada e Comentada: doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1572). Também Francisco Eduardo Loureiro, comentando o art. 1240 do Código Civil, que reproduz o art. 183 da CF, afirma que “o critério é por localização e não por destinação da área, descabendo usucapião sobre imóvel situado em zona rural, mas com finalidade urbana.” (*Código Civil Comentado*, coord. Ministro Cezar Peluso, Barueri-SP: Manole, 5.ª ed., 2011, p. 1243).

¹⁹ Cf. James Eduardo de Oliveira, *Constituição Federal Anotada e Comentada: doutrina e jurisprudência*, Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 1572.

²⁰ Francisco Eduardo Loureiro, *Código Civil Comentado*, coord. Ministro Cezar Peluso, Barueri-SP: Manole, 5.ª ed., 2011, p. 1243.

²¹ Note-se, apenas, que se a área for superior a 250 metros quadrados o requerente deverá comprovar o tempo de posse previsto na legislação ordinária (cf. art. 60, § 3.º, Lei 11.977/2009).

²² A lei 11.977 e as novas bases da usucapião, Revista de Direito Privado, São Paulo: ed. RT, vol. 50/2012.

IV – O novo art. 216-A da Lei de Registros Públicos, trazido pelo NCPC

Dentro do chamado “Livro Complementar” do NCPC, dedicado às disposições finais e transitórias, destaca-se o art. 1.071, que acrescenta um artigo à Lei de Registros Públicos, para tratar dessa possibilidade de requerer administrativamente o reconhecimento da usucapião.

Desde logo, semelhantemente ao que ocorre nas outras hipóteses de desjudicialização (divórcio e inventário extrajudiciais), o legislador não exclui a via judicial²³. Observe-se, porém, que, diferentemente do CPC/73, o Novo CPC não mais contempla um procedimento especial de usucapião. Assim, se for utilizada a via judicial, o procedimento a ser utilizado será o comum.

Outro aspecto que salta aos olhos é que, da mesma forma que a usucapião extrajudicial tratada no item anterior (do Programa Minha Casa, Minha Vida), o procedimento transcorre perante o Cartório de Registro de Imóveis. É esse órgão que ficará encarregado de verificar a observância das exigências legais para o reconhecimento da usucapião pela via extrajudicial.

As exigências e os procedimentos a serem observados estão detalhados ao longo dos quatro incisos e dez parágrafos do art. 216-A. Vamos, agora, destacar o que de mais importante transparece nessas disposições. Veremos que tudo é estabelecido para que se possa aferir, com segurança, os elementos caracterizadores da usucapião, como posse “ad usucapionem”, justo título etc.

O procedimento perante o Cartório de RI inicia-se mediante requerimento a ser feito por advogado, exigência essa que se justifica não só pela especialização requerida para o cumprimento dos requisitos, mas, também, como se verá adiante, pela potencialidade de esse procedimento administrativo vir a gerar um processo judicial (art. 216-A, § 10).

O requerimento deve ser acompanhado de determinados documentos. O primeiro deles é uma Ata Notarial, atestando o tempo da posse do usucapiente (e, se for o caso, dos seus antecessores). Naturalmente, o tempo de posse irá variar de acordo com o tipo de usucapião. Os prazos de usucapião ordinário e extraordinário estabelecidos na lei civil, ou mesmo os das modalidades especiais, deverão ser devidamente observados. O legislador, aqui, faz uso de uma figura já conhecida na prática, mas que só foi prevista no Novo CPC: a ata

notarial. A ata notarial, segundo o art. 384, NCPC, consiste, fundamentalmente, no atestar um fato, pelo tabelião, valendo-se de sua fé pública²⁴. No caso, o tabelião poderá atestar o fato da existência da posse e de elementos que corroborem a declaração de que ela é mansa e pacífica, além de ter sido exercida por tempo suficiente. Para esse mister, a ata notarial poderá registrar declarações de testemunhas, por exemplo. Embora a lei não mencione, Jussara Citroni Modaneze²⁵ destaca que “... somente o Tabelião da Comarca do Imóvel usucapiendo é quem poderá lavrar a ata notarial, pois muitas vezes irá constatar fisicamente o imóvel e somente poderá fazê-lo se situado em sua área de atribuição.”

A perfeita identificação do imóvel cuja usucapião se pretende ver reconhecida é dada através de planta e memorial descritivo assinado por profissional habilitado (como, por exemplo, engenheiro civil, arquiteto, topógrafo), inscrito no órgão de classe competente²⁶. Os documentos deverão ser assinados, também, pela(s) pessoa(s) indicada(s) na matrícula como sendo titulares do imóvel usucapiendo, além dos confinantes. Essas assinaturas representam o primeiro passo para configurar a concordância dos interessados, que é pressuposto para se dispensar a via judicial. A eventual contenciosidade exigiria a via judicial, em obediência ao art. 5.º, XXXV, CF.

Também deverão instruir o requerimento as certidões negativas em nome do requerente, tanto da comarca de seu domicílio quanto da comarca da situação do imóvel. A exigência de certidões negativas refere-se, naturalmente, àquelas demandas que, de alguma forma, poderiam interferir na aquisição do imóvel pela usucapião. Veja-se, por exemplo, demanda possessória, a revelar que a posse exercida não é mansa e pacífica.

A lei ainda fala que igualmente deve acompanhar o requerimento o “justo título” ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, natureza, a continuidade e o tempo da posse. Apesar de empregada a conjunção “ou”, a ideia aqui é de complementaridade. Assim, o requerente pode ostentar como justo título um contrato de compromisso de venda e compra, mostrando a origem de sua posse, e os carnês de imposto devidamente pagos demonstrando a continuidade e tempo em que exerce a posse. A lei fala em documentos que comprovam o pagamento de impostos e taxas, mas em caráter exemplificativo (“tais como”), o que, naturalmente, não exclui qualquer outro que seja hábil a caracterizar os elementos necessários para a qualidade da

²³ Como diz o caput do art. 216-A, “sem prejuízo da via jurisdicional...”.

²⁴ Art. 384. A existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião.

²⁵ A Usucapião Extrajudicial, *Jornal Carta Forense* abril/2015, p. B12.

²⁶ A planta, para permitir a identificação precisa do imóvel, aliás, deve instruir a petição inicial da ação de usucapião do CPC/73 (art. 942). Essa precisa identificação é indispensável para os devidos registros no Cartório de Registro de Imóveis (art. 225, da Lei de Registros Públicos). Note-se, porém, que há julgados flexibilizando essa exigência na ação de usucapião: *PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. USUCAPLÃO ESPECIAL URBANA. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE PLANTA DO IMÓVEL USUCAPIENDO ASSINADA POR PROFISSIONAL HABILITADO. JUNTADA AOS AUTOS DE MAPA SUBSCRITO PELO CAUSÍDICO DA PARTE E DE DOCUMENTO PÚBLICO CONTENDO AS CARACTERÍSTICAS DO IMÓVEL. ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A INDIVIDUALIZAÇÃO DA ÁREA USUCAPIENDA. ATENDIMENTO DA REGRA DO ART. 942 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. A CIRCUNSTÂNCIA DE SER O AUTOR DA DEMANDA PESSOA DE POUCAS CONDIÇÕES FINANCEIRAS NÃO DEVE INVIABILIZAR O CONHECIMENTO DE SUA PRETENSÃO MATERIAL, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE AÇÃO QUE LHE É CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. APELO CONHECIDO E PROVIDO. (TJRO – 2.ª Câm. Civ., Re. Des. Cláudio Santos, j. 21.06.2005, v.u.). Acreditamos, porém, que essa flexibilização na exigência da planta não será aplicada pelo oficial do registro de imóveis.*

posse necessária para o tipo de usucapião reclamado.

Ao ingressar o Requerente com o pedido do reconhecimento da usucapião, o Registro de Imóveis fará a prenotação (que, como se sabe, tem por efeito assegurar a prioridade para o futuro registro²⁷), cujos efeitos perdurarão até a definição deste pedido (ou seja, até que seja acolhido ou rejeitado). O requerimento, com os documentos que o instruem, deverá ser autuado.

Como foi comentado anteriormente, o requerimento deverá vir instruído com planta contendo assinatura dos titulares de direito real sobre o imóvel, de modo a configurar a concordância. Entretanto, caso a planta não tenha sido assinada por tais pessoas, o oficial do registro de imóveis providenciará a sua comunicação, para que elas se manifestem a respeito. Na ausência de manifestação, entende-se que houve discordância²⁸.

Também será necessário dar ciência à União, Estado, Distrito Federal e Município, para que manifestem, se for o caso, algum direito que tenham sobre o imóvel²⁹. Igualmente, será preciso dar ciência a eventuais terceiros interessados, o que se fará através de publicação de edital em jornal de grande circulação (§ 4º).

Como se pode perceber, apesar de ser feito extrajudicialmente, são adotadas as mesmas cautelas existentes quando a usucapião é requerida pela via judicial³⁰.

Havendo algum problema durante o procedimento de registro da usucapião, poderia ser suscitada dúvida³¹. Em outras palavras, se o oficial de registro de imóveis fizer alguma exigência que se repete incorreta, poderá ser instaurado tal procedimento de acordo com as regras insertas na Lei de Registros Públicos.

Se tudo estiver conforme, será procedido ao registro e, sendo necessário, proceder-se-á à abertura de matrícula. Imagine-se, por exemplo, que a usucapião se dê sobre porção localizada de um determinado imóvel. O reconhecimento da usucapião implicará não apenas alteração de matrícula, mas, também, a abertura de uma nova, representativa de outro imóvel. Ao reverso, ausente algum dos requisitos, o requerimento será rejeitado, sem prejuízo, é claro, de a parte pleitear judicialmente o reconhecimento. Nesse caso, como já mencionado, a demanda judicial correrá sob procedimento comum. A via judicial também será

utilizada no caso de algum dos titulares de direitos registrados na matrícula do imóvel usucapiendo apresentar impugnação ao pedido. Interessante anotar que, nessa hipótese, o próprio oficial de registro de imóveis remeterá ao juízo competente, devendo o requerente emendar a petição de requerimento para fazer a devida adequação aos requisitos de uma petição inicial sob rito comum.

V – Conclusão

Não é segredo para ninguém que a taxa de congestionamento de processos atingiu níveis altíssimos, comprometendo a realização da garantia da duração razoável do processo.

Este breve estudo procurou demonstrar que a inovação trazida no bojo do NCPC em matéria de usucapião é reflexo de uma tendência maior de desjudicialização, que procura redimensionar o papel do Poder Judiciário. Neste contexto, importante salientar que a desjudicialização não deve ser compreendida como uma forma de reduzir ou enfraquecer o sistema judicial. Pelo contrário, a desjudicialização opera uma purificação, uma limpeza junto ao Poder Judiciário, liberando-o de deveres secundários para o fim de cuidar exatamente daquilo que lhe cabe no exercício da função jurisdicional: a pacificação com Justiça!

Nesse contexto, a otimização da tarefa a ser realizada pelos juízes, limitando-a aos casos em que sua presença se faz realmente necessária, é ideia que merece encômios.

Acreditamos, portanto, que o art. 216-A da Lei de Registros Públicos, trazido pelo NCPC, é inovação salutar e benéfica, isto porque necessário se faz estimular práticas inovadoras, que possam contribuir tanto para a desburocratização do Direito e do processo judicial, como também para a conscientização da responsabilidade de todo cidadão na busca de soluções não-judiciais, preconizando o Direito realizado e não-judicializado!

VI – Referências Bibliográficas

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Tutela Cautelar e

²⁷ Walter Ceneviva explica claramente no que consiste tal figura: “Prenotação é assentamento prévio, no protocolo. Assegura precedência do direito real ao qual o título se refere. Seus efeitos destinam-se à vida efêmera; cessam em trinta dias se o interessado se omitir no atendimento de exigências legais opostas pelo oficial. Se, entretanto, o registro for cumprido, a precedência do direito real começa com a prenotação.” (Lei de Registros Públicos Comentada, São Paulo: Saraiva, 12.ª ed., 1997, p. 247) Observe-se que, no caso em pauta, a prenotação não terá o prazo de trinta dias, perdurando até a definição quanto à aceitação ou rejeição do pedido. Também comentando a prenotação, veja-se o que leciona Luiz Guilherme Loureiro: “O título deverá ser protocolado, ocasião em que recebe um número de ordem de acordo com uma rigorosa sequência de apresentação: os títulos apresentados anteriormente serão registrados antes, obedecendo-se, para tanto, a numeração recebida por ocasião do protocolo. O protocolo será encerrado diariamente, e o número de ordem e data da prenotação assinalados no Livro Protocolo serão reproduzidos no título.” (Registros Públicos: teoria e prática, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 5.ª ed., 2014).

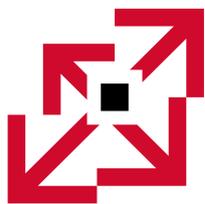
²⁸ Nesse ponto se poderia indagar porque motivo o titular de direito real se importaria em manifestar sua concordância. A resposta é: seu eventual desleixo poderá provocar a propositura de demanda de usucapião, na qual sairia vencido, com a consequente sucumbência.

²⁹ Essa exigência corresponde ao que o art. 943 do CPC/73 determina.

³⁰ João Pedro Lamana Paiva bem destaca este aspecto (Novo CPC Introduz a Usucapião Extrajudicial no País, in http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Verso_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao_2.pdf, acesso em 20.04.2015. Registre-se, porém, que a presença do Ministério Público é dispensada.

³¹ “Dúvida é o procedimento administrativo por meio do qual o apresentante de um título registral, não se conformando com as exigências formuladas pelo registrador ou com a decisão que desde logo negue o registro, requer ao juiz competente para que este, após proceder à requalificação do documento, determine que este tenha acesso ao fôlio real.” (Luiz Guilherme Loureiro, Registros Públicos: teoria e prática, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 5.ª ed., 2014)

- Tutela Antecipada: Tutelas Sumárias e de Urgência. 5ª ed. São Paulo: Malheiros.
- CENEVIVA, Walter. Lei de Registros Públicos Comentada, São Paulo: Saraiva, 12.ª ed., 1997.
- HELENA, Eber Zoehler Santa. O fenômeno da desjudicialização. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 922, 11 jan. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7818>>. Acesso em: 13 abr. 2015.
- LOUREIRO, Francisco Eduardo. Código Civil Comentado, coord. Ministro Cezar Peluso. Barueri-SP: Manole, 5.ª ed., 2011.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros Públicos: teoria e prática, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 5.ª ed., 2014.
- MELO, Marcelo Augusto Santana de. O Direito à moradia e o papel do Registro de Imóveis na Regularização Fundiária, Revista de Direito Imobiliário. São Paulo: ed. RT, vol. 69, jul/2010.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: RT, 2009.
- MODANEZE, Jussara Citroni. A Usucapião Extrajudicial, Jornal Carta Forense abril/2015, p. B12.
- OLIVEIRA, Fernanda Loures de. A lei 11.977 e as novas bases da usucapião, Revista de Direito Privado, São Paulo: ed. RT, vol. 50/2012.
- OLIVEIRA, James Eduardo de. Constituição Federal Anotada e Comentada: doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- PAIVA, João Pedro Lamana. Novo CPC Introduce a Usucapião Extrajudicial no País, in http://irib.org.br/arquivos/biblioteca/Verso_correta_Artigo_Lamana_Paiva_Usucapiao_2.pdf, acesso em 20.04.2015.
- PENTEADO, Luciano de Camargo. Direito das Coisas. São Paulo: RT, 2.ª ed., 2012.
- Relatório Justiça em Números. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros>. Acesso em 01/09/2014.
- TAVARES, André Ramos. Desjudicialização. Carta Forense. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/desjudicializacao/10165>. Acesso em 24/04/2015.
- VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: direitos reais, São Paulo: Atlas, 3.ª ed., 2003.



GEO INTELIGÊNCIA SECOVI SP URBANA

A ferramenta que mapeia dados imobiliários, demográficos, sociais e ambientais continua indispensável para consultas, análises e decisões estratégicas dos profissionais do setor imobiliário:



Acesse o GeoSecovi e tenha em mãos a ferramenta mais ágil e precisa de inteligência urbana.

Terrenos de marinha e a linha do preamar médio do ano de 1831

Ângela Romiti

1. Introdução

“**R**eina o maior caos na insuficiente legislação sobre terrenos de marinha. Contam-se por centenas os avisos ministeriais, explicando, ampliando e alterando as disposições legais, concorrendo tudo para mais perturbar a matéria.”¹

Entre 8.500 km de zona costeira, concentra-se ¼ (um quarto) da população brasileira.

São cerca de 42 milhões de pessoas, distribuídas em aproximadamente 700.000 (setecentos mil) imóveis considerados como bens da União.

Trata-se de patrimônio público estimado em R\$192.000.000.000,00 (cento e noventa e dois bilhões de reais)².

Sob alegação de domínio da União, milhares de cidadãos possuem seus imóveis localizados nos denominados *terrenos de marinha*.

Incluídos pela Constituição Federal dentre os bens pertencentes à União (art. 20, VII), os terrenos de marinha são tema complexo, conquanto realidade nacional.

Sua definição, extraída do art. 2º do Decreto lei n. 9.760/46, é orientada pelos critérios temporal (preamar média do ano de 1831) e espacial (33 metros). Ou seja, sua delimitação está relacionada ao próprio conteúdo do conceito das marinhas.

São bens dominicais que constituem o patrimônio disponível da União.

Também conhecidos como *terras de marinha*, *salgados* ou *terras salgadas*, a primeira menção que se tem notícia - sob a alcunha de *salgados* - foi feita na Carta Régia de 4 de dezembro de 1678, embora as mais famosas datem de 21 de outubro de 1710 e 10 de janeiro de 1732.

Com vistas mais econômicas, do que de salvaguarda, percorridos séculos, a finalidade das marinhas brasileiras permanece inalterada: trata-se de importante fonte arrecadatória estatal.

À míngua de critérios seguros para determinação da linha de preamar média de 1831, cede-se espaço ao sistema de presunções, tomando-se por público o que é alodial, e vice-versa - ao arripio da lei.

Transcorridos mais de 180 anos da primeira referência

legal - e mais de 500 anos do descobrimento do Brasil - não há completa demarcação³.

Tal quadro permanece inalterado⁴.

Carente de idônea sistematização, a segurança jurídica cede espaço às interpretações arbitrárias e subjetivas, quer dos órgãos públicos, quer dos aplicadores do Direito.

Constatou-se, enfim, a premente necessidade do estudo em sede de dissertação de mestrado. Assim, ante a extensão do tema e na tentativa de trazer singela contribuição, restringiu-se o presente artigo ao estudo da linha da preamar média do ano de 1831, pois cerne da problemática.

2. A linha do preamar médio do ano de 1831

Derivado do latim “*plena mare*”, preamar significa média da maré cheia.

É fenômeno relacionado ao vai-e-vem das ondas - às marés.

Cientificamente, denomina-se maré a variação periódica ou oscilação do nível do mar, sob forte influência de forças astronômicas - *vis atractiva* luni-solar - ou mesmo pela força dos ventos, ou pressão.

Em verdade, é o resultado das forças gravitacionais exercidas entre Terra, Sol e Lua.

Assim, o nível das águas, em determinado ponto, sobe - *enchente* - até seu ponto máximo, o que se denomina preamar.

Da mesma sorte, também desce - *refluxo* -, ao que referimo-nos como baixamar.

À média aritmética entre as alturas de uma e outra (preamar e baixamar) chamamos de nível médio.

Regra geral, há duas preamares e duas baixamares por dia lunar, com marés do tipo diurno e intermediária.

Estas diferentes espécies de marés têm importância no aproveitamento e desprezo de valores, conforme prejudiquem ou não o resultado final dos níveis médios.

Sem embargo, há crescente variação global do nível do mar nos últimos séculos, influenciando diretamente nos níveis das marés e, por conseguinte, as alturas das preamares.

Vale dizer: a média da preamar atual não é a mesma do ano de 1831.

São diversos os fatores que contribuem para esta dis-

¹ J. X. Carvalho de Mendonça, “Os Terrenos de Marinha e os Interesses da União, dos Estados e das Municipalidades”, Revista O Direito, vol. 85, p. 87

² RODRIGUES, Rodrigo Marcos Antônio. Curso de terrenos de marinha e seus acrescidos. São Paulo: Nelpa, p. 93

³ SANTOS. Rosita de Sousa. Terras de Marinha, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 122

⁴ KIOITSI CHICUTA e outros, Terrenos de Marinha - Instituto Jurídico Tipicamente Brasileiro, IRIB, 2001, pg. 80.

crepância, tais como: diminuição da pressão atmosférica, aumento da quantidade de calor contida nos oceanos, diminuição da salinidade, aumento na componente dos ventos dirigidos à Terra e correntes litorâneas, modificações climáticas, dentre outros.

Estes elementos estão todos associados ao aumento crescente do nível do mar.

Desta sorte, a preamar média do ano de 1831 está, hoje, encoberta pelas águas do mar.

No que toca aos terrenos de marinha, além dos elementos naturais, existem, ainda, elementos acidentais que influenciam e dificultam a exata localização da linha preamar do ano de 1831.

Exemplo destes elementos acidentais são os aterros artificiais feitos nas praias de Santos para confecção dos jardins, já observados nas considerações feitas no agravo de petição nº 439, em outubro de 1948, ao Tribunal Regional de Recursos.

É neste sentido que afirmamos aliarem-se aos elementos naturais aqueles produtos das mãos do homem, como são exemplos os jardins e canais santistas.

Em síntese: a preamar atual, já afetada pelos inúmeros fenômenos naturais e, por vezes também os artificiais, dista daquela preamar utilizada como parâmetro legal (1831).

Sem embargo e, embora tenha havido tentativa de modificação deste critério pelo Decreto-lei 4.120/42 (art. 3º), utilizando-se como parâmetro a preamar máxima atual, retomou-se, com a edição do Decreto-lei 9.760/46, à tradição, mantendo-se como marco o ano de 1831.

Inseriu-se, conquanto, a ilegal ressalva contida no artigo 10: “*a determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou quando não obtidos, à época que do mesmo se aproxime.*”

A dificuldade de adoção do parâmetro, mesmo com a ressalva, levou a praxe administrativa da utilização da denominada linha de jundu.

Todavia, a vegetação de restinga (jundu) localiza-se bastante à frente da linha da preamar do ano de 1831, apenas considerando-se o aumento do nível do mar, sem qualquer consideração sobre os aterros artificiais.

Ou seja, na ausência de elementos aptos à demarcação da linha da preamar de 1831, tal linha é utilizada – ilegalmente – em suprimento ao parâmetro legal, como já se observava nas instruções dadas pelo ofício nº 155, de 14 de setembro de 1903.

Desta forma, usurpam-se terras privadas, tomando-se por públicas, cobrando de diversos cidadãos foro, laudêmio e taxas de ocupação, indevidos.

3. Conclusão

Preamar é o auge da maré cheia e contrapõe-se a baixamar. Preamar médio é a linha, traço ou vestígio deixado na praia pelo bater incessante e contínuo das águas do mar.

Assim, a linha do preamar médio é o traço ou vestígio deixado na praia pelo bater incessante e contínuo das águas do mar, a ser medido em uma ou várias lunações e calculado como média aritmética das maiores enchentes ordinárias compreendidas neste período.

O legislador optou pelo ano de 1831 como critério tem-

poral para mensuração.

Além da determinação da linha da preamar, a localização exata dos terrenos de marinha está a depender de outro critério informativo: o espacial (33 metros).

Diga-se, *a limine*, que a extensão das faixas marginais há de ser contada da linha do preamar médio do ano de 1831 em direção à terra, na medida de 33 metros.

Assim, tal método, como demonstrado, senão impraticável, é de difícil aplicação.

A dificuldade criada pela utilização da linha da preamar média do ano de 1831 culmina na utilização de critérios – afora os legais – tomando-se por público o que é particular.

Em suma: é possível afirmar com grau satisfatório de certeza que os terrenos de marinha localizados na zona costeira brasileira encontram-se submersos, ante o avanço do nível do mar, sendo ilegais cobranças de foro, laudêmio ou taxa de ocupação destes imóveis.

Bibliografia

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda. Direito das Cousas. Rio de Janeiro: J. Ribeiro dos Santos, 1908.

ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. vol I e II, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ARNAOUTOGLU, Ilias. Leis da Grécia Antiga. Tradução Ordep Trindade Serra e Rosiléa Pizarro Carnelós, São Paulo: Odysseus, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

BEIRANTE, Maria Ângela. O Tejo na construção do Poder Real na idade média portuguesa – de D. Afonso I à D. João I, Revista da Faculdade de Letras

BEVILACQUA, Clovis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado. 7ª tiragem, edição histórica, Rio de Janeiro: Editora Rio.

CANTARELLA, Eva. Diritto Romano, istituzioni e storia. Milano: Mondadori Education S.P.A., 2010.

CASTRO, Juliana Maria Cerutti. PASTORE, Rodrigo Reis. Terrenos de Marinha: Abordagem Catarinense de um problema nacional. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19224-19225-1-PB.htm>

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de Direito Administrativo. vol. III, 3ª ed., Livraria Freita Bastos, 1956.

CORDEIRO, Menezes de. Direitos Reais. vol. I. Imprensa Nacional, Casa da Moeda, 1979

CORDEIRO, Menezes de. Tratado de Direito Civil I. Parte Geral. Tomo II, Coisas, 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

CARNEIRO, Manoel Borges. Resumo Chronologico das leis mais uteis no foro e uso da vida civil. Tomo I, 1818.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil. vol. IV, 8ª ed.,

- São Paulo: Saraiva, 1993. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- FRAGA, Alvaro Moreira Carlos. Direitos Reais. Lisboa: Livraria Almedina.
- FREITAS, Mariana Almeida Passos. Zona Costeira e meio ambiente. Dissertação de Mestrado. Paraná: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2006 (Disponível em www.comiteitajai.org.br:8080/bitstream/123456789/259/1/FREITAS_Mariana_Almeida_Passos_de.pdf, acesso aos 01-05-2012)
- GARCIA, Paulo. Terras Devolutas. Livraria Oscar Nicolai, 1958.
- GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de Direito Civil. vol. IX, Tomo I, 2ª ed., São Paulo: Max Limonad, 1956.
- GUIMARÃES, João de Freitas. Vocabulário Etimológico do Direito. Santos: Gráfica Atribuna, 1991.
- HOUAISS, Antônio. Dicionário Houaiss. 1ª ed., Rio de Janeiro: Objetiva, 1962.
- LIMA, Ruy Cirne. Sesmarias e Terras Devolutas (parecer). Porto Alegre: Oficinas Gráfica Thrumann, 1931.
- LIMA, Obéde Pereira de. Terrenos de Marinha e seus acréscidos: localização, demarcação destes bens pela União pelo método científico versus critérios adotados pela União (disponível em www.sosterrenosdemarinha.org.br, acesso em 01-05-2012)
- MADALENO, Isabel Maria. Companhia das Lezírias: passado e futuro. Hispania nova, revista de historia contemporânea. Disponível em: <http://hispanianova.rediris.es/6/articulos/6a001.pdf>
- MADRUGA, Manoel. Terrenos de Marinha. vol 1 e 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1928.
- MEIRELLES, Hely Lopes. Curso de Direito Administrativo. 3ª ed., São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1954.
- MELLO, Lia dos Reis. PUGLIESE, Roberto J.. Dos terrenos de marinha e seus acréscidos. São Paulo: Letras Jurídica, 2009.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de, “Os Terrenos de Marinha e os Interesses da União, dos Estados e das Municipalidades”, Revista O Direito, vol. 85, p. 87
- MORENO, J.F.. Enfitese. Departamento Jurídico da Prefeitura de São Paulo, Procuradoria Judicial, 1943.
- KIOITSI CHICUTA, Terrenos de Marinha – Instituto Tipicamente Brasileiro, IRIB, 2001.
- OTÁVIO, Rodrigo. Do domínio da União e dos Estados segundo a Constituição Federal. 2ª ed., São Paulo: Livraria Acadêmica, Saraiva & Editores, Largo do Ouvidor, SB, 1942.
- PETIT, Eugène. Tratado Elementar de Direito Romano. Tradução: Jorge Luís Custódio Porto, Adaptação e notas de Gama, Ricardo Rodrigues, 1ª ed., Campinas: Russel, 2003.
- PIRRO, Vito de. Della enfiteusi, 2ª ed., Milão: Societa Editrice Libreria, 1907.
- PUGLIESE, Roberto J. O patrimônio imobiliário da União e o ordenamento jurídico. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16437/o-patrimonio-imobiliario-da-uniao-federal-e-o-ordenamento-juridico>
- RIBEIRO, Benedito Silvério Ribeiro. Tratado de Usucapião. Vol. 1, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998
- RIBEIRO, J.. Da Emphyteuse ou Aforamento. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos editor, 1923.
- RODRIGUES, Jorge Martins. A lei e a realidade na questão dos terrenos de marinha. Publicado no jornal A tribuna, em 28-09-1976.
- RODRIGUES, Rodrigo Marcos Antonio. Curso de terrenos de marinha e seus acréscidos. São Paulo: Nelpa, 2012.
- ROLIM, Luiz Antônio. Instituições de Direito Romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROMITI, Mário Müller. Terrenos de Marinha. Revista do Advogado. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, n. 62, 2001.
- SAVIGNY, Friedrich Carl Von. Sistema de direito romano atual. vol. VIII, Tradução Ciro Mioranza, Uruijui: editora Ijjuí, 2004.
- SANTOS. Rosita de Sousa. Terras de Marinha. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- SILVA, Nuno J. Espinosa Gomes da. História do Direito Português. 5ª ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2011.
- TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres). 2º vol., Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- VALDEAVELLANO, Luis G.. Estudios Medievales de Derecho Privado. Sevilla: Publicaciones de La Universidad de Sevilla, 1977.
- VARELLA, Antunes. Código Civil Anotado. vol. III, Lisboa: Coimbra Editora Limitada, 1987
- VENTURA, Leontina. Oliveira, Antonio Resende de. Chancelaria de D. Afonso III, Livro II e III. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.
- Revista de Direito Administrativo, vol. 2
- WALD, Arnoldo. Direito Civil: direito das coisas, vol. 4, São Paulo: Saraiva, 12ª ed., 2009.

Milenium. O local perfeito para seu evento.



Espaços moduláveis e versáteis.

- Palestras • Coletivas de imprensa • Convenções de vendas • Coquetéis
- Lançamento de produtos • Confraternizações • Entre outros

Infraestrutura completa



Estacionamento coberto
com manobrista



Segurança monitorada
24 horas



Serviço de buffet



Equipamentos
e suporte técnico

Milenium, vários espaços e configurações em um dos endereços mais privilegiados de São Paulo.
Rua Dr. Bacelar, 1.043 - Vila Mariana - São Paulo (Estacionamento - Rua Luís Góis, 2.100)



5 minutos do
Aeroporto de Congonhas



Perto do Metrô
Santa Cruz



Fácil acesso com várias
alternativas de rotas



Cercado por ampla
rede de hotéis

Informações e agendamento de visitas
pelo tel.: (11) 5591-1271 ou milenium@espacomilenium.com.br



Milenium
CENTRO DE CONVENÇÕES

www.espacomilenium.com.br

Infrações penais previstas na Lei de Incorporação Imobiliária

Antonio Carlos da Ponte

O Direito Penal vem passando por uma série de mudanças bruscas e enfrentando novos desafios nos últimos anos. Se é verdade que o Direito Penal tradicional até o momento vem se mostrando competente no enfrentamento de formas tradicionais de criminalidade, ligadas aos crimes naturais, salvaguardando bens jurídicos como vida, integridade física, liberdade individual, fé pública, patrimônio etc., não é incorreto afirmar que novas formas de criminalidade demandam preocupação, posto que o Direito Penal, tal como conhecido até então, não consegue atingir seus objetivos e, tampouco, cumprir o papel que lhe fora destinado, mormente diante dos mandados de criminalização contidos na Constituição Federal de 1988¹.

A proteção a bens jurídico-penais difusos e coletivos exige um Direito Penal prospectivo, célere, atento aos avanços sociais e às novas tecnologias; não retrospectivo, aguardando serenamente a lesão para avaliar até que ponto será justificada sua atuação. Formas de criminalidade, até então desconhecidas, também demandam a reavaliação de alguns conceitos fixados ao longo de gerações.

As novas formas de criminalidade convidam à reflexão sobre a necessidade ou não de flexibilização de algumas garantias, duramente conquistadas. O problema reside em estabelecer o limite. Até que ponto flexibilizar? A flexibilização desenfreada não pode levar a adoção de um modelo de Estado policial, no qual o medo e a

insegurança assumam o lugar da cidadania na sua mais pura concepção.

Tais questões devem ser analisadas com cautela, e a resposta a cada uma delas deverá ser construída com olhar maduro e comprometido com o modelo de um sistema punitivo próprio de um Estado Democrático de Direito².

A criação desenfreada de tipos penais provoca não apenas uma espécie de inflação legislativa, mas também estimula a falsa concepção de que mudança social e o primado da segurança pública podem ser alcançados com a pueril associação da iniciativa do legislador à pena forte do aplicador da lei. Ledo engano.

O Direito Penal pode auxiliar no processo de transformação social, desde que irmanado a algumas políticas públicas e comprometido com a construção de política criminal de Estado.

Afigura-se como imperioso, nesse desiderato, a acolhida do princípio da codificação, remetendo ao corpo do Código Penal a proteção de bens jurídicos relevantes, que não encontrem em outros ramos do Direito salvaguarda.

Existem fatores positivos e negativos, tanto na codificação quanto na não codificação.

A codificação permite o desenvolvimento de um projeto político-criminal homogêneo, que deve obedecer a uma sistematização e estar em consonância com os princípios gerais atinentes ao Direito Penal. A harmonia propiciada pela codificação é evidente, na medida em que os microsistemas e subsis-

¹ A Constituição Federal brasileira, seguindo o modelo de algumas constituições europeias, como as da Alemanha, Espanha, Itália, França e da própria Comunidade Europeia, estabelece mandados explícitos e implícitos de criminalização.

Os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral.

Os mandados explícitos de criminalização contidos em nossa Constituição Federal são encontrados nos artigos 5º, incisos XLII (racismo), XLIII (tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e crimes hediondos) e XLIV (ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado democrático), e § 3º (os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais); 7º, inciso X (retenção dolosa do salário dos trabalhadores); 227, § 4º (abuso, violência e a exploração sexual contra criança ou adolescente); e 225 (condutas lesivas ao meio ambiente). Os mandados implícitos, por seu turno, resultam da conjugação dos artigos 1º e 3º da Carta Magna.

² A concepção de Estado adotada está diretamente ligada a um dado sistema punitivo, que se manifesta sobretudo por intermédio do Direito Penal. Assim, como acentua Vicente Greco Filho, “é certo que a concepção filosófica de determinada sociedade e, portanto, de determinado direito pode influir na maior ou menor dosagem de faculdades individuais, mesmo porque pode variar a própria concepção que se faça da pessoa humana, seu destino, suas necessidades, sua essência espiritual ou material etc.” (Manual de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 10).

O Direito Penal de um Estado Democrático de Direito deve ser um Direito Penal material, e não meramente formal, guiando-se por “considerações axiológicas de Justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem”, reconhecendo-lhe, nas palavras de Figueiredo Dias, “a liberdade ‘de o ser’ e lhe queira possibilitar a liberdade ‘para o ser’” (Direito Penal e Estado de Direito Material - sobre o método, a constatação e o sentido da doutrina geral do crime – In: Revista de Direito Penal, nº 31, jan./jun., 1981, p. 39. Rio de Janeiro, Forense, 1982).

temas são regidos pela parte geral do Código Penal, não permitindo dispersão e, tampouco, o próprio desconhecimento da lei.

A não-codificação, por seu turno, está compromissada com constantes estados de emergência, permitindo que a cada situação ou fenômeno novo, o legislador penal atue imediatamente, não ficando à mercê de novas formas de criminalidade que não se adaptam ao Código Penal e ficam à espera de regulamentação. Ademais, a legislação extravagante, dadas suas particularidades e especificidades, permite um enfrentamento mais técnico da matéria, além de sua melhor compreensão.

É evidente que a não-codificação atende melhor aos interesses dos governantes que, por intermédio de medidas paliativas, sem maior relevo e desprovidas de qualquer compromisso com a efetiva solução do problema, procedem a constantes modificações na lei penal, fornecendo a falsa imagem de que a legislação penal acompanha em tempo real as constantes modificações do mundo globalizado. Infelizmente, há muito o princípio da codificação foi abandonado pelo Direito Penal brasileiro, o que justifica o estado de incerteza vivenciado pelos profissionais que atuam na área.

Com a acolhida do princípio da codificação, certamente, várias dúvidas recorrentes relativas às infrações penais previstas na Lei nº 5.971/64 inexistiriam.

I – Infrações penais previstas na lei de incorporação imobiliária

A lei de incorporação imobiliária, embora conte com 70 artigos, prevê apenas seis infrações penais, uma considerada como crime, passível de suspensão condicional do processo, e outras cinco classificadas como contravenções penais, ou seja, infrações penais de pequeno potencial ofensivo, que admitem, portanto, medidas despenalizadoras como a composição civil, a transação penal e, em última análise, a suspensão condicional do processo.

Numa leitura preliminar dos dispositivos penais, há certa tendência para descriminalização das condutas consideradas como contravenções penais, dado o pequeno papel que lhes é reservado. O Direito administrativo sancionador, por certo, cuidaria melhor dos comportamentos ali descritos, oferecendo resposta jurisdicional muito mais rápida e condizente.

Com efeito, propugna o princípio da intervenção mínima, que o Direito Penal deve ter caráter subsidiário, devendo atuar como *ultima ratio legis*, depois que todos os outros ramos do Direito tenham se mostrado inócuos e incapazes de salvaguardar bens jurídico-penais relevantes. A criação abusiva, excessiva e pouco criteriosa de infrações penais esvazia o poder intimidatório do Estado, representado pela aplicação da pena.

Cabe observar que o princípio da intervenção mínima está diretamente ligado a um outro princípio, qual seja, o da lesividade ou ofensividade. Somente bens jurídicos realmente relevantes devem ser objeto de proteção por parte do legislador penal, que não deve se preocupar com bens jurídicos que encontrem salvaguarda em outros ramos do Direito.

Luigi Ferrajoli advoga que deveria ser efetivado um re-dimensionamento racional do Direito Penal, com “*a despenalização de todas as contravenções, compreendidas aquelas punidas com a prisão, assim como de todos os delitos punidos com multa mesmo se em alternativa à reclusão*”³.

Embora radicalizada na extensão, a proposta merece reflexão. Algumas contravenções penais, acompanhadas de um pequeno número de delitos punidos com multa, deveriam ser realmente repensados. A análise conjuntural do ordenamento jurídico permite inferir que alguns bens ou interesses são protegidos de forma mais eficiente e consistente por outros ramos do Direito, do que pelo próprio Direito Penal.

Quanto ao crime previsto no artigo 65 da Lei de Incorporação Imobiliária, sua análise leva à conclusão totalmente oposta.

O legislador penal brasileiro criou tal tipo penal em 1964, com ótica voltada à realidade absolutamente distinta da hoje vivenciada. Naquela época, não existiam infrações penais de pequeno potencial ofensivo, o Direito Penal brasileiro ainda estava centrado na aplicação da pena privativa de liberdade compromissada com a retribuição e a intimidação. As penas restritivas de direitos afiguravam-se como utopia distante e despropositada da realidade brasileira.

O poder intimidatório do crime previsto no artigo 65 não resistiu ao tempo e hoje sua manutenção, do modo como se encontra delineado, consiste em afronta ao princípio da proporcionalidade⁴. A resposta penal prevista pelo legislador é insuficiente e o prejuízo social causado pela conduta do

³ *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paula Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Tavares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

⁴ *O princípio da proporcionalidade prega que na relação entre infração penal e pena deva existir um equilíbrio abstrato feito pelo legislador – daí a necessidade de comunicação entre o mínimo e o máximo legal -, e concreto realizado pelo juiz de direito, que deverá fixar o patamar considerado como justo a título de reprimenda, tomando por referência o bem jurídico atingido e a intensidade em que se deu a violação.*

A proibição do excesso é uma norma não explícita na maior parte das Constituições, mas que decorre de um Estado de Direito. De acordo com Gilmar Mendes Ferreira, “a doutrina identifica como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso (Verhältnismässigkeitsprinzip; Übermassverbot), que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins. No Direito Constitucional alemão outorga-se ao princípio da proporcionalidade (Verhältnismässigkeit) ou ao princípio da proibição de excesso (Übermassverbot) qualidade de norma constitucional não escrita, derivada do Estado de Direito” (Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004, p. 47).

O princípio da proporcionalidade, por fim, busca delimitar a discricionariedade do aplicador da lei, fazendo com que haja efetiva vinculação de seus atos, decorrentes do exercício de importante função estatal, à Constituição Federal. Nas palavras de Lenio Luiz Streck, “... a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos” (A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. In: Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 97, mar. 2005, p. 180).

agente exigem um novo equacionamento da infração.

Novas formas de criminalidade, como destacado, demandam novos mecanismos, sem, contudo, descuidar da observância aos princípios constitucionais penais. Como bem apanhado por Winfried Hassemer, “o conflito entre a modernidade e o conservadorismo no Direito Penal atual é inevitável e muito difícil de ser solucionado. Ambos os polos têm sua justificação. Uma política criminal racional consiste em perseguir o conflito em suas ramificações juridicamente positivas, elaborar um equilíbrio entre a modernidade e o conservadorismo – que nas instituições juridicamente positivas provavelmente terão aspectos diferentes – e deixar aberta a solução da discussão geral e da correção”.⁵

II – Análise crítica dos artigos 65 e 66 da Lei nº 4.591/64

A Lei nº 4.591/64, no âmbito penal, cuida especificamente de infrações relacionadas a condomínios em edificações, que não importem em parcelamento do solo urbano. Ocorrendo hipótese contrária – parcelamento do solo urbano –, aplica-se a Lei nº 6.766/79, em atenção ao princípio da especialidade.

Estabelece o artigo 65 da Lei nº 4.591/64:

Art. 65. É crime contra a economia popular promover incorporação, fazendo, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção do condomínio, alienação das frações ideais do terreno ou sobre a construção das edificações.

Pena – reclusão de um a quatro anos e multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo legal vigente no País.

§ 1º Incorrem na mesma pena:

I – o incorporador; o corretor e o construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio, alienação das frações ideais ou sobre a construção das edificações;

II – o incorporador; o corretor e o consultor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados.

(...)

1. Tipo objetivo

Trata o artigo 65 da Lei nº 4.591/64 de crime de ação múltipla ou conteúdo variado, na medida em que o legislador aponta várias condutas como in-

criminadas, e o agente, ainda que venha praticar mais do que um comportamento proibido, responderá uma única vez pela infração.

Pune o legislador, no *caput* do artigo 65, as seguintes condutas: a-) promover incorporação, fazendo em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados afirmação falsa sobre a construção do condomínio; b-) promover incorporação, fazendo em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a alienação das frações ideais do terreno; e c-) promover incorporação, fazendo em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou aos interessados, afirmação falsa sobre a construção das edificações.

O § 1º, inciso I, do artigo 65, veda os seguintes comportamentos: a-) a conduta do incorporador, do corretor e do construtor, individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a constituição do condomínio; b-) a conduta do incorporador, do corretor e do construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre alienação das frações ideais; c-) a conduta do incorporador, do corretor e do construtor, individuais bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva incorporadora, corretora ou construtora que, em proposta, contrato, publicidade, prospecto, relatório, parecer, balanço ou comunicação ao público ou aos condôminos, candidatos ou subscritores de unidades, fizerem afirmação falsa sobre a construção das edificações.

Por fim, pune o legislador, no inciso II, do § 1º do artigo 65, o incorporador, o corretor e o construtor individuais, bem como os diretores ou gerentes de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora que usar, ainda que a título de empréstimo, em proveito próprio ou de terceiros, bens ou haveres destinados a incorporação contratada por administração, sem prévia autorização dos interessados.

O mencionado delito manifesta-se unicamente na forma comissiva, não admitindo as formas omissiva e comissiva por omissão⁶.

2. Elemento subjetivo

Referido crime, no que tange às condutas descritas no *caput* e no § 1, inciso I e II, exige dolo direto por parte do agente. Não é admitida a modalidade culposa.

A imputação e eventual condenação pela prática do de-

⁵ *Introdução aos fundamentos do Direito Penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. 2ª ed. Alemã Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 337.

⁶ Crimes comissivos são aqueles em que o legislador pune o comportamento positivo, consistente em um fazer. Crimes omissivos puros ou próprios são todos aqueles em que o legislador pune a abstenção (não fazer). A regra em relação a tais delitos é que o agente não tem o dever legal de agir, mas o dever moral, ético de agir. Por fim, existem os crimes comissivos por omissão, que se caracterizam pela previsão de uma conduta positiva, cujo resultado é alcançado em decorrência da abstenção daquele que tinha o dever legal de agir. O artigo 13, § 2º, do Código Penal cuida das hipóteses em que a omissão é considerada relevante.

lito previsto no inciso II, do § 1º, do artigo 65, exige comedimento e ponderação, para que, na prática, não se adote a responsabilidade objetiva penal, levando-se em conta o resultado jurídico produzido, sem qualquer perquirição acerca da existência de dolo ou de culpa.

3. Sujeito ativo

O artigo em comento cuida de crime próprio⁷, que só pode ser praticado pelo incorporador, corretor, construtor individual, diretor ou gerente de empresa coletiva, incorporadora, corretora ou construtora.

Entende-se como incorporador, para fins penais, a pessoa física ou o representante legal da 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 o 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 concluídas⁸.

O indigitado crime admite a coautoria e a participação do particular, diante do que estabelece o artigo 30 do Código Penal⁹.

Pessoa jurídica não pode figurar como sujeito ativo da infração.

Com efeito, estabelecem os artigos 173, § 5º, e 225, § 3º, ambos da Constituição Federal, que a pessoa jurídica será responsabilizada civil e criminalmente, por atos cometidos contra a ordem econômica, o sistema financeiro, a economia popular e o meio ambiente. Por sua vez, o artigo 3º, *caput*, da Lei nº 9.605/98¹⁰ dispõe que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente nos casos em que a infração for cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Em se tratando de crimes ambientais, diante da expressa previsão legal, a pessoa jurídica sofrerá pena compatível com a sua natureza, não se olvidando que a responsabilidade das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes dos fatos não será excluída.

Ainda hoje perdura a discussão a respeito da possibilidade ou não de a pessoa jurídica figurar como agente criminoso. Existem duas correntes na doutrina e jurisprudência que, em apertada síntese, pregam:

a-) Pessoa jurídica não pode figurar como sujeito ativo de qualquer infração penal (*societas delinquere non potest*), na medida em que crime pressupõe conduta humana e pessoa jurídica não pratica conduta humana, mas sim seus representantes legais.

Não bastasse a limitação indicada, aduzem os adeptos dessa primeira corrente que a pessoa jurídica pode ser de direito público ou de direito privado, e ao adotar-se a ideia

de sua incriminação, o Estado, em tese, poderia cometer um crime em face dele mesmo, ficando, ainda, encarregado de estabelecer em que termos poderia se dar ou não sua punição; o que não se afiguraria como razoável.

A pessoa jurídica criminosa encontra dificuldades também em relação ao elemento subjetivo, posto que não pratica conduta, mas mesmo sendo superado tal obstáculo, não haveria como imputar-lhe dolo ou culpa em relação ao seu eventual “comportamento”. Na mesma linha, não haveria como se observar o princípio da personalidade das penas na sua incriminação e, tampouco, cogitar de sua ressocialização. O processo penal em si também restaria prejudicado, mormente quando houvesse colisão entre seus interesses e os de seus representantes legais.

b-) Pessoa jurídica como sujeito ativo nos crimes contra a ordem econômica, o sistema financeiro, a economia popular e o meio ambiente (*societas delinquere potest*).

Os defensores dessa segunda corrente sustentam que a pessoa jurídica atua em coautoria com quem a representa, figurando como autora mediata de crimes, na medida em que detém o domínio final do fato e, conseqüentemente, obriga seus empregados a praticarem a conduta delituosa, sempre em seu benefício.

Partidários desse posicionamento aduzem que a incursão penal da pessoa jurídica fica restrita aos delitos ambientais, na medida em que inexistente regulamentação para punição da pessoa jurídica por delitos cometidos contra a ordem econômica, o sistema financeiro e a economia popular. Diante de tal quadro, torna-se forçoso concluir que os representantes legais do incorporador imobiliário, desde que tenham agido com dolo, é que poderão, em tese, ser responsabilizados pelo crime previsto no artigo 65 da Lei nº 4.591/64.

4. Sujeito passivo

Sujeito passivo do crime em apreço é a coletividade.

5. Objetividade jurídica

Os bens ou interesses protegidos pela lei penal no artigo 65 da Lei de Incorporação Imobiliária são a fé pública¹¹ e a economia popular.

6. Consumação e tentativa

Os crimes quanto ao resultado são classificados em crimes materiais, formais e de mera conduta ou simples atividade.

Crimes materiais são todos aqueles em que o legislador descreve conduta e resultado, os quais se consumam com a produção do resultado. Os crimes materiais, necessariamente, admitem a tentativa¹².

⁸ Artigo 29 da Lei nº 4.591/64.

⁹ Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

¹⁰ Lei Ambiental.

¹¹ Heleno Cláudio Fragoso define fé pública como “a confiança que impõem certos objetos, declarações, símbolos ou formas exteriores, por força do costume e das exigências da vida social” (*Lições de Direito Penal. 5ª ed. Forense, Rio de Janeiro, 1986, v. II, p. 290*).

Crimes formais ou de consumação antecipada, por seu turno, são aqueles em que o legislador descreve conduta e resultado, os quais se consomem por ocasião da prática da conduta, independentemente, da obtenção do resultado. Existem crimes formais que admitem a tentativa, enquanto outros não¹².

Por fim, crimes de mera conduta ou simples atividade que são aqueles em que o legislador limita-se a descrever o comportamento proibido. Tais crimes, como regra, são unissubsistentes¹⁴, não admitindo, portanto, a tentativa.

Cuida o artigo 65 da Lei de Incorporação Imobiliária de crime formal que não admite a tentativa. “*Trata-se de crime contra a economia popular, de caráter formal e consumação instantânea, que se aperfeiçoa com a simples divulgação de falsa afirmação sobre a construção das edificações, em proposta, contratos, prospectos ou comunicação ao público ou interessados. ‘É desnecessário – escreve Celso Delmanto – ‘saber se o incorporador obteve lucro, ou não, com o comportamento, ou se o ato causou efetivo dano a alguém. Como faz em certas ocasiões, o legislador antecipa-se ao prejuízo que a ação poderia causar e manda reprimir a mera possibilidade da sua ocorrência’ (Infrações Penais na Incorporação, Loteamento e Corretagem de Imóveis, pág. 28, ed. Saraiva, 1976)*”¹⁵.

Representa o artigo 65 crime de perigo abstrato que, embora possa trazer dano efetivo às pessoas ou à comunidade social atingida, não se perfaz com a produção do resultado, bastando, à sua caracterização, a possibilidade que isso aconteça, em decorrência da não atenção aos deveres de cuidado inerentes aos bens que se buscam proteger.

O artigo 66 da Lei nº 4.591/64, por sua vez, cuida de cinco contravenções penais, cominando exclusivamente a pena de multa aos seus autores. Possui a seguinte redação:

Art. 66. São contravenções relativas à economia popular; puníveis na forma do artigo 10 da Lei nº 1.521, de 26

de dezembro de 1951:

I – negociar o incorporador frações ideais de terreno, sem previamente satisfazer às exigências constantes desta Lei;

II – omitir o incorporador, em qualquer documento de ajuste, as indicações a que se referem os artigos 37 e 38, desta Lei¹⁶;

III – deixar o incorporador, sem justa causa, no prazo do artigo 35 e ressalvada a hipótese de seus §§ 2º e 3º, de promover a celebração do contrato relativo à fração ideal de terreno, do contrato de construção ou da convenção de condomínio¹⁷;

IV – (vetado).

V – omitir o incorporador, no contrato, a indicação a que se refere o § 5º do artigo 55, desta Lei¹⁸;

VI – paralisar o incorporador a obra, por mais de 30 dias, ou retardar-lhe excessivamente o andamento sem justa causa.

Pena – Multa de 5 a 20 vezes o maior salário mínimo legal vigente no País.

Parágrafo único. No caso de contratos relativos a incorporações, de que não participe o incorporador, responderão solidariamente pelas faltas capituladas neste artigo o construtor; o corretor; o proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem no contrato, com direito regressivo sobre o incorporador; se as faltas cometidas lhe forem imputáveis.

Todas as condutas descritas como contravenções penais poderiam caracterizar simples infrações administrativas, na medida em que o poder de lesividade de cada uma delas mostra-se insignificante. A opção feita pelo legislador, decisivamente, não se afigurou como a melhor.

O princípio da lesividade, considerado como chave para o Direito Penal liberal¹⁹, tem como fundamento que um determinado fato só pode ser considerado crimino-

¹² Exceção ocorre por conta do crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio, previsto no artigo 122 do Código Penal. Trata-se de crime material que não admite a tentativa.

¹³ Exemplo elucidativo a respeito da possibilidade ou não da tentativa nos crimes formais pode ser extraído do artigo 342 do Código Penal, que cuida do falso testemunho e da falsa perícia. Ambos são crimes formais, sendo que o falso testemunho não admite a tentativa, enquanto a falsa perícia a admite.

¹⁴ Conduta integrada por um único ato.

Habeas Corpus nº 65.870-9 – STF – rel. Min. Sydney Sanches, j. 22.11.1988.

¹⁵ Art. 37. Se o imóvel estiver gravado de ônus real ou fiscal ou se contra os alienantes houver ação que possa comprometê-lo, o fato será obrigatoriamente mencionado em todos os documentos de ajuste, com a indicação de sua natureza e das condições de liberação.

¹⁶ Art. 38. Também constará, obrigatoriamente, dos documentos de ajuste, se for o caso, o fato de encontrar-se ocupado o imóvel, esclarecendo-se a que título se deve esta ocupação e quais as condições de desocupação.

¹⁷ Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal do terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea ‘i’ do art. 32.

(...)

§ 2º Quando houver prazo de carência, a obrigação somente deixará de existir se o incorporador tiver denunciado, dentro do mesmo prazo e condições previamente estabelecidas, por escrito, ao Registro de Imóveis, a não concretização do empreendimento.

§ 3º Se, dentro do prazo de carência, o incorporador não denunciar a incorporação, embora não se tenham reunido as condições a que se refere o § 1º, o outorgante do mandato de que trata o § 1º, do art. 31, poderá fazê-lo nos cinco dias subsequentes ao prazo de carência, e nesse caso ficará solidariamente responsável com o incorporador pela devolução das quantias que os adquirentes ou candidato à aquisição houverem entregue ao incorporador, resguardado o direito de regresso sobre eles, dispensando-se, então, do cumprimento da obrigação fixada no ‘caput’ deste artigo.

(...)

¹⁸ Art. 55. Nas incorporações em que a construção seja feita pelo regime de empreitada, esta poderá ser a preço fixo, ou a preço reajustável por índices previamente determinados.

(...)

§ 5º No contrato deverá ser mencionado o montante do orçamento atualizado da obra, calculado de acordo com as normas do inciso III, do art. 53, com base nos custos unitários referidos no art. 54, quando o preço estipulado for inferior ao mesmo.

so se for ofensivo ou se oferecer perigo concreto, efetivo e real a um dado bem jurídico protegido. Delimita tal princípio a tutela penal, na medida em que sua natureza constitucional deve impedir o legislador de criar normas penais relacionadas a fatos indiferentes, absolutamente inofensivos. Em contrapartida, confere ao juiz a obrigação de desconsiderar aquelas condutas que, apesar de tipificadas, traduzem indiferentes penais²⁰. Nas palavras de Luiz Flávio Gomes, “*é uma função que pretende ter natureza ‘material’ e significa constatar ‘ex post factum’ a concreta presença de uma lesão ou de um perigo concreto de lesão ao bem jurídico protegido*”.

Sob o prisma exclusivamente dogmático, as contravenções penais caracterizam infrações penais de mera conduta ou simples atividade, que não admitem a tentativa, e convivem apenas com o dolo do agente. Basta a realização da conduta por parte do autor para caracterização da infração.

A análise do artigo 66, contudo, permite concluir pela inaplicabilidade de seu § único, que representa resquício concreto da chamada responsabilidade objetiva, tão combatida no Direito Penal. Não há como se presumir dolo do construtor, corretor, proprietário ou titular de direitos aquisitivos do terreno, desde que figurem nos contratos relativos à incorporação, de que não participe o incorporador.

Nesse aspecto, o legislador foi além, confundindo responsabilidade civil com responsabilidade penal.

III – Proposta de alteração legislativa

As incorporações imobiliárias sofreram nas últimas décadas consideráveis avanços e, conseqüentemente, passaram a exigir preocupações antes não divisadas. Esse processo não foi isolado e, tampouco, concluído. Novos desafios surgirão e a proteção, atendendo a outros referenciais, de incorporadores e incorporados também afigura-se necessária.

Estabelecer à luz de uma realidade estática formas de proteção a bens jurídicos relevantes não é o melhor caminho a ser adotado. Por outro lado, não se apresenta satisfatória a construção de tipos penais calcados em problema-

tizações oriundas de um olhar estático ou, quando muito, previsível. O trabalho a ser desenvolvido exige a utilização de tipos penais abertos²¹ e normas penais em branco²² como ferramentas indispensáveis ao enfrentamento das questões atuais e mecanismos eficazes, num futuro próximo, ao enfrentamento de situações hoje não visualizadas.

As normas penais em branco e os tipos penais abertos não envelhecem com o tempo, muito ao contrário, mostram-se sempre hígidos, atuando como antídoto em face das lacunas ontológicas e axiológicas²³.

A diminuição significativa de espaços urbanos; a necessidade de proteção dos recursos naturais existentes e o desafio de encontrar novas formas de energia; o agravamento de problemas urbanos crônicos; a ausência de áreas de lazer frente a uma crescente e desenfreada demanda; o agravamento das relações de vizinhança etc., são indicativos de que a norma penal estática não atende as demandas provenientes de um campo em constante crescimento e mutação.

No âmbito penal, as incorporações imobiliárias exigem um novo tratamento, ainda que dispensado o princípio da codificação, por opção do legislador. A construção de tipos penais abertos, de normas penais em branco, a acolhida dos princípios da intervenção mínima, proporcionalidade e lesividade, entre outros, e a eleição criteriosa dos bens e interesses que merecem proteção, indicam o caminho a ser seguido, observadas as características de um modelo democrático, que trabalha com a punição como exceção.

Nesse quadro, não se deve olvidar que no Estado Democrático de Direito, o Direito Penal exerce duplo papel, ora atuando como defensor intransigente dos valores sociais mais caros, ora buscando adaptar a dogmática aos anseios constitucionais, que bem refletem as aspirações da coletividade. Em tal complexo contexto, o papel constitucional atribuído ao magistrado – aplicador da lei – quando da análise do caso concreto, não é o de “boca da lei”, tal como apregoava Montesquieu, mas de profissional do Direito responsável pela manipulação criativa do texto legal ou da dogmática pura. Essa tarefa exige muito mais do que conhecimento jurídico; exige a compreensão filosófica da Ciência Penal, numa estrutura sistêmica que atenda ao apelo constitucional.

O papel constitucional destinado ao Direito Penal não

¹⁹ SILVESTRONI, Mariano H. *Teoria Constitucional del Delito*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004, p. 145.

²⁰ PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989.

²¹ *Tipos penais abertos são todos aqueles que dependem de interpretação e complemento por parte do aplicador da lei. Não ferem ao princípio da legalidade, na medida em que a interpretação e o complemento exigidos obedecem a uma discricionariedade social regrada, que não pode ser ignorada.*

²² *Normas penais em branco são todas aquelas em que o preceito é indeterminado quanto ao conteúdo e só fixam com precisão a parte sancionadora. Ex. A Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas) prevê uma série de crimes ligados a substâncias proscritas. Porém, compete ao Ministério da Saúde, por intermédio de portaria, indicar as substâncias que causam dependência física ou psíquica.*

²³ *Haverá lacuna axiológica nas hipóteses de ausência de norma justa, ou seja, existe um preceito normativo que, todavia, se for aplicado, trará uma solução insatisfatória ou injusta. Consoante o magistério de Maria Helena Diniz, “quando a norma é omissa, seja porque o problema, ao sobrevir a lei, não se encontrava suficientemente amadurecido, seja porque a solução não foi prevista, ou ainda, porque a questão não foi suscitada até a superveniência na norma. Hipóteses há em que a norma existente revela-se inaplicável por abranger casos ou conseqüências que o legislador não teria contemplado se os tivesse conhecido. Temos aqui uma lacuna axiológica, uma vez que, logicamente, a matéria estava disciplinada, embora de modo insuficiente, e vivenciada como injusta. Em todos esses casos o aplicador tem a tarefa de integrar a norma” (As Lacunas no Direito. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 87-88).*

Por outro lado, se houver norma, mas ela não corresponder aos fatos sociais, em virtude do progresso técnico e do estágio de desenvolvimento das relações sociais terem ocasionado uma espécie de congelamento da mesma, estaremos diante de uma lacuna ontológica.

São as lacunas ontológicas e axiológicas que trazem a certeza de que o sistema normativo não pode ser estático, tampouco por demais lento. Elas também são responsáveis pela movimentação e atualização do sistema, com a criação de respostas aos seus questionamentos, que, por vezes, são representadas por causas supralegais de exclusão da tipicidade ou da ilicitude.

se limita a criação de novos tipos penais e ao recrudescimento puro e simples da norma penal. Compete-lhe a função de atuar como instrumento de Justiça Social, sempre atentando para os valores decorrentes da acolhida do princípio da dignidade da pessoa humana, verdadeira norma hipotética fundamental.

Enfim, estes são alguns dos desafios que se apresentam para a concretização do projeto de um Direito Penal efetivamente comprometido com a Sociedade.

Referências bibliográficas

ASSIS TOLEDO, Francisco de. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5ª ed. São Paulo, Saraiva, 2000.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios – Da definição à aplicação dos Princípios*. 5ª ed. São Paulo, Malheiros, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo, Celso Bastos Editor, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal Brasileiro*. 4ª ed. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

BRITO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro, Forense, 2006.

BUSATO, Paulo César; HUAPAYA, Sandro Montes. *Introdução ao Direito Penal – Fundamentos para um Sistema Penal Democrático*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 3ª ed. Coimbra, Coimbra Editora, 1984.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1992.

DAVID ARAUJO, Luiz Alberto; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006.

DELMANTO, Celso. *Infrações Penais na Incorporação, Loteamento e Corretagem de Imóveis*. São Paulo, Saraiva, 1976.

DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.

FELDENS, Luciano. *A Constituição Penal – A dupla face da proporcionalidade no controle das normas penais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*. Trad. Ana Paulo Zomer; Fauzi Hassan Choukr; Juarez Távares; Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Gilmar Mendes. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva, 2004.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios Funda-*

mentais do Direito Constitucional. São Paulo, Saraiva, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal e Estado de Direito Material (sobre o método, a constatação e o sentido da doutrina geral do crime)*. In: *Revista de Direito Penal*, nº 31, jan./jun. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 5ª d. Rio de Janeiro, Forense, 1986, v. II.

GOMES, Luiz Flávio. *O Princípio da Ofensividade no Direito Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos Fundamentos do Direito Penal (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. 2ª ed. alemã Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2005.

----- *O sistema do Direito e a codificação – A vinculação do juiz à lei*. In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*. Trad. Peter Walter Ashton. Porto Alegre, ano XIII, nº 36, mar., 1986, p. 180-197.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. Joaquin Cuello Contreras; Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. 2ª ed. Madrid, Marcial Pons, 1997.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. Trad. Alexandre Krug. São Paulo, Martins Fontes, 2003.

LAZARINI NETO, Pedro. *Os crimes da incorporação imobiliária*. In: *Direito Imobiliário*. Barueri, Campus Elsevier, 2008.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 2003.

MANTECCA, Paschoal. *Crimes contra a economia popular e sua repressão*. 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1989.

MARTÍN, Luis Gracia. *El horizonte del finalismo y el derecho penal del enemigo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

MAURACH, Reinhart et all. *Derecho Penal – Parte General*. Trad. 7ª ed. alemã Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1995, v. 2.

MEZGER, Edmund. *Derecho Penal – Parte General*. Buenos Aires, Valletta Ediciones, 2004, t. I e II.

PALAZZO, Francesco C. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1989.

PASCHOAL, Janaina Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 3ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1975.

PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. São Paulo, Saraiva, 2008.

ROXIN, Claus. *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*. Trad. Francisco Muños Conde. Barcelona, 1972.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansion do Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. Madrid, Civitas, 1999.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal supra-individual – Interesses Difusos*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.

SILVESTRONI, Mariano H. *Teoria constitucional del delito*. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. In: *Revista da Ajuris*, ano XXXII, n° 97, mar: 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

YACOBUCCI, Guillermo J. *El sentido de los principios penales*. Buenos Aires, Editorial Ábaco, 2002.

Resolução extrajudicial dos contratos imobiliários à luz do artigo 62 da Lei 13.097/2015

Carolina Rafaella Ferreira

Introdução

Em janeiro de 2015, foi promulgada a Lei 13.097/2015 que, dentre diversos assuntos tratados, cuidou em sua seção II – Dos Registros na Matrícula do Imóvel, de matéria concernente à concentração da matrícula.

Na mesma seção, o artigo 62 da mencionada Lei¹, trouxe a alteração do artigo 1º do Decreto-Lei nº 745/1969, não inovou, e novamente regulou a resolução extrajudicial dos contratos mencionados no artigo 22 do Decreto-Lei 58/1937: *os compromissos de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações*².

Novidade identificada foi a possibilidade de se realizar a interpelação judicial e/ou via cartório para constituição em mora, e eventual resolução, de contratos não registrados no cartório de registro imobiliário, o que na prática já assistíamos rotineiramente.

O advento da lei traz à tona a celeuma dos questionamentos judiciais da validade da rescisão unilateral pela mera interpelação extrajudicial e as inúmeras decisões em que os magistrados entenderam que os contratos/compromissos relativos a direitos sobre imóveis não poderiam ser rescindidos por mera notificação extrajudicial, inobstante haja previsão legal expressa nesse sentido.

Tais discussões tornaram-se ainda mais acirradas após o advento do Código de Defesa do Consumidor, que considerou nulas de pleno direito cláusulas que possam ser consideradas abusivas e nelas, muitas vezes, se imiscuíram aquelas

em que se previa a rescisão pela interpelação extrajudicial.

A ideia de trazer novamente ao debate a questão advém de discussões doutrinárias, dissensos jurisprudenciais e das dúvidas de ordem prática que cercam a matéria.

Cláusula resolutiva expressa

A cláusula resolutiva expressa dos contratos já encontrava previsão legal no Código Civil de 1916³, e foi repetida expressamente no artigo 474 do mesmo diploma legal, sendo considerada válida de pleno direito, e redigida nos seguintes termos:

Artigo 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

Da redação do artigo se extrai que inexiste a obrigatoriedade da interpelação, seja judicial ou extrajudicial no caso da existência da cláusula resolutiva expressa, e é esse o entendimento de Maria Helena Diniz⁴, fazendo referência a Orlando Gomes, Caio M. S. Pereira e Silvio Rodrigues, quando aduz que a cláusula resolutiva expressa independe de interpelação judicial, *fundando-se no princípio da obrigatoriedade dos contratos, justificando-se quando o devedor estiver em mora.*

Faltou técnica ao legislador quando da redação do artigo 1º do Decreto-Lei 745/1969, repetida pela alteração legislativa introduzida pelo artigo 62 da nova lei 13.097/2015.

Se a cláusula resolutiva expressa se opera de pleno direito, independentemente de interpelação judicial, o legislador deveria vedar a utilização da cláusula resolutiva expressa nos contratos dispostos no artigo 22 do Decreto-Lei

¹ Lei Federal 13.097/2015: Art. 62. O art. 1º do Decreto-Lei no 745, de 7 de agosto de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação.

Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.”

² Decreto-Lei Federal nº 58/1937: Art. 22. Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuam aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.

³ Código Civil de 1916: Art. 119. Se for resoluto a condição, enquanto esta se não realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue, o direito a que ela se opõe.

Parágrafo único. A condição resoluto da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo.

⁴ Apud página 440. Diniz, Maria Helena, Código Civil Anotado/ Maria Helena Diniz – 11ª ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, e 10/01/2002).

58/37, e não descaracterizá-la impondo a necessidade da interpelação judicial ou extrajudicial via cartório de Registro de Títulos e Documentos para que a rescisão se opere.

Na prática, o que normalmente se assiste são contratos redigidos com cláusula resolutiva expressa, acrescida de parágrafo dispondo sobre a notificação extrajudicial consubstanciada no Decreto 745/69, para purgação da mora dentro do prazo de 15 dias contados do recebimento da notificação.

Mas, e quando não há cláusula resolutiva expressa?

Da alteração legislativa introduzida (artigo 62 Decreto-Lei 13097/2015), pode-se concluir que, caso não haja cláusula resolutiva expressa, ainda que o contrato não tenha sido registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, poderá interpelar judicial ou extrajudicialmente para o adimplemento da obrigação dentro do prazo de 15 (quinze) dias, e, caso não haja adimplemento, se configurará o inadimplemento absoluto. Contudo, o legislador não preconizou a possibilidade de se considerar resolvido o contrato, razão pela qual paira dúvidas acerca da necessidade ou não de o credor ingressar com o pedido de rescisão judicial.

Se o intuito do legislador foi o de desobstruir o Judiciário e facilitar a retomada do imóvel pelo credor, poderia ter sido mais clara a redação do texto legal.

Notificação

A lei prevê ainda formalidade acerca da interpelação a ser enviada. Exige que a interpelação seja feita judicialmente, ou via Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Nesta esteira, a discussão cinge-se sobre a questão da validade de várias formas de interpelação, seja via Correios com carta registrada, pessoalmente mediante protocolo subscrito pelo devedor, dentre outras.

De rigor que as formas legais deverão ser cumpridas, mas nos parece viável que, se o objetivo da interpelação foi atingido, qual seja, dar ciência inequívoca da parte devedora do inadimplemento contratual e lhe conceder prazo para a purgação da mora, deverão ser consideradas válidas outras formas de notificação.

Além disso, a notificação deve conter os valores devidos e não pagos, acréscimos, correções, juros, multas, de modo a se caracterizar nula a notificação caso não contenha todos esses elementos⁵.

O fundamento dessas formalidades não é outro senão possibilitar o contraditório. Uma vez notificado formalmente o devedor, o mesmo poderá responder aos termos do comunicado e, havendo necessidade, socorrer-se do Judiciário para salvaguardar-se de ter o contrato rescindido unilateralmente, caso haja alguma ilegalidade cometida, descumprimento contratual da outra parte, ou outro motivo que justifique a mora.

Não há afronta ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, mas ficará a cargo do devedor socorrer-se do Judiciário.

Forçoso mencionar os casos em que os contratos encontram-se *sub judice* e não haja decisão liminar que impeça a rescisão nos termos do artigo especificado, havendo cláusula nestes termos, e em estando o comprador inadimplente.

Se os fatos se coadunarem ao texto legal e não houver decisão judicial que impeça o envio da notificação e a consequente rescisão, somados ao fato de inexistir depósito judicial que afaste a inadimplência, viável o envio da notificação e a rescisão do contrato nos termos do artigo 62 da Lei 13.097/2015.

Mais uma vez, nesse caso, caberá ao devedor, recebendo a notificação, solicitar ao juiz providências no sentido de suspender a possibilidade da rescisão, se entender plausível.

Conclusão

A lei nova, conforme discorrido, apesar de reforçar a possibilidade da rescisão afastando a obrigatoriedade de se socorrer ao Judiciário, não simplificou o procedimento anteriormente existente, mas ampliou o alcance do artigo, abarcando os contratos não registrados no cartório de Registro Imobiliário competente.

Os problemas sobre a interpretação da cláusula resolutiva expressa, os meios para notificar a outra parte, perduram, e não há decisões específicas que encerram o tema.

A solução é o estrito cumprimento da lei para não submeter os contratos ao crivo do Judiciário no momento da rescisão.

Bibliografia

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado* / Maria Helena Diniz. 11. Ed. rev., aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002) - São Paulo: Saraiva, 2005.

NERY Junior, Nelson. *Código Civil comentado* / Nelson Nery Junior, Rosa Maria Andrade Nery, 8. ed. rev., ampl. e atual. até 12.07.2011. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PORTO, Mônica Monteiro. Lei nº 13.097/2015: rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel por inadimplemento sem ação judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4227, 27 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/35860>>. Acesso em: 8 maio 2015.

GAMOEDA, Guilherme Pecini. *Comentários acerca das alterações legislativas introduzidas no decreto-lei nº 745/69 pela lei federal nº 13097/15 - Procedimento de Rescisão Contratual por Inadimplemento de Promissário Comprador*: J. Silveira, Campinas. Disponível em <http://www.jsilveiraadvocacia.com.br/753/comentarios-acerca-das-alteracoes-legislativas-introduzidas-no-decreto-lei-n%C2%BA-74569-pela-lei-federal-n%C2%BA-13-09715/>. Acesso em: 9 maio 2015.

⁵ Julgado: Notificação extrajudicial. Resolução de contrato. Para o fim de rescisão contratual, a notificação extrajudicial que não explicita o valor principal devido e não pago e os acréscimos daí decorrentes, tais como juros e multa, bem como o prazo para purgação da mora, não preenche as exigências legais e é ineficaz à instrução da ação (TJSP, 7ª Câm. Dir. Priv., Ap 132.292-4/4 - São Paulo, rel. Oswaldo Breviglieri, v.u., j. 23.4.2003).

A boa-fé objetiva nos contratos de locação em shopping center: possibilidade de proteção recíproca entre o empreendedor e o lojista

Daniel Bushatsky¹

Os centros comerciais denominados *shopping centers* despertam muito interesse, desde seu nascimento nos Estados Unidos, sob as mais variadas óticas do conhecimento (econômico, financeiro, jurídico), tendo relevada importância a relação contratual entre o empreendedor do *shopping* e o lojista, fortemente marcado de um lado pelo princípio da autonomia da vontade e, de outro, pela imposição de cláusulas pelo empreendedor, sob o argumento, principalmente, de proteção do “tenant mix” e a consequente atratividade de clientela.

Trata-se de um contrato de locação comercial, com base no art. 54 da Lei das Locações², que permite a livre estipulação de inúmeras regras³, tais como, mas não se limitando, a faturamento, período, valor da locação e cláusula de territorialidade, conhecida, também, como “cláusula de raio”⁴.

Pelo lado do empreendedor, é altamente vantajoso estudar a melhor forma de atrair consumidores, tendo em vista que a sua receita resulta, em geral, da combinação do aluguel fixo com o aluguel variável. Este último é reflexo direto do faturamento das lojas escolhidas e organizadas de forma racional, visando aperfeiçoar o espaço e estimular o consumo, o que se conceitua como “tenant mix”⁵. Confira-se nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho⁶: “Em suma, o

empresário que explora *shopping center* desenvolve atividade econômica bastante singular, que não se reduz a um simples negócio imobiliário. Há todo um planejamento de distribuição do espaço (*tenant mix*), de sorte a oferecer aos consumidores uma variada gama de produtos, marcas, além de atrativos na área de lazer e restaurante”.

Por outro lado, para o lojista também é vantajoso participar do centro comercial, seja pela óbvia ideia de atração de clientela, pelo “tenant mix”, seja pelo seu posicionamento, sob os primas do marketing e da propaganda de participar de *shopping center* reconhecido. Ou seja, os consumidores ao observarem determinada loja, localizada em determinado *shopping*, intuirão qual o público-alvo que ela quer atingir.

Deve-se lembrar que, sob a ótica do consumidor, os *shopping centers* são um fenômeno no Brasil desde a inauguração do *shopping* Iguatemi na década de 1960. Isto porque, ao agregarem lojas dos mais variados tipos e, ainda, serviços, eles são capazes de atrair – muitos, se espera – consumidores que buscam suprir todas as suas necessidades de consumo em um único centro comercial, que ainda ofereça alimentação, entretenimento, estacionamento e, em especial nos dias atuais, segurança.

¹ Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP. Professor assistente da pós-graduação em Direito Empresarial da PUC (Cogeae) e Professor de Direito Empresarial da FMU. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Negocial Comparado da Sorbonne/Brasil. Advogado. daniel@advocaciabushatsky.com.br

² Lei de Locação (Lei 8.245/1991): “Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta lei” (realce nosso).

³ Objeto tangencial a este artigo, são as cláusulas nulas nos contratos de locação e a proteção conferida ao locador e ao locatário pela Lei de Locação. Jaques Bushatsky, em artigo intitulado “Nulidade de Cláusula em Contrato de Locação”, assim conclui sobre o tema: “Na verdade, se proteção há que se outorgar a qualquer contratante, tal se verificará, caso a caso, em respeito ao objetivo legal de atender as atuais necessidades produtivas, tanto das locatárias, para as quais o imóvel consiste significativo elemento do conjunto operacional, quanto para locadores, os quais caracterizam-se como investidores imobiliários e não mais, meros detentores de escrituras - protaindo o confronto, da relação entre propriedade e uso, para a dinâmica entre dois negócios distintos e complementares” (“Nulidade de Cláusula em Contrato de Locação” “in” SP: Revista dos Tribunais, fev/1997, vol. 736).

⁴ Sobre o tema da cláusula de raio e a infração à ordem econômica, conferir o nosso: “Cláusula de territorialidade às avessas protegendo o estabelecimento em contratos de shopping center” (in Revista de Direito Privado; volume 62, de abr.-jun. / 2015)

⁵ Estudiosos da arquitetura procuram também a definição. Tânia M.O. de Souza e Zied V. Sabbagh apontam a criação de condições ideais de consumo ou usufruto do local. Assim, “A atmosfera interior de shopping centers processa psicologicamente uma ‘infantilização’ de seu usuário, criando condições ideais, como no útero materno, para o pleno usufruir do local. É uma comparação interessante, porque a atmosfera de um shopping center procura, de fato, amortecer os choques externos. Nesse ambiente fechado, as pessoas se esquecem das intempéries, se está quente, ou se há chuva lá fora. O caos visual do centro de uma metrópole é transformado em projeto perfeito de comunicação visual e organização espacial. Lá as pessoas são induzidas pela informação a circular, o ambiente direciona e propicia o movimento. O barulho infernal do trânsito é trocado por uma música neutra de fundo que suaviza o espaço. A iluminação seduz e é um fator de segurança. A própria espacialidade, as ruas internas, as praças, as fontes, nos remetem ao conhecido, ao fechado ou, como diz Guattari, ao útero materno” (*Shopping centers*. Campinas: FAV/PUCAMP, 1985. In: SANTOS JR., Wilson Ribeiro dos. *Shopping centers*. Ed. Unesp, 1992, p. 64.)

⁶ Curso de direito comercial: direito de empresa. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. vol. 1, p. 181.

Dados da Associação Brasileira de Shopping Centers (Abrasce) são claros ao apontar que os *shopping centers* tiveram plena expansão⁷ tanto em São Paulo quanto pelo Brasil, inclusive no interior, já existindo mais de 515 shoppings, com uma área bruta locável de mais de 13 milhões de metros quadrados. Confira-se, ainda, outros números impressionantes: (i) o faturamento do setor atingiu mais de 129 bilhões de reais em 2013; (ii) o tráfego de pessoas é de mais de 415 milhões por mês; e (iii) empregam mais de 890 mil pessoas⁸.

Assim, a decisão de participar ou não de um centro comercial para o lojista envolve, ao menos, dois aspectos: atração de consumidores e posicionamento mercadológico ao participar do empreendimento, tudo visando, logicamente, o desenvolvimento do seu negócio e o lucro.

Feitas estas considerações, podemos definir⁹, nas palavras de Jaques Bushatsky¹⁰: “Em resumo, é ‘Shopping Center’ menos um acoplamento físico de comerciantes e mais, isto sim, uma reunião metódica e sofisticadamente organizada de capitais, ânimos e intenções de progresso

econômico. Dessa reunião diferenciada e organizada com técnicas sempre inovadoras, regida e mantida com contratos atípicos e inseridos numa estrutura jurídica especialíssima, é que resultaram os ‘Shopping Centers’”.

Nesse caminho, é extremamente importante ponderar que, não obstante tratar-se de um contrato de locação comercial, celebrado entre lojista e *shopping*, há toda uma comunidade envolvida, diante do que o contrato acaba por fazer parte de uma estrutura complexa e organizada, com pilares na confiança e na lealdade recíprocos entre todos os participantes do “mix”, com o objetivo de trazer lucro a cada lojista e, conseqüentemente, ao empreendedor¹¹.

Sendo assim, a reflexão que se deve fazer é: o que é a boa-fé objetiva no contrato de locação em *shopping center*? A partir desta pergunta, como se averigua a sua incidência?

O princípio da boa-fé objetiva¹² é positivado no art. 422 do CC: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

⁷ Paco Underhill, em sua obra *A magia dos shoppings*, traduzida por Ana Beatriz Rodrigues, defende a ideia que: “Já estamos em plena era pós-shopping. Isso não quer dizer que os shoppings estejam fadados à falência. Ainda os frequentamos e gastamos nosso dinheiro neles. Mas, como conceito definidor, como instituição relevante ou como exemplo de organização comercial contemporânea, os shoppings já se tornaram obsoletos. Esses tempos de consumo jamais terão o mesmo aspecto sedutor que tiveram no passado” (Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 235).

⁸ Consulta realizada aos 13.01.2015 em: [www.portaldoshopping.com.br/numeros-do-setor/grandes-numeros].

⁹ Para Alfredo Buzaid, *shopping center* “é uma cidade em miniatura; nasce planejada pelo empresário, que cuida da sua localização em determinado ponto, da sua organização racional e do seu funcionamento regulado por princípios que são dispostos em regimento interno e aceitos previamente por todos os titulares de unidade que operam dentro do conjunto. Cada uma destas fases do planejamento merece uma análise especial, dada as circunstâncias que as promovem, as ordenam e as qualificam” (*Shopping centers – Questões jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 8).

¹⁰ BUSHATSKY, Jaques. *Os shopping centers na Lei 8.245/1991. Locação comercial – Comentários e julgados*. São Paulo: Edipro, 1993.

¹¹ Nesse caminho, confira-se a seguinte ementa: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. ALUGUEL COM BASE EM PERCENTUAL DE RENDA BRUTA. MANUTENÇÃO DE PONTO DE VENDAS PELA INTERNET NO INTERIOR DA LOJA. PRODUTOS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO FATURADOS EM NOME DE EMPRESA DIVERSA. DISSIMULAÇÃO DO FATURAMENTO DA LOCATÁRIA. VALOR DO ALUGUEL PAGO A MENOR. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. DESPEJO. CABIMENTO. 1. O lojista que se estabelece em um shopping center integra a sua empresa com o empreendimento para usufruir do planejamento, organização e clientela que o frequenta. Portanto, mais que um simples contrato de locação, há uma relação associativa na qual a colaboração entre os lojistas e o empreendimento é necessária para concretizar-se esse modelo de exploração comercial. 2. Nos contratos de locação de loja em shopping center, é fixada a cobrança de aluguel percentual, proporcional ao faturamento bruto mensal da atividade comercial, e que se justifica devido à infraestrutura do empreendimento, que colabora para o sucesso do lojista locatário. O aluguel percentual representa um rateio do sucesso, que em parte é possibilitado pela estrutura e planejamento oferecidos pelo shopping center. 3. Representa violação contratual a conduta do locatário que, a despeito de ter assumido a obrigação de efetuar o pagamento do aluguel com base no faturamento, instala ponto de vendas de produtos pela internet, que são faturados em nome de empresa diversa. Os ganhos com o comércio eletrônico não ingressam no faturamento da loja situada no shopping center locador e, por isso, não integram a base para o cálculo do aluguel. 4. A violação contratual acerca da contraprestação devida pelo uso do espaço locado autoriza o desfazimento da locação, nos termos do art. 9º, II, da Lei 8.245/1991. 5. Não se pode presumir a aquiescência do locador apenas em razão das renovações contratuais, uma vez que ele ainda não tinha ciência da sonegação de parte do aluguel. 6. Recurso especial provido. (realce nosso) (STJ, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 24/04/2014, T3 - TERCEIRA TURMA).

¹² Não nos interessa diretamente o estudo da boa-fé subjetiva, pois esta reflete o estado de psique, ou seja, de consciência da parte. Influi, tão somente, internamente na autonomia da vontade, mas não cria uma declaração explícita da conduta e, portanto, não é possível aferir a lealdade da parte e, conseqüentemente, não importa para a proteção do tráfego negocial.

Porém, para complementar o tema vale anotar as palavras de Fernando Noronha, que em nota de rodapé faz a distinção entre as expressões alemãs sobre a boa-fé subjetiva e objetiva: “Na língua alemã, a distinção entre as duas boas-fés fica mais evidente, porque lá elas são designadas por expressões diferentes: uma é a *guter Glaube*, ou *guter Glauben* (boa-crença), enquanto a outra é referida por *Treu and Glauben* (lealdade e crença). Aliás, se a denominação diferente facilita, na língua alemã, a distinção entre ambas as boas-fés, por outro lado também dificulta a aproximação entre elas, que, contudo, é necessária, pois que, como veremos, elas têm um substrato comum – que é a tutela da confiança”. Mais adiante, refere, ainda, a distinção feita por Alípio da Silveira: “A boa-fé-crença é aquela que se baseia no erro ou ignorância da verdadeira situação jurídica. É a *Gutten Glauben* dos alemães... A boa-fé lealdade é... a honestidade e a sinceridade que devem existir no comércio jurídico. É a *Treu und Glauben* dos tedescos.” (NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais* (autonomia privada, boa-fé, justiça contratual). São Paulo: Ed. Saraiva, 1994. p. 137, nota 21).

Ainda sobre o que é boa-fé subjetiva, Arnoldo Wald: “É preciso ressaltar, ainda, que não se iguala (a boa-fé objetiva) ao sentido dado à boa-fé subjetiva, que implica um estado de conhecimento do sujeito, isto é, representa algo psicológico que presume a ignorância da real situação jurídica. Na boa-fé subjetiva, analisa-se o conhecimento ou a ignorância de determinada situação, levando em conta os deveres de diligência que se espera de um homem mediano”. (Wald, Arnoldo. *Direito Civil, Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*. 20. Ed. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 233)

Judith Martins-Costa¹³ leciona que “o princípio da boa-fé, em sua feição objetiva, estabelece um padrão comportamental. Esse padrão é o da conduta proba, correta, leal, que considera os legítimos interesses do alter, tendo em vista a natureza, a ambiência e a função da relação, pois visa, imediatamente, a confiança no tráfego negocial”.

Assim, a partir de uma interpretação deste princípio traduzido como a lealdade entre as partes, não se pode vislumbrar que, em um contrato colaborativo, não haja informações claras e precisas sobre os caminhos a serem percorridos pelo *shopping* e pelo lojista (em muitas situações, representado legitimamente pela associação de lojistas), com o objetivo de traçarem planos de “propaganda e marketing” e estratégicos, o que inclui desde o sorteio de automóvel em data comemorativa até a eventual alteração do mix e a não renovação do contrato de locação para os lojistas que não mais se adequem aos objetivos do *shopping center*.

Assim, a boa-fé objetiva¹⁴ cria deveres laterais, conexos ou secundários, que mesmo que não escritos, são traduzidos, em especial nos contratos empresariais, como o dever e a obrigação de informação clara e precisa, sigilo (sobre o “know how”, por exemplo), colaboração (assistência e auxílio), cooperação, vigilância e cuidado, e não concorrência, em qualquer uma das fases contratuais, tudo

para que as partes caminhem para o cumprimento pleno do objeto avençado.

Nesse passo, como uma forma de reduzir os riscos dos contratantes, deve o *shopping center* ser claro e preciso quanto à sua estratégia, inclusive para mitigar potenciais ou reais prejuízos¹⁵ aos lojistas¹⁶.

Para ilustrar: (i) realização de obras de ampliação do *shopping*: claro é que haverá prejuízo à acessibilidade do centro empresarial e/ou diminuição dos consumidores para determinadas lojas, até eventualmente pelo maior número de lojas; (ii) a alteração do “mix” que impeça a renovação do contrato de locação comercial, sob a justificativa (verdadeira) de não mais adequação ao novo perfil do *shopping*.

Como se percebe, exemplos é que não faltam. O que se deve fomentar, sob pena de quebra do dever de lealdade entre o lojista e o *shopping*, bem como a comunidade envolvida, é a divulgação de informações, a transparência, buscando o sucesso comercial¹⁷ de todos.

Por fim, cabe responder a última questão: quais são os limites do dever de lealdade e, conseqüentemente, de informar? A resposta é certamente subjetiva¹⁸ e depende de cada caso, sempre se lembrando que é possível celebrar contrato de confidencialidade, que pode e deve ter cláusula penal.

Porém, um balizador convincente é o dever de dili-

¹³ MARTINS-COSTA, Judith. *Contratos de derivativos cambiais. Contratos Aleatórios. Abuso de direito e abusividade contratual. Boa-fé objetiva*. RDB 55/321-381.

¹⁴ Vale citar dois enunciados da primeira jornada de direito civil, no STJ, sobre a interpretação da cláusula geral da boa-fé:

Enunciado 26: “Art. 422: a cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”.

Enunciado 27: “Art. 422: na interpretação da cláusula geral da boa-fé, deve-se levar em conta o sistema do Código Civil e as conexões sistemáticas com outros estatutos normativos e fatores metajurídicos”.

¹⁵ Sobre a necessária forma de agir ético, com a necessidade de diminuir as perdas do credor em atitudes proativas entre as partes: DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiria a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido. (realce nosso) (STJ - REsp. 758518 PR 2005/0096775-4, Relator: Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), Data de Julgamento: 17/06/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2010 REPDJe 01/07/2010)

¹⁶ É direito do shopping impedir a cessão do contrato: “Cessão de cotas. Normas gerais. Validade. Diante das peculiaridades dos “Shopping Centers”, e da prevalência da escritura de normas gerais, é válida a cláusula que impede a cessão das cotas sem a anuência da administração, tendo em vista que isto pode alterar o equilíbrio do “mix”, e influir na qualidade do serviço, o que a todos afeta.” (TJRJ – apel. 2003.001.29197, rel. Des. Sylvio Capanema, julg. 13/01/2004)

¹⁷ Interessante observar: apreciando os princípios legais sobre “abuso de poder econômico”, “contrato de adesão”, “boa-fé”, “função social do contrato”: “O lojista, comerciante, sabe dos riscos do negócio e assina o contrato por livre vontade, até porque não há a menor alegação de coação. Se assim é, deve ao menos honrar a sua palavra e não acreditar em promessas fantasiosas de redução de encargos. (...) Falar-se em onerosidade excessiva, abusividade no contrato de locação, fragilidade de cada lojista em relação ao Shopping Center, é ir longe demais” (TJSP, apel 992.08.004290-1, rel. Des. Eros Piceli, julg.: 02/08/2010).

¹⁸ Veja-se a necessidade do estudo de cada caso: RECURSO ESPECIAL. DIREITO EMPRESARIAL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITADORA DO VALOR DA REVISÃO JUDICIAL DO ALUGUEL MENSAL MÍNIMO. RENÚNCIA PARCIAL. VALIDADE. PRESERVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO PACTA SUNT SERVANDA. 1. Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com pedido revisional do valor do aluguel mensal mínimo. 2. Recurso especial que veicula a pretensão de que seja reconhecida a validade de cláusula de contrato de locação de imóvel situado em shopping center que estabelece critérios para a revisão judicial do aluguel mensal mínimo. 3. O princípio

gência do administrador (diretores e membros do conselho de administração)¹⁹, insculpido no artigo 153, da Lei das Sociedades Anônimas, que prescreve: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

Fábio Ulhoa Coelho ensina que²⁰: “A lei argentina fala em bom homem de negócio, e, no direito norte-americano, a doutrina registra as dificuldades derivadas da generalidade dos termos em que se costuma traduzir o *duty of care* (Hamilton, 1980: 306). (...) O administrador diligente é aquele que emprega na condução dos negócios sociais as cautelas, métodos, recomendações, postulados e diretivas da “ciência” da administração de empresas. O dever de diligência, portanto, corresponde a obrigações de meio e não de resultado (cf. Galgano, 1988: 294; Franzoni, 1994:11).”

Nesse caminho, é necessário, a partir do dever de diligência, primeiro proteger a sociedade empresária²¹ e depois, lógico, preservar a cooperação entre as partes no contrato colaborativo de *shopping center*. Não se entenda mal, explica-se: deve-se esclarecer e informar, desde que não se esteja expondo segredo de negócio (“know how”), que comprometa o futuro do empreendimento.

Por exemplo: se a abertura de nova ala no centro comercial

por um lado é impossível de ser escondida, pelas monstruosas obras que são necessárias, por outro, é possível esperar o melhor momento estratégico para o *shopping* (fechamento dos contratos com os novos lojistas) avisar os *antigos* lojistas da nova configuração do “tenant mix”, sempre se ponderando os fatores tempo, oportunidade e franqueza. Nesse caminho, se a ideia é atrair novos restaurantes, de redes famosas, nada mais leal do que o *shopping* não só avisar os *antigos* restaurantes sobre a entrada dos *novos*, como comunicar se haverá eventual compensação financeira, se houver diminuição do *ticket* médio (como ocorreria através da diminuição do aluguel percentual cobrado sobre o faturamento).

Mas também sob a ótica do lojista existem obrigações acessórias a serem cumpridas, como informar a alteração da operação de seus negócios e de práticas comerciais, bem como o desinteresse na continuidade da locação. Até a impossibilidade do adimplemento do aluguel ou da contribuição à associação de lojistas é requisito essencial para que haja a busca do comportamento ideal entre todos os agentes econômicos.

Assim, a parceria firmada entre lojistas e *shopping centers* deve ser desenvolvida com lealdade entre todos os envolvidos, com o objetivo de desenvolvimento do negócio, fidelização de clientes e aumento do lucro do empreendimento, alcançando a almejada proteção recíproca entre o empreendedor e o lojista, motor do progresso comum.

do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da proibidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer. 4. A cláusula que institui parâmetros para a revisão judicial do aluguel mínimo visa a estabelecer o equilíbrio econômico do contrato e viabilizar a continuidade da relação negocial firmada, além de derivar da forma organizacional dos shopping centers, que têm como uma de suas características a intensa cooperação entre os empreendedores e os lojistas. 5. A renúncia parcial ao direito de revisão é compatível com a legislação pertinente, os princípios e as particularidades aplicáveis à complexa modalidade de locação de espaço em shopping center. 6. Recurso especial provido. (realce nosso) (STJ - REsp: 1413818 DF 2013/0357088-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 14/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/10/2014).

¹⁹ O mesmo comando legal coaduna-se perfeitamente com a sociedade de responsabilidade limitada: “Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

²⁰ Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Empresarial: Direito de empresa*. 18. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva. 2014. p. 273-274.

²¹ Não se esqueça dos princípios da preservação da empresa e função social da empresa, bases do direito societário.

Imóveis abandonados e processos de insolvência: causas e soluções

Daniel Carnio Costa

Um olhar até mesmo desatento pelas grandes cidades brasileiras será o suficiente para revelar ao observador a existência de um grave problema social: a existência de diversos imóveis abandonados, que não cumprem a sua função social e, ao contrário, servem como fonte de problemas sociais, econômicos, sanitários e de segurança pública. Imóveis vazios, sem destinação específica, ficam sujeitos a invasões ilegais ou, então, acabam se tornando fonte de preocupação sanitária (pela proliferação de focos de mosquitos transmissores de doenças) e de segurança pública (na medida em que podem ser utilizados por criminosos para prática de crimes de diversas espécies). Acresça-se, ainda, o fato de que esses imóveis deixam de ser aproveitados de maneira social e economicamente útil, não produzindo riqueza, nem servindo como fator de geração de empregos ou de estímulo para a economia local.

Grande parte dos imóveis abandonados nas cidades brasileiras está nessa condição por serem objeto de alguma disputa judicial. Por exemplo, estão penhorados para garantia de dívidas em discussão na Justiça ou estão arrecadados em processos de inventário ou falências.

Boa parte da culpa pelo abandono dos imóveis que estão envolvidos em processos judiciais pode ser atribuída à ineficiência das estruturas burocráticas judiciárias e à forma tradicional de gerenciamento dos processos judiciais.

Em processos individuais, como as execuções com penhora sobre imóveis, a atuação das partes particulares envolvidas (credor e devedor) é fundamental para que o bem constrito seja colocado na situação de abandono, havendo, nesse caso, uma certa desculpa ao sistema judiciário. Todavia, em processos coletivos como inventários e falências, a culpa maior pelo abandono de bens recai mesmo sobre os ombros do órgão público.

Especificamente em relação aos processos de falência, o abandono de imóveis ocorrerá por causa da atuação insuficiente do administrador judicial nomeado pelo juiz para “cuidar” dos bens e interesses da massa falida ou, então, pela burocracia judiciária agravada pela forma convencional de gerenciamento desse tipo de processo de insolvência.

O administrador judicial deve ser profissional capacitado e multidisciplinar, com habilidade e atuação proativa. Cabe-lhe buscar rapidamente todos os bens da empresa falida, arrecadá-los, avaliá-los e vendê-los, de forma ágil e eficaz. A demora no cumprimento dessas obrigações poderá gerar o abandono de imóveis, com todas as consequências problemáticas acima já expostas.

Mas existem situações mais específicas que necessitam

de decisão judicial. Por exemplo, diante da impossibilidade de venda rápida de um imóvel em razão de questões jurídicas prejudiciais, que precisam ser resolvidas antes do ato de venda, se faz necessário decidir sobre a utilização do bem durante esse período de tempo. Não se pode conceber que o imóvel permaneça vazio, sem utilização alguma, durante anos, até que se decida a questão jurídica prejudicial e que impede a sua venda rápida. O que fazer com o imóvel? Se nada for feito, o imóvel ficará abandonado e corre o risco de ser invadido ou de se tornar foco de transmissão de doenças. Ainda que o imóvel esteja sendo vigiado e/ou cuidado por profissionais da massa falida, isso implica em custo para os credores e, por outro lado, esse imóvel deixará de cumprir a sua função social e não será fonte de recursos para os credores da massa (apenas será fonte de despesas).

Esse tipo de decisão, assim como em diversas outras situações que, na prática, ocorrem durante o processo de falência, deve ser tomada de forma rápida pelo juiz, sob pena de causar o abandono do imóvel, com todas as consequências negativas já observadas.

Na prática, é comum a demora na decisão judicial. Isso porque, a forma de gerenciamento do processo de insolvência é extremamente burocrática e ineficiente. Cabe ao juiz, antes de decidir, colher os pareceres do administrador judicial, da empresa falida, dos demais interessados e do Ministério Público. A colheita dessas manifestações escritas, por petição nos autos do processo, de forma sucessiva, pode demorar muitos meses, às vezes, anos. Deve-se ter em mente a sobrecarga de processos em andamento existentes nas Varas Judiciais e o número reduzido de servidores e juízes. Resultado: cada passo do processo vai demorar meses e, ao final, quando o juiz estiver apto a decidir, a situação de fato já se consolidou e o problema já existe. No caso do exemplo exposto, o imóvel já terá ficado abandonado e sem qualquer utilização por muito tempo, sujeito a todos os riscos, quando não efetivamente invadido ou depreciado.

O problema e suas causas já estão devidamente identificados. Mas, somente isso, não basta. A postura meramente contemplativa do problema não ajudará na sua solução. É preciso propor alternativas a esse estado das coisas, fazendo com que os imóveis que estão envolvidos em processos judiciais cumpram a sua função social e deixem de ser considerados como um problema.

A solução para esse problema passa, inicialmente, pela qualificação dos profissionais que atuam nos processos de insolvência. Notadamente do administrador judicial, que deve ser profissional competente, capaz e proativo na efetiva arrecadação dos bens da massa falida, propondo

soluções rápidas e eficazes, que atendam aos interesses da massa e também aos interesses público e social, conferindo aos imóveis destinação adequada, quando impossível sua venda imediata.

Mas não é só.

A forma de gerenciamento dos processos de insolvência, notadamente de processos complexos, deve ser alterada. Ao invés de colher as manifestações escritas de todos os interessados no processo de insolvência como pressuposto para a decisão judicial (o que demorará tempo suficiente para prejudicar a própria eficácia da futura decisão), deve o magistrado convocar uma audiência com a participação de todos os interessados nas questões que devem ser decididas (e que constarão da decisão que designa a audiência, como um roteiro temático da discussão que será feita no ato público). Nessa audiência, todos serão ouvidos sobre os pontos a serem decididos e, no mesmo ato, poderá o magistrado decidir todas as questões pendentes.

Essa forma de gerenciamento de processos de insolvência foi batizada de gestão democrática de processos.

A gestão democrática de processos traz agilidade decisória, sem prejudicar a participação de todos os agentes e interessados no processo. Decide-se em um dia, e com a oitiva prévia de todos, aquilo que na gestão tradicional demoraria meses ou mesmo anos para ser decidido. Aumenta-se a participação de todos no processo, na medida em que os interessados terão a efetiva possibilidade de interferir no processo decisório. Todos, inclusive os credores, poderão sugerir ao magistrado soluções adequadas para os problemas do processo. Ninguém conhece melhor a adequada destinação dos ativos da massa do que os ex-funcionários e as pessoas que costumavam trabalhar intimamente com

aqueles ativos (imóveis, por exemplo). Essa proximidade com o juiz faz com que a postura das partes envolvidas no processo mude substancialmente. Todos deixam de ser resistentes às ordens judiciais e passam a ser muito mais colaborativos. A transparência desse tipo de gestão confere mais credibilidade ao processo. E é natural que assim seja, vez que as pessoas normalmente rejeitam ou temem aquilo que lhes é desconhecido. Aumenta-se, por fim, a fiscalização de todos os agentes do processo, o que induz, logicamente, maior eficiência no resultado do processo.

A gestão democrática de processos de insolvência encontra fundamento no direito comparado (Código de Falências dos EUA) e é absolutamente compatível com a ordem constitucional brasileira, que estabelece como direitos fundamentais do cidadão a eficiência do serviço público e a duração razoável do processo judicial, sem perder de vista a necessidade de preservação da função social da propriedade.

O Novo Código de Processo Civil, em período de vacância, também traz a possibilidade de criação pelo magistrado (em conjunto com as partes) do calendário processual, com alteração do procedimento de acordo com as necessidades do caso concreto. Essa novidade que vem ao encontro da gestão democrática de processos de insolvência.

A experiência vivenciada no dia a dia da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo vem demonstrando que a qualificação dos administradores judiciais, combinada com a aplicação da gestão democrática de processos de insolvência, é capaz de gerar resultados muito positivos, contribuindo-se, dessa forma, com a solução de vários problemas, inclusive da questão concernente ao abandono de imóveis urbanos envolvidos em processos falimentares.

Nova norma ABNT 16.280 em alta nos condomínios: a questão é técnica e jurídica

Hubert Gebara

O síndico pode achar que o responsável é o proprietário. O proprietário se defende e diz que o responsável é o engenheiro ou o arquiteto autores do projeto da reforma. Entre essas duas opiniões divergentes, há ainda a do inquilino que, especialmente em se tratando de imóvel comercial, pode ser aquele que demandou a obra. Essa é uma e, a nosso ver, a principal das polêmicas que a nova norma ABNT 16.280/2014 pode estar suscitando nas comunidades dos condomínios. Mas essa polêmica, na verdade, não deveria existir: o Código Civil sempre foi claro e vale, em qualquer momento, para dirimir as dúvidas sobre o novo procedimento. A liberdade de cada um termina quando começa a liberdade do vizinho e assim por diante. Esse vizinho pode estar ao lado, embaixo ou em cima.

Ninguém pode se eximir ou discordar quando o bom senso é a questão. O síndico não é obrigado a entender de arquitetura ou engenharia, mas não pode ficar silente se alguma coisa não condiz com a natureza da obra. Se a reforma é uma simples pintura, ele não pode fazer vista grossa se começam a chegar tijolos, areia e cimento na unidade. Nesse caso, ele tem obrigação de embargar a reforma. O engenheiro ou arquiteto, por sua vez, precisam fazer valer o seu próprio projeto e não devem, de forma alguma, ceder à vontade do contratante, que pode achar que uma abertura na parede pode ser maior do que foi calculado.

Seja como for, a nova norma ABNT 16.280 é assunto doravante prioritário nos condomínios e também nas residências autônomas. A cultura da reforma pós-venda é uma das causas. Como representante das administradoras, temos observado que, logo após a instalação dos condomínios, em muitos casos um verdadeiro “retrofit” começa. Novos proprietários chegam, muitas vezes, a investir nessa operação tanto quanto custou o imóvel. É tão cultural essa iniciativa que somos levados a pensar se as construtoras não poderiam entregar seus imóveis semiprontos, deixando aos novos proprietários a decisão sobre o acabamento. Sairia bem mais barato para a construtora e esta poderia dar um bom desconto no preço de venda. Quem não concordasse, pagaria o preço normal.

A nova norma ABNT 16.280 começou a valer a partir de abril de 2014. Dali para cá, ela tem sido um dos principais quesitos de debate entre os condomínios e as administradoras. Questionários sobre a preferência e as preocupações dos novos proprietários e inquilinos elaborado pelas administradoras chegam a mencionar essas questões em cerca de 60% das respostas. O novo procedimento veio colocar ordem na casa em questões tão cruciais como a segurança nas reformas. Elas não podem prejudicar o pa-

trimônio, a tranquilidade e o conforto de terceiros. A norma tem ainda o mérito de combater e talvez eliminar, em definitivo, a prestação de serviço informal, que não beneficia ninguém exceto a pirataria.

Tal como é a função das normas técnicas, o novo diploma não é uma lei, mas veio regulamentar a confusa questão das reformas. O inteiro teor destas já estava em linhas gerais tratado no Código Civil e também na convenção dos condomínios.

Nem todos os novos proprietários dão às convenções a atenção que elas merecem. A planta dos imóveis com suas especificações técnicas deveria também merecer mais interesse. Especialmente em imóveis antigos, é pequena a parcela de proprietários que já examinaram essa planta. Os síndicos também deveriam providenciar que cada novo proprietário receba de imediato esse documento tão comum quando compramos automóveis, produtos eletrônicos e outros.

Existe também uma certa despreocupação por parte das construtoras em projetar imóveis que suportem melhor reformas e retrofits. Nos imóveis de menor valor e construídos em série, quem sustenta as lajes são as próprias paredes. Uma reforma estrutural nesse tipo de imóvel precisa ser cercada do maior cuidado.

De uma forma geral, são muitos os pontos cuja reforma exige atenção. Uma pequena sacada, por exemplo, pode não suportar um novo piso mais pesado. Uma modificação na instalação hidráulica pode gerar vazamento nos andares de baixo. Uma carga maior que o sistema elétrico suporta pode conter risco de incêndio.

Em qualquer desses casos, a questão das reformas nos imóveis conforme a nova regulamentação da ABNT 16.280 é tema eminentemente técnico. Em caso de acidente, passa a ser uma questão jurídica. Nesse caso, vai sempre exigir a intervenção de advogados. Melhor evitar, então.

A questão técnica e jurídica que o novo procedimento coloca em alta nos condomínios é apenas mais um quesito no contexto da crescente complexidade da administração dos condomínios. Antigamente, um condomínio padrão funcionava apenas com um zelador e o faxineiro. Mesmo o porteiro chegou depois. Com a verticalização dos prédios a partir da década de 1970, tudo mudou. Chegaram os primeiros cuidados com a segurança, como a altura dos muros, as grades e as guaritas. A parafernália eletrônica ainda não estava presente, mas logo chegaria.

Atualmente, para gerir corretamente um condomínio, a administradora precisa lidar com cerca de cem *jobs* administrativos por cliente, a cada mês. De um modo geral,

os síndicos deixaram de ser aqueles moradores aposentados que desejavam ocupar seu tempo ocioso e passaram a ser profissionais remunerados. A insegurança e a turbulência das ruas foram aos poucos trazendo para o espaço intramuros uma gama diversificada de serviços. Academias de ginástica, cabeleireiros e lanchonetes foram dos primeiros a chegar. Em seguida, surgiram então os condomínios clube. Depois, chegaram os empreendimentos mistos, cuja propaganda na mídia e nos estandes de venda ressalta o conforto de residir no mesmo prédio onde estão os escritórios e um shopping. Essa mutação gerou obviamente mais complexidade. Mesmo assim, é claro, nada disso significa o paraíso. A complexidade de empreendimentos de grande porte com essas caracterís-

ticas tornou também mais difícil a questão central das relações humanas.

Respeitar a liberdade, o conforto e os direitos dos vizinhos – seja em empreendimentos residenciais ou em comerciais – é regra de ouro e escola de cidadania. Atualmente, porém, é uma relação mais do que sofisticada. A nova norma ABNT 16.280 agora elaborada passou a valer como um teste crucial na questão das divergências que os síndicos vão doravante ter de administrar com pinça. Para os síndicos - que são, para todos os fins, aqueles que respondem civil e criminalmente pelos condomínios -, a responsabilidade é enorme. Lidar com a biodiversidade humana nunca foi tarefa das mais fáceis. E como disse Jean Paul Sartre, o inferno são os outros.

Missão do advogado e da Ordem dos Advogados do Brasil no combate à corrupção e ao abuso de poder político e econômico

Jorge Eluf Neto

“A política é movida a dinheiro e poder. Dinheiro compra poder, e poder é uma ferramenta poderosa para se obter dinheiro. É disso que se trata as eleições: o poder arrecada o dinheiro que vai alçar os candidatos ao poder.”
(MÁRLON REIS – “O Nobre Deputado” – Editora LEYA – 2014 – pág. 21)

Como é sabido, existe uma estreita vinculação entre o exercício do poder público e as eleições para os cargos do Executivo e do Legislativo. Não é por outro motivo que uma das pautas prioritárias de reformas constitucionais e legais é justamente a da reforma política. Por que razão, então, tal prioridade não é levada adiante, não importando qual governante e partido político esteja à frente do poder? A pergunta chega a ser ingênua tão óbvia é a sua resposta. Afinal, a quem interessaria a reforma política? Certamente, não à esmagadora maioria dos que estão no controle das instituições e no exercício dos cargos eletivos, pois é evidente que uma mudança nas regras do jogo político pode voltar-se contra aqueles que fazem da política seu meio de vida e de alpinismo social.

Ponto nodal da propalada reforma política diz respeito ao financiamento de campanhas. Atualmente, tanto pessoas naturais quanto pessoas jurídicas podem fazer doações a partidos políticos e a candidatos, observadas algumas limitações legais quanto aos valores doados em relação à capacidade contributiva dos doadores, o que de nenhum modo impede que, por exemplo, uma grande construtora de obras públicas ou instituição bancária faça doações a diversos candidatos, não raro a todos os principais candidatos a cargos eletivos, sem distinção ideológica, afinal, o dinheiro não tem ideologia.

Em defesa da transparência e da moralidade do financiamento de campanhas, a Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou perante o Supremo Tribunal Federal – STF a ação direta de inconstitucionalidade – ADI 4.650, para que se declare a inconstitucionalidade das doações a partidos políticos e a candidatos, individualmente, feitas por pessoas jurídicas. A ação proposta pelo Conselho Federal da OAB recebeu parecer favorável do Ministério Público da União e os votos pela procedência do pedido do Ministro Relator e de outros cinco Ministros, aguardando-se a declaração de votos dos demais julgadores.

Pode-se objetar com que o eventual reconhecimento da inconstitucionalidade das doações feitas por pessoas jurídicas não impedirá o chamado “caixa 2”, ou seja, as doações feitas por fora, não contabilizadas e que não são

submetidas à apreciação da Justiça Eleitoral por ocasião das prestações de contas das campanhas. É fato, malgrado não se possa levantar óbices em relação a uma medida de transparência e de moralidade com argumentos que impliquem eventual estímulo ao crime eleitoral. Aliás, o famigerado “caixa 2” é largamente praticado no sistema vigente, em que os limites estipulados pela legislação eleitoral são usualmente descumpridos, como se percebe das campanhas verdadeiramente milionárias que a cada pleito eleitoral se sucedem.

Esta seria apenas uma das medidas passíveis de coibir, ou ao menos de mitigar os efeitos do indesejado abuso do poder econômico nas eleições. Muito se fala em financiamento público de campanha, ou seja, com proibição total de doações feitas por particulares, pessoas naturais ou jurídicas. O dinheiro arrecadado do contribuinte, por meio de tributos, passaria a ser a fonte exclusiva do financiamento das campanhas eleitorais. Assunto deveras polêmico, já que não são conhecidos os critérios que regeriam a distribuição dos recursos entre os candidatos. Seria possível assegurar-se a isonomia entre os beneficiários dos recursos públicos? Por outro lado, isto impediria o dinheiro arrecadado por fora (caixa 2)?

Dados levantados pelo Departamento Intersindical de Assistência Parlamentar (DIAP) revelam a promíscua relação existente entre o financiamento privado de campanhas e o resultado eleitoral nas eleições de 2010 dos deputados e senadores. Nele ficou comprovado que dos 594 parlamentares (513 deputados e 81 senadores) eleitos em 2010, 273 são empresários, 160 compõem a bancada ruralista e apenas 91 parlamentares são considerados representantes dos trabalhadores, sendo que menos de 10% (dez por cento) é constituída de mulheres (Fonte DIAP: <http://goo.gl/uaHrj7>; v. in Cartilha “Projeto de Iniciativa Popular de Reforma Política Democrática e Eleições Limpas” – Rede da Coalizão pela Reforma Política Democrática e Eleições Limpas” – Ordem dos Advogados do Brasil e outras 102 entidades da sociedade civil).

**Em julgamento realizado em 17/9/2015, o STF acolheu a ADIn 4.650, por 8 votos contra 3, declarando a*

inconstitucionalidade das doações de pessoas jurídicas a candidatos e a partidos políticos em campanhas eleitorais.

São inúmeras as questões pertinentes à conveniência de adotar-se o sistema de financiamento público das campanhas eleitorais.

Todas essas questões, todavia, cedem diante da lamentável realidade constatada no exercício antiético do poder, da relação de autêntica promiscuidade entre o público e o privado no chamado estado patrimonialista, em que os interesses dos governantes e dos legisladores eleitos se confundem com os negócios de seus patrocinadores.

Nessa área, a atuação de vigilância permanente da cidadania e das entidades não governamentais representativas de segmentos da sociedade civil voltados à defesa da legalidade e ao exercício da transparência no controle dos gastos públicos, afigura-se essencial à correta destinação dos recursos públicos em benefício exclusivo da sociedade, prevenindo e reprimindo a atuação do administrador negligente ou desonesto, denunciando os atos de improbidade aos Órgãos constituídos e incumbidos da fiscalização da despesa pública e da preservação da regularidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da economicidade, tais como: as Controladorias e Corregedorias da Administração, os Tribunais de Contas, a Advocacia Pública de Carreira em todos os níveis e esferas do Poder Público, aos quais deve ser assegurada autonomia administrativa e financeira, além da independência técnica, a exemplo do que já ocorre com o Ministério Público, defensor dos interesses indisponíveis da cidadania e da sociedade.

Ao lado dessas entidades, e aqui faço especial referência à Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, que criou uma Comissão Especial de Controle Social dos Gastos Públicos, colocando-se como protagonista no combate ao nepotismo e a todas as formas de corrupção, insere-se a imprensa livre como parceira fundamental da cidadania no exercício do chamado jornalismo investigatório e responsável, fiscalizando e denunciando os atos ímprobos praticados tanto na administração pública quanto nas atividades empresariais conduzidas de modo antiético.

Atualmente, conta o Brasil com um verdadeiro arsenal legislativo, representado por leis como as de acesso às informações e a de transparência, a lei de improbidade

administrativa, a lei da ficha limpa, a lei de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração Pública, oportunamente chamada de lei anticorrupção e, mais recentemente promulgada, a lei do marco regulatório das organizações da sociedade civil. Não será, portanto, por insuficiência de normas reguladoras que se deixarão impunes os agentes corruptores e os servidores públicos corruptos.

Nessa inexpugnável trincheira de luta em defesa da moralidade e da probidade no uso do dinheiro e do patrimônio públicos, situam-se em simetria as figuras do advogado particular, que no seu ministério privado presta serviço público e exerce função social (art. 2º, § 1º, do EOAB) e do advogado do Estado - *lato sensu* - cada qual exercendo seu papel e munidos das prerrogativas profissionais que lhes são inerentes, na condição de agentes indispensáveis à administração da justiça (art. 133, da Constituição).

O advogado constituído por meio de mandato – particular ou legal - para a representação dos interesses de seu constituinte é, na essência de suas funções, instrumento de garantia da legitimidade e da legalidade dos atos administrativos e dos negócios privados, seja atuando no campo da advocacia consultiva e preventiva, seja no largo espectro das atividades de natureza conciliatória, seja, ainda que como última, mas não menos importante via, na advocacia exercida em processos contenciosos administrativos e judiciais.

Nessa linha de atuação voltada ao interesse público, a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/SP, por sua Comissão de Controle Social dos Gastos Públicos, promove regularmente encontros, seminários e congressos, em parceria com instituições públicas de controle externo (Ministério Público, Tribunais de Contas) e interno, como são as Controladorias e Corregedorias da Administração e a Advocacia Pública, além de organizações sociais não governamentais (Instituto Ethos, Transparência Internacional), comprometidos com a hígida política da transparência nos gastos públicos e com a probidade do administrador no dispêndio do dinheiro do contribuinte, tendo por escopo estimular a participação da sociedade civil e da cidadania no controle e fiscalização dos gastos públicos, por meio de instrumentos legais tais como as já referidas leis de acesso às informações, de transparência, de improbidade administrativa e a lei anticorrupção, dentre outros.

Da cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial

Manoel de Queiroz Pereira Calças
Ruth Maria Junqueira de Andrade Pereira e Silva

1. Introdução

A recuperação judicial foi inserida no direito positivo brasileiro pela Lei nº 11.101/2005 que, ao revogar o Decreto-lei nº 7.661/45, aboliu o instituto da concordata. Na lei anterior, a concordata preventiva era o instituto que tinha por escopo evitar o decreto de falência do comerciante e das sociedades comerciais. A teor do art. 147 da lei anterior, a concordata abrangia exclusivamente os créditos quirografários. Já a recuperação judicial foi instituída sob o princípio da função social da empresa, que, encontrando-se em crise econômico-financeira, deve ser reorganizada por iniciativa do próprio devedor, seja ele o empresário, seja a sociedade empresária.

A Lei nº 11.101/2005, ao disciplinar a recuperação judicial, exclui expressamente diversas categorias de créditos de sua abrangência. O art. 49 “caput”, após afirmar que estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos, relaciona os titulares de créditos que não se subordinam ao instituto da recuperação. Não se sujeitam aos efeitos da recuperação judicial os créditos dos credores titulares da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóveis cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretroatividade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio (§ 3º do art. 49). Excluídos também estão da recuperação judicial os créditos decorrentes de adiantamento de contrato de câmbio para exportação - ACC - disciplinados no art. 75, §§ 3º e 4º, da Lei nº 4.728/65 (§ 4º do art. 49 e inciso II do art. 86).

O Código Tributário Nacional estabelece que a cobrança judicial do crédito tributário não se sujeita à recuperação judicial (art. 187), mercê do que o art. 6º da Lei de Recuperação e Falências, ao impor a suspensão das ações e execuções contra o devedor que obtiver o deferimento do processamento de sua recuperação judicial, preconiza no parágrafo 7º que “as execuções de natureza fiscal não são suspensas pelo deferimento da recuperação judicial”.

Em resumo, ressalvadas as exceções acima apontadas, todos os créditos de responsabilidade da empresa devedora que existirem na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, submetem-se a seus efeitos. De tal previsão legal resulta que não se sujeitam à recuperação judicial os débitos da empresa recuperanda que forem constituídos após requerimento da recuperação.

Importa ressaltar que a jurisprudência da Câmara especializada em direito empresarial do Tribunal de Justiça de São Paulo consolidou o entendimento de que os créditos provenientes de fatos, relações ou negócios jurídicos anteriores ao pedido de recuperação, cuja declaração e reconhecimento derivarem de sentença prolatada após o ajuizamento da recuperação judicial, submetem-se aos efeitos da recuperação judicial. Fundamenta-se tal jurisprudência na assertiva de que tais créditos já existiam antes do ajuizamento da recuperação judicial, e a sentença que o reconhecer tem apenas o efeito de declarar a sua existência e a obrigação da recuperanda de realizar o respectivo pagamento.

Neste sentido:

“Habilitação de crédito. Ausência de trânsito em julgado da decisão que reconhece a existência do crédito e determina seu “quantum” não constitui óbice à inserção do crédito em plano de recuperação judicial. Inteligência do artigo 49 da Lei nº 11.101/05. Hipótese em que o direito de crédito tem existência anterior ao pedido de recuperação judicial, apenas pendia de reconhecimento e determinação exata de seu valor pelo Poder Judiciário. Crédito constituído antes do pedido de recuperação, mas ilíquido, se encontra sujeito aos efeitos da moratória, apenas com a peculiaridade de ensejar pedido de reserva da importância devida, nos termos do § 3º do art. 6º da Lei nº 11.101/05, no aguardo do trânsito em julgado da sentença condenatória proferida na fase de conhecimento. Recurso provido” (Agravo de Instrumento nº 0229597-50.2011.8.26.0000, Rel. Des. FRANCISCO LOUREIRO, j. em 31/07/2011, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 029698-95.2012.8.26.0000, Rel. Des. MAIA DA CUNHA, j. em 26/02/2013, v.u.

A precisão da Câmara especializada paulista na interpretação da expressão “**créditos existentes na data do pedido**” acarreta exegese que impõe a decomposição dos créditos, considerando-se o fato gerador creditício, tendo por marco a data do protocolo do pedido de recuperação judicial. Assim é que, nos casos de crédito trabalhista, constituído em parte antes e em parte depois de distribuído o pedido de recuperação judicial, firmou-se o entendimento de que apenas o crédito correspondente ao período de trabalho prestado anteriormente ao ajuizamento do pedido recuperacional sujeita-se aos efeitos do instituto. Confira-se: Agravos de Instrumento nºs 0224875-70.2011.8.26.0000 e 0126112-97.2012.8.26.0000, ambos relatados pelo Des. FRANCISCO LOUREIRO, TJSP).

Neste ensaio examinaremos uma das questões mais polêmicas vinculadas à sujeição de créditos aos efeitos da recuperação judicial: a cessão fiduciária de recebíveis, também chamada de trava bancária.

2. Propriedade fiduciária

O negócio fiduciário tem sua origem no instituto da fidúcia que era previsto no direito romano. Havia dois tipos de fidúcia: I) A “fiducia cum amico”, que não tinha escopo de garantia e constituía negócio jurídico pelo qual uma pessoa alienava os seus bens mediante a condição de lhe serem restituídos quando cessassem as circunstâncias que a motivaram, tais como uma viagem, ausência por longo tempo, uma guerra, desentendimentos políticos. O fiduciante transmitia seus bens a uma pessoa amiga ou a um familiar, com o ajuste de que referidos bens ser-lhe-iam restituídos após superados os motivos da celebração do negócio fiduciário; II) A outra modalidade de fidúcia era a chamada “fiducia cum creditore” ou “fiducia pignoris causa cum creditore”, pela qual o proprietário vendia bens a seu credor, reservando-se o direito de recuperá-lo quando efetuasse o pagamento de sua dívida. A grande característica do negócio fiduciário era a transferência de um bem ou de direito ao adquirente que assumia a obrigação de devolução ao alienante, após ser atingido o fim colimado no negócio. A maioria dos romanistas sustenta que a fidúcia romana finca suas raízes na Lei das XII Tábuas e, inicialmente, tinha por fundamento, exclusivamente, a confiança (“ex fide bona”), a boa-fé, a lealdade e a honestidade, razão pela qual o descumprimento da obrigação de restituir o bem transmitido fiduciariamente implicava somente sanções de natureza moral (“fides fiducia”). Ulteriormente, o negócio fiduciário foi garantido por uma ação especial, conhecida por “actio fiduciae contraria”, na qual se atribuía ao fiduciário o descumprimento de um dever moral, mercê do que a condenação acarretava uma declaração de infâmia. Em virtude dos abusos praticados, a fidúcia viu-se abandonada pelo direito romano. (OTTO DE SOUZA LIMA, *Negócio Fiduciário*, p. 9 e seguintes; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, p. 361/362).

Posteriormente, a fidúcia ressurgiu no direito romano, instituída em pacto adjeto, convencionada secreta e incidentalmente ao negócio translativo da propriedade, que era realizado mediante fórmulas verbais solenes por intermédio da “macipatio” ou pela “in jure cessio”, denominando-se “pactum fiduciae”. Após larga utilização do negócio fiduciário no período clássico, foi ele abolido no direito justinianeu.

Caio Mário da Silva Pereira notícia que a supressão do negócio fiduciário do “Corpus Iuris Civilis” do século VI implicou sua não receptividade nos sistemas romano-cristãos. Assim, é que o Código Napoleão de 1804, bem como o BGB alemão de 1896, não o acolheram. Em razão disso, todos os códigos que perfilharam a orientação francesa e tedesca não disciplinaram o negócio fiduciário, tal qual ocorreu com o Código Civil brasileiro de 1916. Por seu turno, os países que seguem o sistema da Common Law instituíram o “trust”, com a finalidade de garantia (Instituições de Direito Civil, vol. IV, p. 362).

Em nosso direito positivo, a introdução do negócio fiduciário ocorreu na Lei nº 4.728/1965, que regula o mercado de capitais e disciplina o instituto sob o modelo romano da “fiducia cum creditore”, conferindo-lhe a natureza jurídica de direito real com escopo de garantia de coisa móvel infungível. Por esta lei, a propriedade fiduciária ficou confinada à utilização pelas instituições financeiras, haja vista que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendiam que somente elas poderiam se valer do contrato de alienação fiduciária. Pelo instituto então adotado, o credor fiduciário assumia a qualidade de titular do domínio da coisa alienada até que a dívida fosse solvida. Anote-se que não havia a tradição real da coisa alienada fiduciariamente, pois o devedor fiduciante continuava a possuí-la em nome do adquirente. Não satisfeita a dívida garantida, o proprietário fiduciário tinha o direito de reivindicar a coisa do devedor. Posteriormente, houve alteração da redação do art. 66 da Lei de Mercado de Capitais pelo Decreto-lei nº 911/69, seguindo-se, ulteriormente, a instituição da alienação fiduciária de imóvel pela Lei nº 9.514/97, com expressa menção de tratar-se de direito real sobre o imóvel objeto do financiamento imobiliário.

Na Lei nº 9.514/97, a alienação fiduciária é definida como o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel (art. 22). Preceitua referida lei que a propriedade fiduciária do imóvel constitui-se mediante registro, no competente Registro de Imóveis, do contrato que lhe serve de título. Outrossim, constituída a propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o fiduciante possuidor direto e o fiduciário possuidor indireto da coisa imóvel (art. 23 e parágrafo único).

O Código Reale (Lei nº 10.406/2002) introduz, com todas as galas no capítulo que trata da propriedade resolúvel, a propriedade fiduciária, disciplinada nos artigos 1.361 a 1.368, definindo-a nos seguintes termos: “*Considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor*”. “*Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro. Com a constituição da propriedade fiduciária, dá-se o desdobramento da posse, tornando-se o devedor possuidor direto da coisa*” (art. 1.361 e §§ 1º e 2º).

Por fim, com a Lei nº 10.931/2004, no art. 55, promove-se a alteração da Lei nº 4.728/65, que introduz o art. 66-B, com a seguinte redação: “*O contrato de alienação fiduciária celebrado no âmbito do mercado financeiro e de capitais, bem como em garantia de créditos fiscais e previdenciários, deverá conter, além dos requisitos definidos na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, a taxa de juros, a cláusula penal, o índice de atualização monetária, se houver, e as demais comissões e encargos*”. Esta Lei, a par de acrescentar o art. 1.368-A no Código Civil, acarreta importante inovação em nosso direito positivo, ao permitir a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito.

Diz o parágrafo 66-B:

“§ 3º É admitida a alienação fiduciária de coisa fungível e a cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis, bem como de títulos de crédito, hipóteses em que, salvo disposição em contrário, a posse direta e indireta do bem objeto da propriedade fiduciária ou do título representativo do direito ou do crédito é atribuída ao credor, que, em caso de inadimplemento ou mora da obrigação garantida, poderá vender a terceiros o bem objeto da propriedade fiduciária independente de leilão, hasta pública ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, devendo aplicar o preço da venda no pagamento do seu crédito e das despesas decorrentes da realização da garantia, entregando ao devedor o saldo, se houver, acompanhado do demonstrativo da operação realizada”.

“§ 4º No tocante à cessão fiduciária de direitos sobre coisas móveis ou sobre títulos de créditos aplica-se, também, o disposto nos arts. 18 a 20 da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997”.

Apesar de não desconhecer a edição da Lei nº 4.864/65 que no art. 22 tratou da cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação, diploma legal de aplicação extremamente restrita (créditos decorrentes das vendas de unidades habitacionais construídas com recursos outorgados em financiamento), ousamos sustentar, em rigor, que foi a Lei nº 10.931/2004 que, efetivamente, introduziu a cessão fiduciária de créditos no direito brasileiro, mercê da qual o credor fiduciário, no caso de inadimplemento do devedor fiduciante, poderá receber os valores correspondentes aos créditos que lhes foram cedidos fiduciariamente e usá-los no pagamento de seu crédito, devolvendo ao devedor fiduciante o saldo remanescente eventualmente existente.

Da leitura dos dispositivos legais que atualmente regem a matéria objeto deste estudo, releva ressaltar, por amor à precisão conceitual, que as expressões “alienação fiduciária em garantia” e “propriedade fiduciária” não se confundem. Apesar de ser frequente nos meios forenses o uso das duas expressões como se fossem sinônimas, em rigor, alienação fiduciária em garantia configura o negócio jurídico que constitui a garantia fornecida pelo devedor, enquanto a propriedade fiduciária é modalidade de direito real com escopo de garantia. Em suma: a alienação fiduciária em garantia gera a instituição da propriedade fiduciária.

Pontes de Miranda formula relevante ensinamento sobre a alienação fiduciária em garantia. Ele menciona a existência dos direitos reais limitados em garantia, anotando as figuras jurídicas de dação em segurança. Enfatiza que não se pode confundir as constituições e as transferências de direitos reais limitados em segurança com os direitos reais de garantia. No sistema positivo brasileiro, os direitos reais de garantia são o penhor, a caução de crédito, a hipoteca e a anticrese. Para o jurista, os direitos reais de garantia não se confundem com os direitos reais em garantia. “Na cessão fiduciária de segurança, o cessionário pode cobrar o crédito quando já exigível, no seu interesse (pois foi garantido com a cessão) e no do credor cedente, que se libera e tem direito a receber o excesso sobre o seu débito. Por onde se vê que, ao se tornar exigível o crédito cedido, tem o cessionário autorização para cobrar” (Tratado de Direito Privado, vol. XXIII, § 2.826, p. 285).

A nosso sentir, correto o entendimento de que a cessão

fiduciária de créditos constitui direito real em garantia e implica transferência da titularidade do respectivo crédito, mercê do que, vencido o crédito cedido, poderá o cessionário cobrá-la do devedor com o escopo de usar o valor recebido para pagamento do débito do devedor-cedente e, se saldo houver, restituí-lo ao cedente.

3. A cessão fiduciária de créditos está encartada no parágrafo 3º do artigo 49?

Esta é a indagação que causa perplexidade, dúvidas e controvérsias na doutrina e na jurisprudência e que tentaremos responder com base na interpretação da Lei nº 11.101/2005, realizada pelos tribunais brasileiros.

O art. 49, parágrafo 3º, no que interessa a estas reflexões, estipula que o credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial, e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais à sua atividade empresarial.

Indaga-se: o titular de cessão fiduciária de crédito está enquadrado no conceito de “titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, para o fim de ser reputado como não submetido aos efeitos da recuperação judicial?

Na jurisprudência, há dois entendimentos divergentes sobre tal questão:

I. Corrente que afirma que os titulares de cessão fiduciária de crédito não se confundem com os titulares da posição de “proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis”, razão pela qual estão aqueles subordinados aos efeitos da recuperação judicial.

Os juízes que afirmam a submissão da cessão fiduciária de crédito à recuperação judicial enfatizam que o parágrafo 3º do art. 49, ao mencionar “bens móveis ou imóveis”, refere-se a “bens infungíveis”, mercê do que, tratando-se de norma que inadmite hermenêutica extensiva, equivocada a inclusão da cessão fiduciária no referido dispositivo legal, haja vista sua insuperável fungibilidade. Ademais, sustentam que a circunstância de o legislador não ter mencionado, de forma expressa, a exclusão da cessão fiduciária de créditos dos efeitos da recuperação judicial, indica a intenção do legislador de excluir somente os créditos garantidos pela propriedade fiduciária de bens móveis ou imóveis. Destacam que a regra geral constante do “caput” do art. 49 é a sujeição à recuperação judicial de todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. Considerando-se que o § 3º do art. 49 disciplina a exceção, ou seja, os créditos que não se submetem aos efeitos da recuperação, inadmissível ao intérprete aplicar exegese extensiva.

Neste sentido a jurisprudência emanada do Tribunal de Justiça do Espírito Santo:

“Propriedade fiduciária de títulos de crédito. Sujeição aos efeitos da recuperação judicial. Não incidência da exceção prevista na legislação falimentar. 1. A redação do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005 estatui, claramente, que

os créditos daqueles em posição de proprietário fiduciário de bem móvel e imóvel não se submetem aos efeitos da recuperação judicial. 2. Assim como o próprio agravante insiste em afirmar em suas razões recursais, o mesmo se revela como proprietário fiduciário de títulos de crédito que, por óbvio, não se confundem com a classificação de bens móveis ou imóveis. 3. Se a legislação admite a cessão fiduciária tanto de coisa móvel quanto, como no caso em apreço, de títulos de crédito, deveria esta última hipótese também estar prevista, de modo expresso pela lei específica, como excluída dos efeitos da recuperação, o que não é o caso”. (AI nº 030089000142, rel. Des. JORGE GOES COUTINHO, j. em 24/06/2008).

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro tem precedente que examina a questão da cessão fiduciária de recebíveis decorrentes de vendas feitas com cartão de crédito (trava bancária) que exclui o referido crédito da abrangência do § 3º do art. 49, sob o fundamento de ser norma excepcional cuja interpretação deve ser feita restritivamente, consoante ementa a seguir transcrita:

“Direito empresarial. Recuperação judicial de empresa. Credor que se apresenta como proprietário fiduciário mas, na verdade, é credor pignoratício. Sujeição dos créditos garantidos por penhor ao processo de recuperação judicial. Legitimidade da decisão judicial que autoriza o levantamento da metade dos recebíveis, liberando tais verbas do mecanismo conhecido como “trava bancária”. Aplicação dos princípios da preservação da empresa e da função social do contrato” (Agravado de Instrumento nº 2009.002.01890, Rel. Des. ALEXANDRE FREITAS CÂMARA, j. em 18/02/2009).

II. Posição diversa proclama a exclusão dos titulares de créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos da recuperação judicial, sob o argumento de que a lei, ao aludir à propriedade fiduciária de bens móveis, sem mencionar a distinção entre bens móveis fungíveis e infungíveis, incluiu na exceção os direitos pessoais de caráter patrimonial, que o art. 83, III, do Código Civil, considera “móveis para efeitos legais”. Por outro lado, o conceito de cessão fiduciária de crédito compõe, ao lado da alienação fiduciária de bens móveis ou imóveis, a categoria de negócio fiduciário que gera a propriedade fiduciária, mercê do que, sem fundamento a inclusão dos créditos objeto de cessão fiduciária de crédito na recuperação judicial.

A Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou, de forma pioneira, entendimento, atualmente sumulado, que exclui os créditos decorrentes de cessão fiduciária de recebíveis (trava bancária), dos efeitos da recuperação judicial, desde que o negócio fiduciário esteja regularmente constituído antes do requerimento judicial da recuperação.

O acórdão pioneiro, da lavra do Des. Romeu Ricupero, assim foi ementado:

“Recuperação judicial. Despacho judicial que deferiu o desbloqueio de bens por parte do agravante, liberando-os para a agravada e recuperanda. Inadmissibilidade. Cédula de crédito bancário com contrato de constituição de alienação fiduciária em garantia (cessão fiduciária de direitos de crédito). Os direitos de créditos são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, do CC) e se incluem no § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária constituída com o registro do contrato. Aplicação do

disposto no art. 49, §§ 3º e 5º, da Lei 11.101/2005. Recurso interposto tempestivamente, ou seja, dentro do prazo legal, contado a partir do dia em que o agravante teve efetivamente vista dos autos. Agravo de instrumento conhecido e provido” (Agravado de Instrumento nº 585.273.4/7-00, j. em 19/11/2008, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 994.09.291105-0, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS.

A interpretação reiterada da Câmara especializada em falências e recuperações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo no sentido de que os direitos de crédito são bens móveis para os efeitos legais (art. 83, III, CC) e, via de consequência, estão abrangidos pelo § 3º do art. 49 da Lei nº 11.101/2005 foi consolidado na **Súmula 59** da Corte paulista, “in verbis”:

“Classificados como bens móveis, para os efeitos legais, os direitos de créditos podem ser objeto de cessão fiduciária”.

A exegese jurisprudencial sobre a cessão fiduciária de créditos na recuperação judicial acarretou outra discussão: o registro do instrumento da cessão fiduciária de crédito é formalidade exigida para a constituição ou apenas para a publicidade do negócio jurídico fiduciário?

Sobre esta questão a Câmara especializada em recuperações judiciais do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo firmou posicionamento no sentido de que a propriedade fiduciária só se considera constituída mediante o registro do contrato de alienação fiduciária no Registro de Títulos e Documentos, exigindo, ademais, que, para ser excluído dos efeitos da recuperação judicial, o instrumento de cessão fiduciária de crédito deve ter sido registrado na forma da lei antes do ajuizamento do pedido de recuperação judicial da empresa fiduciante.

Confira-se:

“Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contratos regularmente registrados na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação judicial” (Agravado de Instrumento nº 680.360.4/7-00 (9032737-88.2009.8.26.0000) Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.).

Na mesma senda, considerando-se, porém, como quirografário, o crédito derivado de cessão fiduciária cujo instrumento não foi registrado antes do requerimento da recuperação judicial, nos termos da ementa abaixo:

“Recuperação judicial. Decisão que excluiu crédito decorrente de cédula de crédito bancária garantida por cessão fiduciária de títulos de crédito dos efeitos da recuperação judicial. Inteligência do art. 49, § 3º, da Lei nº 11.101/2005. Cessão fiduciária de crédito tem a mesma natureza de alienação fiduciária de bens móveis e configura propriedade fiduciária. Imprescindibilidade do registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Interpretação do art. 1.361, § 3º, do Código Civil. Natureza constitutiva do registro. Ausência do registro implica inexistência da propriedade fiduciária. Crédito sujeito aos efeitos da recuperação judicial, como quirografário. Agravo provido” (Agravado de Instrumento nº 691.778.4/0-00 (0275945-97.2009.8.26.0000), Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 04/05/2010, v.u.).

Impende ressaltar que a Câmara especializada paulista, para firmar a exclusão do crédito decorrente de cessão fiduciária em garantia dos efeitos da recuperação, exigiu que a constituição do aludido crédito observasse, rigorosamente,

a formalidade do § 1º do art. 1.361 do Código Civil, que assim preconiza: “*Constitui-se a propriedade fiduciária com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor*”.

O Des. Francisco Loureiro, ao comentar referido dispositivo legal, afirma: “*O § 1º do art. 1.361 disciplina a forma e o registro do contrato e termina com antiga polêmica sobre a natureza do registro. Explicita o preceito que a propriedade fiduciária se constitui com o registro. Não há mais sentido em discutir-se se o registro tem efeito constitutivo ou publicitário, e perde vigência a Súmula 489 do STF, do seguinte teor: A compra e venda de automóvel não prevalece contra terceiros de boa-fé, se o contrato não foi transcrito no Registro de Títulos e Documentos*”. Positivou a lei a Súmula nº 92 do STJ: “*A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no Certificado de Registro do veículo automotor*”. E prossegue o comentarista: “*A questão agora não é mais oponibilidade em face de terceiros de boa-fé, mas de inexistência de propriedade fiduciária sem o prévio e correto registro. Antes do registro, há simples crédito, sem qualquer garantia real nem propriedade resolúvel transferida ao credor*” (Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência, p. 1.406).

A jurisprudência formada sobre a natureza constitutiva do registro público do instrumento de cessão fiduciária de crédito cristalizou-se no verbete da **Súmula 60** do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“*A propriedade fiduciária constitui-se com o registro do instrumento no registro de títulos e documentos do domicílio do devedor*”.

Outra questão também foi suscitada sobre os créditos derivados de cessão fiduciária: reconhecendo-se como correto que a cessão fiduciária de créditos ou recebíveis constitui modalidade de propriedade fiduciária, o que implica sua não submissão aos efeitos da recuperação judicial, seria de rigor a observância da parte final do § 3º do art. 49, “in verbis”: “*não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”. **Em suma: os créditos dos recebíveis objeto de cessão fiduciária têm a natureza de “bens de capital” e, por isso, durante o prazo de 180 dias, não poderão ser apropriados pelo credor fiduciário?**

Examinando expressamente o tema, a Câmara especializada firmou o entendimento de que os créditos cedidos fiduciariamente pela empresa devedora não se enquadram no conceito de “bens de capitais essenciais a sua atividade empresarial”, mercê do que não incide a proibição assinalada na parte final do § 3º do art. 49.

Nesta linha, confira-se a ementa do precedente:

“*Cédula de crédito bancário garantida por cessão fiduciária de direitos de crédito. Direitos de crédito (recebíveis) têm a natureza legal de bens móveis (art. 83, III, CC) e se incluem no § 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005. Propriedade fiduciária que se constitui mediante o registro do título no Registro de Títulos e Documentos. Inteligência do art. 1.361, § 1º, do Código Civil. Contrato registrado na forma da lei que constitui a cessão fiduciária de crédito, direito real em garantia. Crédito não sujeito aos efeitos da recuperação. Recebíveis não são bens de capital na for-*

ma prevista na parte final do § 3º do art. 49” (Agravo de Instrumento nº 655.134.4/8-00, Rel. Des. PEREIRA CALÇAS, j. em 15/12/2009, v.u.). No mesmo sentido: Agravo de Instrumento nº 680.360.4/7-00.

Em síntese, a Câmara especializada julgou que a ressalva constante da parte final do § 3º do art. 49, que “*não permite a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”, não incide sobre créditos cedidos fiduciariamente, entendendo-se que bens de capital ou de produção são os equipamentos e instalações indispensáveis para que a recuperanda exerça sua atividade empresarial.

O Superior Tribunal de Justiça apreciou a incidência ou não da ressalva final do parágrafo 3º do art. 49, conforme consta de judicioso voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, que assim se pronunciou: “*em se tratando de cessão fiduciária de crédito, bem móvel incorpóreo, não é cabível essa ressalva final, pois o art. 18 da Lei nº 9.514, aplicável à cessão fiduciária de títulos de crédito, conforme a remissão da Lei nº 10.931, dispõe que o contrato de cessão fiduciária em garantia opera a transferência ao credor da titularidade dos créditos cedidos até a liquidação da dívida garantida – seguindo-se ao art. 19, o qual defere ao credor o direito de posse do título – a qual pode ser conservada e recuperada, inclusive contra o próprio cedente (inciso I), bem como o direito de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos fiduciariamente, outorgando-lhe ainda o uso de todas as ações e instrumentos judiciais ou extrajudiciais para receber os créditos cedidos, ou seja, na forma da lei que rege a cessão fiduciária de títulos de crédito, a própria posse do título cabe ao credor; que tem a prerrogativa de receber diretamente dos devedores os créditos cedidos até o limite da dívida garantida. Portanto, nem haveria mesmo que se dizer que tais bens incorpóreos não poderiam ser retirados do estabelecimento do devedor porquanto esses títulos, de regra, estão na posse do credor para que ele possa receber diretamente do devedor os créditos cedidos fiduciariamente*” (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, j. em 05/02/2013).

Perfilhamos integralmente a sustentação complementar do voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, pois, com efeito, considerando-se que a cessão fiduciária implica a transferência do direito de crédito - bem móvel incorpóreo por definição legal - ao credor fiduciário, o qual, se o crédito cedido for representado por título de crédito, recebe, por tradição, a posse das cártulas respectivas. Afrontaria, portanto, aos mais comezinhos postulados da lógica perquirir se é admissível a incidência da regra final do § 3º do art. 49, que proíbe a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial. Afinal das contas, as cártulas ou os instrumentos representativos dos créditos cedidos ao credor fiduciário já se encontram em seu poder a fim de que ele promova a respectiva cobrança dos devedores originários. Indaga-se: **como proibir a retirada de algo que não se encontra mais no estabelecimento do fiduciante?**

Arrematando nossas reflexões, outra questão foi trazida ao julgamento dos tribunais: a cessão fiduciária só poderia ter por objeto bens presentes (créditos já existentes), sendo inadmissível cessão sobre créditos futuros ou recebíveis ainda não constituídos no momento da celebração do negócio fiduciário.

No jargão do mercado financeiro, a questão envolve

os chamados recebíveis performados e os não-performados. Por recebíveis performados, entendem-se os créditos derivados da venda de mercadorias realizada ou a prestação de serviços finalizada. Por outro lado, os recebíveis não-performados ou recebíveis a performar são derivados de contratos celebrados pela empresa vendedora ou prestadora de serviços, os quais, no entanto, ainda não foram executados. Nestes casos, o cliente ainda não recebeu a mercadoria ou o serviço.

A controvérsia foi dirimida com a aplicação do art. 31 da Lei nº 10.931/2004, assim redigido: “*A garantia da Cédula de Crédito Bancário poderá ser fidejussória ou real, neste último caso constituída por bem patrimonial de qualquer espécie, disponível e alienável, móvel ou imóvel, material ou imaterial, presente ou futuro, fungível ou infungível, consumível ou não, cuja titularidade pertença ao próprio emitente ou a terceiro garantidor da obrigação principal*”.

A Câmara especializada decidiu que “*a cédula de crédito bancária está garantida pela cessão fiduciária de direitos creditórios, que, como se viu, são bens móveis para os efeitos legais (Súmula 59 TJSP). Se são bens móveis, reais, podem ser, portanto, presentes ou futuros*” (Agravo de Instrumento nº 2021503-92.2013.8.26.0000, Rel. Des. TEIXEIRA LEITE, j. em 06/02/2014, v.u.).

Resumindo, o posicionamento da jurisprudência especializada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: a cessão fiduciária de créditos pode ter por objeto “recebíveis performados” (operações já realizadas) ou “recebíveis a performar” ou “recebíveis não-performados” (prestação de serviços ou vendas a serem realizadas no futuro).

O Superior Tribunal de Justiça, por ora, tem precedentes que versam apenas sobre a sujeição dos créditos derivados de cessão fiduciária em face da recuperação judicial da empresa-fiduciante. Vejamos:

“*Recurso Especial. Recuperação judicial. Contrato de Cessão Fiduciária de Duplicatas. Incidência da Exceção do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005. Art. 66-B da Lei 4.728/1965. Em face da regra do art. 49, § 3º da Lei nº 11.101/2005, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial os créditos garantidos por cessão fiduciária*”. (Recurso Especial nº 1.263.500-ES, Rel. Min. MARIA ISABEL GALLOTTI, j. em 05/02/2013, v.u.).

“*Conforme a jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte o crédito garantido por cessão fiduciária não se submete ao processo de recuperação judicial, uma vez que possui a mesma natureza de propriedade fiduciária, podendo o credor valer-se da chamada trava bancária*” (AgRG no Recurso Especial nº 1.326.851-MT, Rel. Min. SIDNEI BENETI, j. em 19/11/2013, v.u.). No mesmo sentido: Recurso Especial nº 1.202.918/SP, Rel. Min. RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Terceira Turma, j. em 07/03/2013.

4. Conclusão

Examinando-se os precedentes jurisprudenciais referidos impõe-se o reconhecimento de que:

1. Resultou consolidado o entendimento de que

a cessão fiduciária de crédito tem natureza jurídica de negócio fiduciário e está enquadrada na expressão “proprietário fiduciário de bens móveis”, contida no parágrafo 3º do art. 49, da Lei nº 11.101/2005, mercê do que os créditos objeto de contrato de cessão fiduciária no qual empresa em recuperação judicial figura como fiduciante, não se submetem aos efeitos da recuperação judicial.

2. O registro do instrumento de cessão de crédito no Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor tem natureza constitutiva. O ato registrário deve ser promovido antes do requerimento da recuperação judicial para a instituição da propriedade fiduciária e a consequente exclusão do respectivo crédito dos efeitos da recuperação da empresa fiduciante. Inteligência do § 1º do art. 1.361, do Código Civil.

3. A ressalva contida na parte final do § 3º do art. 49, que “*não permite a retirada do estabelecimento dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial*”, não incide sobre o crédito cedido fiduciariamente, bem móvel incorpóreo, visto que já transferida a titularidade e a posse ao credor fiduciário, para que ele possa promover diretamente a cobrança do devedor originário. Em síntese, crédito cedido fiduciariamente não é considerado bem de capital na acepção econômica-jurídica do termo.

4. A legislação de regência admite que a cessão fiduciária tenha por objeto créditos presentes (recebíveis performados) ou futuros (recebíveis a performar).

5. Bibliografia citada ou consultada

CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il Negozio Giuridico Nel Diritto Privato Italiano*, Napoli: Morano Editore, 1949.

_____. *I Negozi Fiduciari*. Padova: Cedam-Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1933.

GOMES, Orlando. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 4ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

LIMA, Otto de Souza. *Negócio Fiduciário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1962.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. In *Código Civil Comentado: Doutrina e Jurisprudência*, Coordenador Ministro Cezar Peluso, 4ª edição rev. e atual., São Paulo: Ed. Manole, 2010.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Da Alienação Fiduciária em Garantia*, 3ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*, revista e atualizada por Carlos Edson do Rêgo Monteiro Filho, volume IV, 22ª edição, Rio de Janeiro: Ed. Forense-Gen, 2014.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*, volumes 21, 23 e 51, Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1966.

O dever de boa-fé nos contratos de corretagem imobiliária

Marcos Pagan

I. Considerações sobre o dever contratual de boa-fé

O revogado Código Civil de 1916, embora elogiado pela clareza e pela precisão de conceitos, refletia as concepções predominantes do final do século XIX e do início do século XX — em grande parte ultrapassadas porque, como se sabe, baseadas no individualismo. O Código Civil de 2002, elaborado por uma comissão de juristas sob a supervisão de Miguel Reale (Lei 10.402, de 10/1/02), teve o mérito de criar institutos jurídicos mais apropriados para reger relações sociais deveras dinâmicas e em constante mutação, sempre atento aos critérios inspiradores da *eticidade*, da *operatividade* e da *socialidade*.

Na elucidativa mensagem que o coordenador Miguel Reale enviou ao ministro da Justiça, quando da apresentação do anteprojeto de lei que deu origem ao novo Código Civil, constam observações relevantes relacionadas ao protagonismo dos critérios já referidos — com especial destaque ao reconhecimento de uma sociedade em evolução, mas também preocupado com a necessidade de se condicionar a liberdade de contratar à observância dos fins sociais a que se propõem:

*“Muito embora sejamos partícipes de uma ‘sociedade em mudança’, já fizemos, no Brasil, a nossa opção pelo sistema e o estilo de vida mais condizentes com as nossas aspirações e os valores de nossa formação histórica. Se reconhecemos os imperativos de uma Democracia Social, repudiamos todas as formas de coletivismo ou estatalismo absorventes e totalitários. Essa firme diretriz não só nos oferece condições adequadas à colocação dos problemas básicos de nossa vida civil, como nos impõe o dever de assegurar, nesse sentido, a linha de nosso desenvolvimento”*¹.

Mais à frente, no capítulo referente ao Direito das Obrigações, o autor do novo Código Civil anotou que, se a consciência ética da realidade socioeconômica norteia a revisão das regras gerais sobre a formação dos contratos e a garantia de sua execução equitativa, o propósito de conferir aos contratos estrutura e finalidade sociais está presente no atendimento da socialidade do Direito; e a harmonização da matéria relativa ao inadimplemento das obrigações se deu com base nas novas diretrizes ético-sociais em matéria de responsabilidade civil, tornando explícito, como princípio condicionador de todo o processo hermenêutico, que a liberdade de contratar só pode ser exercida em con-

sonância com os fins sociais do contrato, invocados os valores primordiais da boa-fé e da probidade. Não por acaso se conferiu ao juiz poder moderador, de tal forma a aplicar penalidades pelo inadimplemento dos contratos.

Um dos marcos desta tendência socializante foi a consagração da **boa-fé** como meio auxiliador para a adequada interpretação dos negócios obrigacionais. A norma fundamental que rege o instituto está prevista no artigo 422 do Código Civil: *“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”*.

A cláusula geral de boa-fé impõe aos contratos e aos negócios jurídicos deveres anexos para as partes: o de se comportarem com a mais estrita *lealdade*; o de agirem com *probidade*; e o de prestarem adequada *informação* ao outro contratante sobre todo o conteúdo do negócio. É por conta disto que a inobservância desses deveres anexos gera a violação positiva do contrato — espécie de inadimplemento implícito que imputa responsabilidade contratual objetiva a quem os viola.

Se o respeito à boa-fé objetiva constitui princípio fundamental dos contratos, é por demais oportuno, antes da análise de sua aplicação e de seus efeitos nos contratos de corretagem imobiliária, discorrer brevemente sobre as suas origens, analisar algumas de suas características básicas e definir os principais efeitos jurídicos de sua inobservância — sempre no intuito de fornecer ao intérprete do Direito um instrumento seguro para a correta subsunção do fato à norma jurídica; e, desta forma, tentar despreziosamente contribuir não apenas para aprimorar as relações comerciais imobiliárias, mas também para defender que elas se realizem em plena harmonia com os fundamentos básicos do sistema constitucional vigente.

II. A boa-fé objetiva na doutrina

Ensina o professor Álvaro Villaça que o princípio da boa-fé *“assegura o acolhimento do que é lícito e a repulsa ao ilícito”*². De fato, se contrariada a boa-fé, comete-se abuso de direito. Em consequência, responde-se no campo da responsabilidade civil, conforme previsão do artigo 187 do Código Civil. Não por acaso o autor entende que a boa-fé objetiva constitui *“um estado de espírito, que leva o sujeito a praticar um negócio em clima de aparente segurança. Assim, desde o início devem os contratantes manter*

¹ *Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil (Diário do Congresso Nacional – Seção I, 13.6.1975).*

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 26.

seu espírito de lealdade, esclarecendo os fatos relevantes e as situações atinentes à contratação, procurando razoavelmente equilibrar as prestações, expressando-se com clareza e esclarecendo o conteúdo do contrato, evitando eventuais interpretações divergentes, bem como cláusulas leoninas, só em favor de um dos contratantes, cumprindo suas obrigações nos moldes pactuados, objetivando a realização dos fins econômicos e sociais do contratado; tudo para que a extinção do contrato não provoque resíduos ou situações de enriquecimento indevido, sem causa”³.

De acordo com o consagrado civilista, este estado de espírito, contudo, só pode ser analisado, no plano concreto, com a conduta de lealdade e de probidade que a parte deve manter em todas as etapas pela qual se desenvolve o negócio jurídico. Por certo é que a ética e a boa-fé não podem ficar somente no plano das ideias, pois a atuação da parte é o elemento fundamental que demonstrará se realmente há essa boa intenção. Daí porque, inserido no conceito de boa-fé objetiva, reside a boa-fé subjetiva — já que uma boa atuação presume, inexoravelmente, uma boa intenção.

Portanto, toda vez que há previsão da boa-fé objetiva, está também presente, haja vista a relação de mutualismo que os conceitos mantêm, a subjetiva (ainda que implicitamente). Esta assertiva baseia-se nos ensinamentos iniciais de Noronha, para quem *“mais do que duas concepções da boa-fé, existem duas boas-fés, ambas jurídicas, uma subjetiva e outra objetiva. A primeira diz respeito a dados internos, fundamentalmente psicológicos, atinentes diretamente ao sujeito; a segunda a elementos externos, a normas de conduta, que determinam como ele deve agir. Num caso, está de boa-fé quem ignora a real situação jurídica; no outro, está de boa-fé quem tem motivos para confiar na contraparte. Uma é boa-fé estado, a outra boa-fé princípio”*.⁴

Afastando qualquer tom pessimista, e acreditando na renovação dos institutos de Direito Civil, Gomes foi um dos doutrinadores que melhor soube expor, em poucas palavras, a amplitude do conceito da boa-fé objetiva. Em sua obra clássica, o autor baiano demonstra que a boa-fé contratual está relacionada com o interesse social de segurança nas relações jurídicas, expressando *“lealdade e confiança recíprocas”*. Mais uma vez fica nítida uma relação íntima entre a boa-fé objetiva e o princípio da socialidade. Mas se acrescenta, por pertinente, um terceiro elemento essencial ao conceito de boa-fé: *“colaboração”*. Estas três expressões: *“lealdade, confiança e colaboração”* traduzem o sentido pleno do princípio da boa-fé.⁵

III. A cláusula geral da boa-fé: verdadeiro instrumento de interpretação

Uma mais acurada leitura do Código Civil revela que o texto contém diversas cláusulas gerais. À toda evidência, constituem fonte de direito e de obrigações. É necessário, portanto, conhecer-se o sistema de cláusulas gerais não só para o melhor entendimento do

funcionamento e do regramento do Diploma Civil como também, e principalmente, para o encaminhamento de soluções dos problemas que o Direito Privado apresenta. Há, de fato, verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais do direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função. Vem daí a conclusão de que a solução de eventuais controvérsias reclama a atuação conjunta desse verdadeiro arsenal jurídico.

Seguindo a tendência socializante do Código Civil de 2002, há expressa previsão segundo a qual *“os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração”* (art. 113). Neste dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliar do aplicador da norma quando da interpretação dos negócios obrigacionais, particularmente dos contratos. O comando legal, todavia, não pode ser interpretado isoladamente, se não em complementaridade com o dispositivo imediatamente anterior: *“nas declarações de vontade se atenderá à intenção nela consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”* (art. 112).

Se ambas as disposições legais preveem a boa-fé como cláusula geral presente em todos os negócios e contratos celebrados, pode-se afirmar, como já exposto, que a lei impõe aos contratantes o dever anexo de prestação de informação clara, acessível e precisa sobre todo o conteúdo do negócio; e também o dever de se conduzir — antes, durante e após o contrato — com lealdade, confiança e probidade. Sem prejuízo destes deveres, também a mútua colaboração entre os contratantes está presente de forma inequívoca. Logo, o desrespeito a tais deveres anexos gera a violação positiva do contrato, inadimplemento que implica responsabilidade contratual objetiva.

Além disto, ao se interpretar o negócio jurídico de acordo com a cláusula geral da boa-fé, deve-se buscar o que as partes pretendiam com o negócio — e não necessariamente o que escreveram no instrumento obrigacional. Com efeito, a lei estabelece uma relativização daquilo que as partes fizeram constar no contrato (arts. 112 e 113 do CC 02). Ou seja: a obrigatoriedade característica dos contratos (art. 389 do CC 02), que prevalecia no regime jurídico revogado (art. 1.056 do CC 16), cede passo à relativização das declarações — pelo que se confere menos força à autonomia da vontade em detrimento de maior prestígio à função social dos contratos.

O princípio da boa-fé, portanto, deve funcionar como instrumento auxiliar a guiar o juiz — hoje dotado de maior poder moderador — na aplicação da norma ao contrato. E isto, por evidente, deve ser feito com parcimônia, com observância e à consideração dos limites da equidade e das regras de razão que se espera de um Poder Judiciário sintonizado com a nova tendência do sistema jurídico constitucional. O intérprete, pois, deverá pautar-se não mais pelo espírito puro da lei: ao revés, deve ter presente os preceitos previstos na Constituição Federal, lei maior guiadora dos demais institutos jurídicos nacionais, sob a plena observância dos princípios nela previstos.

É sob tal cenário que o atual espírito constitucional ergueu colunas, de tal forma a enxergar não mais os interesses indi-

³ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria Geral dos Contratos Típicos e Atípicos*. São Paulo: Ed. Atlas, 2002, p. 26.

⁴ NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, p. 132.

⁵ ORLANDO GOMES, *Contratos*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1999, p. 42.

viduais particularmente considerados, mas os da coletividade. Bem utilizado, este é um instrumento de fundamental importância para o aprimoramento do desejado Estado Democrático de Direito; e, mais de tudo, para a construção de uma sociedade mais justa, equilibrada, previsível e igualitária.

IV. O contrato de corretagem: natureza jurídica, requisitos de validade e hipóteses de extinção

O contrato de corretagem, gênero do qual o de corretagem imobiliária é espécie, guarda similitude com os de agenciamento, de representação comercial e de comissão: “*Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas*” (art. 722 do CC 02).

Ao que se vê, a corretagem é um contrato *típico* (tem regime legal específico); *consensual* (origina-se do simples acordo de vontades); *oneroso* (ambos os contratantes dele extraem um proveito); *bilateral* (gera obrigações para ambos os contratantes); *sinalagmático* (tais obrigações são recíprocas); *aleatório* (embora possa ter prestações certas e determinadas, o corretor assume o risco de nada receber, nem de obter o reembolso de despesas da celebração); e de *resultado* (a remuneração é devida ao corretor quando obtido o resultado combinado, ainda que ele não se efetive em virtude de arrependimento das partes - art. 725 do CC 02).

Como todo contrato, são exigidos os requisitos de validade do negócio jurídico: *partes capazes* (requisito subjetivo direcionado aos contratantes), *objeto lícito* (a prestação de serviços de corretagem por intermediação de negócio jurídico, mediante o pagamento condicional dos respectivos honorários) e *forma não prescrita ou vedada pela lei* (a lei, via de regra, não exige a forma escrita).

Se a formação do contrato se consolida com a regular convergência de vontade das partes em relação ao objeto da corretagem, é certo que, por se tratar de contrato consensual, o instrumento escrito, de ordinário, não constitui elemento de validade. Entretanto, no âmbito da corretagem imobiliária, a forma escrita é recomendação expressa do Código de Ética dos Corretores de Imóveis (v. art. 4º, inc. IX); e se a hipótese for de contrato em que consta cláusula de exclusividade, obrigatória (art. 726 do CC). Seja como for, a formalização por escrito é útil providência que muito auxilia a análise do respeito à cláusula geral relativa à boa-fé objetiva – particularmente, quando há questionamento do contrato e se torna necessária a produção de prova judicial.

O contrato de corretagem ordinariamente se extingue pela morte do corretor ou do comitente, pela conclusão do negócio, pelo escoamento do prazo nele previsto; e, se tiver sido ajustado por prazo indeterminado, pela renúncia ou pela revogação (hipótese de rescisão voluntária do contrato pelo corretor ou pelo comitente, respectivamente).

V. O contrato de corretagem imobiliária: especificidades

A pessoa jurídica ou o profissional especializado que atua na intermediação entre dois ou mais interessados em realizar uma transação imobiliária

é o *corretor de imóveis* (arts. 2º e 3º, p. ún., ambos da Lei 6.530/78). São estes profissionais que realizam o objeto do contrato, fazendo convergir os interesses de negociação entre comprador e vendedor, entre locador e locatário ou entre os permutantes – seja aproximando-os para a celebração do negócio jurídico pretendido, seja alcançando ou prestando informações que os interessados solicitam ou delas necessitam (art. 3º).

Se o resultado combinado ocorrer tal qual previsto no contrato, o corretor imobiliário, ainda que se arrependam as partes, tem direito à contraprestação: são os *honorários de corretagem*, vale dizer, a remuneração contratual pelos serviços prestados. Se, porém, o negócio tiver sido iniciado e concluído diretamente entre as partes, nenhuma remuneração será devida ao corretor – salvo se, por escrito, for ajustada a corretagem com exclusividade, quando então o corretor, se não tiver sido inerte, terá direito à remuneração integral, ainda que realizado o negócio sem a sua mediação (art. 726). A remuneração do corretor, se não estiver fixada em lei, nem ajustada entre as partes, será arbitrada segundo a natureza do negócio e os usos locais (art. 724).

É comum que, agindo em desconformidade com o dever de boa-fé, o contratante dispense o corretor. Neste caso, se o negócio se realizar posteriormente, como fruto da mediação realizada pelo corretor, os honorários de corretagem serão devidos (art. 727). Importante notar também que, salvo ajuste em contrário, a intermediação de mais de um corretor para a realização de um negócio implicará o pagamento de remuneração repartida igualmente (art. 728); e se este tipo de colaboração associativa envolver empresa imobiliária, a lei especial prevê disciplina específica (art. 6º da Lei 6.530/78).

VI. Os deveres legais e éticos do corretor de imóveis

O Código Civil dispõe que “*O corretor é obrigado a executar a mediação com diligência e prudência, e a prestar ao cliente, espontaneamente, todas as informações sobre o andamento do negócio*” (art. 723 do CC 02, com redação dada pela Lei 12.236/10). De acordo com este dispositivo legal, está claro que o corretor deve não apenas se conduzir com zelo e presteza na intermediação a que se obrigou, como também tem que adotar providências de cautela; e, mesmo que não tenha sido instado a fazê-lo, está obrigado contratualmente a cumprir o dever espontâneo de informação. Mais que isto, o profissional corretor, sob pena de responsabilidade, tem que prestar ao cliente todos os esclarecimentos acerca da segurança ou do risco do negócio, das alterações de valores e de outros fatores relevantes (art. 723, p. ún. do CC 02).

Se as disposições do Código Civil não excluem a aplicação de outras normas da legislação especial (art. 729 do CC 02), o corretor de imóveis está obrigado a cumprir os deveres previstos no art. 20 da Lei 6.530/78. Destarte, ele não pode: prejudicar, por dolo ou por culpa, os interesses que lhe forem confiados; auxiliar profissionais inabilitados; anunciar publicamente proposta de transação sem autorização por escrito; fazer anúncio relativo à atividade profissional sem mencionar o seu número de inscrição no Creci; anunciar imóvel loteado ou em condomínio sem menção ao registro no Serviço

de Registro de Imóveis; violar o sigilo profissional; negar aos interessados prestação de contas ou recibo de quantias ou documentos que lhe tenham sido entregues a qualquer título; violar obrigação profissional; praticar, no exercício da atividade profissional, ato que a lei defina como crime ou contravenção.

VII. O dever do comitente (tomador dos serviços de corretagem): pagamento da comissão

A obrigação principal do comitente, o dono do negócio, é pagar a comissão, na forma estipulada ou segundo o que determina a lei ou os costumes. Tal obrigação não depende, em regra, do recebimento integral do preço ou da execução do contrato: é devida, desde que se considere o ajuste entre as partes. Uma vez mais se reforça que a formação do contrato se consolida com a regular convergência de vontade entre as partes em relação ao objeto da corretagem – o que implica dizer que, por se tratar de contrato consensual, o instrumento escrito, de ordinário, não constitui elemento de validade.

Se o contrato verbal é válido, esta forma menos cuidadosa, como adiante se verá, contém riscos para ambas as partes: a uma, diante de eventual questionamento quanto à existência ou o alcance de itens específicos; e, a outra, diante da necessidade de se analisar o respeito ao dever implícito de observância da cláusula geral de boa-fé. De todo modo, a assinatura dos contratantes em instrumento preliminar – como, p. ex., a formalização de oferta ou o aceite – costuma ser suficiente para a demonstração de contratação à consideração de que “*As declarações constantes de documentos assinados presumem-se verdadeiras em relação aos signatários*” (art. 219 do CC).

Todavia, eventual questionamento do comitente, em especial se invocado o desrespeito ao direito de adequada informação, pode comprometer os efeitos do negócio jurídico – razão pela qual se tem por recomendável que este tipo de formalização se realize simultaneamente à elaboração de um contrato escrito mais minucioso. Aliás, é preciso consignar que este tipo de contrato é usualmente celebrado sob a forma adesiva (contrato de adesão). E, nesta modalidade, tanto o regime civil (art. 423 do CC) quanto o consumerista preveem favorecimento de interpretação ao contratante aderente (art. 47 do CDC).

A comissão, salvo se houver definição de quantia determinada, pode ser fixada sob a modalidade de um percentual incidente sobre o valor do contrato; ou fixada a partir da vantagem ou do proveito do dono do negócio. Em alguns casos, a lei ou a norma ética estabelece percentuais mínimos. Mas o princípio da razoabilidade, à luz do poder moderador conferido ao juiz, pode ensejar revisões – invocando-se, para tanto, as disciplinas legais relativas ao *erro* (arts. 138 a 144 do CC), ao *estado de perigo* (arts. 151 a 155) ou à *abusividade* relativa à violação a preceitos do Código de Defesa de Consumidor (arts. 51 e ss. da Lei 8.078/90); eventualmente se pode cogitar também invocação da teoria relativa ao *dolo* (arts. 145 a 150 do CC) e até mesmo da *onerosidade excessiva* (art. 478 do CC, apenas se houver prestação continuada).

Se a atividade do corretor é de intermediação, ela não serve como garantia do contrato. No entanto, eventual vício

deste serviço, mormente se relacionado ao descumprimento dos deveres de diligência e de prudência, implica responsabilidade civil por perdas e danos (arts. 186 e 927 do CC).

Há mínima divergência doutrinária e jurisprudencial sobre a natureza da obrigação no contrato de corretagem: uma corrente entende ser de meio; outra, de resultado. A preponderar a corrente segundo a qual, de ordinário, a obrigação é mesmo de meio, o arrependimento do comitente não afeta o direito de retribuição pela corretagem (art. 725 do CC).

A regra, por óbvio, comporta temperamentos à vista de circunstâncias fático-jurídicas específicas que, aliás, são aplicáveis a todos os negócios jurídicos – como, p. ex., aquele decorrente de fato imputável ao próprio corretor (por dolo ou culpa, hipóteses em que o mais correto é se cogitar de rescisão por vício do serviço) ou o que tiver por justificativa caso fortuito ou motivo de força maior (art. 393, p. ún. do CC).

VIII. Efeitos jurídicos da inobservância do dever de boa-fé no contrato de corretagem imobiliária

Se o ordenamento jurídico, como já exposto, tem na boa-fé objetiva uma cláusula geral aplicável a todos os contratos celebrados, impõe-se aos contratantes a observância do dever anexo de prestação de informação clara, acessível e precisa sobre todo o conteúdo do negócio; e também o dever de se conduzir – antes, durante e após o contrato – com lealdade, confiança, probidade e mútua colaboração. Logo, o desrespeito a tais deveres anexos gera a violação positiva do contrato, inadimplemento que implica responsabilidade contratual objetiva.

Além disto, ao se interpretar o negócio jurídico de acordo com a cláusula geral da boa-fé, deve-se buscar o que as partes pretendiam com o negócio — e não necessariamente o que escreveram no instrumento obrigacional. De fato, a lei estabelece uma relativização daquilo que as partes fizeram constar no contrato (arts. 112 e 113 do CC 02). Ou seja: a obrigatoriedade característica dos contratos (art. 389 do CC 02), que prevalecia no regime jurídico revogado (art. 1.056 do CC 16), cede passo à relativização das declarações – razão pela qual se confere menos força à autonomia da vontade e maior prestígio à função social dos contratos.

E o que dizer de tais questões quando se analisa o contrato de corretagem imobiliária?

Tem sido comum o ajuizamento de ações de repetição de indébito (algumas das quais cumuladas com indenização por danos morais) em que se questiona não apenas a regularidade da formação do contrato de corretagem imobiliária, mas também a responsabilidade contratual pelo pagamento de referida despesa – particularmente, em empreendimentos imobiliários não-edificados.

São várias as situações e as hipóteses; e são também divergentes as soluções que a jurisprudência tem dado a cada uma delas. Muito embora seja rara a abordagem do tema com base na cláusula geral da boa-fé objetiva, uma leitura mais atenta dos fundamentos fático-jurídicos dos respectivos pedidos e das próprias decisões judiciais revela que a disciplina desta nova matéria permeia a definição das soluções obtidas.

A primeira consideração diz respeito à correta forma-

ção do contrato. E isto, por evidente, repercute na definição de quem deve arcar com as despesas do serviço de intermediação. A lei civil estabelece que, no contrato de compra e venda, salvo cláusula em contrário, as despesas de escritura e de registro são afetas ao comprador; e as da tradição, ao vendedor (art. 490 do CC). Já no contrato de corretagem, não há definição legal sobre quem deve arcar com as respectivas despesas (art. 724 do CC).

Via de regra, portanto, os honorários são devidos por quem solicita os serviços do corretor. Já, de início, esta solicitação – em geral, feita verbalmente – corresponde a um pré-contrato. Mas isto só não basta para o aperfeiçoamento da relação jurídica, que se completa com a efetiva e inquestionável manifestação de vontade de contratação dos serviços de corretagem e agregados, ainda que na forma adesiva. Como já dito, a forma escrita, de ordinário, não é exigida. Mas esta cautela, a par de outras, é eticamente recomendável (v. art. 4º, inc. IX do Código de Ética dos Corretores de Imóveis); e pode facilitar não só a análise da observância do dever anexo de boa-fé objetiva como a produção judicial de provas.

Em um empreendimento imobiliário, é comum, e lícito, que o empreendedor defina uma imobiliária, ou profissionais específicos, para atuarem na recepção de vendas – algumas vezes até mesmo sob contrato de exclusividade. Se, infelizmente, é bastante frequente, quando da oferta de unidade imobiliária, a tentativa de se esconder do interessado os serviços de intermediação (a corretagem imobiliária e os de assessoria), têm sido cada vez mais comuns casos em que, mesmo havendo devida informação e correta contratação de tais serviços (com assinatura de instrumento de contrato ou de recibos direcionados a corretores), o adquirente ingressar em juízo buscando a restituição dos valores pagos; e o faz já nos dias subsequentes ao negócio jurídico realizado. Obviamente que, em ambas as hipóteses, houve flagrante violação ao dever anexo da boa-fé objetiva.

Nunca é demais lembrar que o serviço de corretagem imobiliária, de ordinário, submete-se ao regime do Código de Defesa do Consumidor. Logo, a informação clara e precisa, neste tipo de contrato, é mais que uma cláusula contratual implícita: constitui dever legal (art. 6º, inc. III da Lei 8.078/90). Além disto, não se admite o condicionamento de um serviço a outro; nem de um serviço a um produto – a denominada ‘venda casada’ (art. 39, inc. I do CDC). Por fim, o sistema protetivo contém vedações expressas a práticas comerciais (arts. 39 a 41) e a cláusulas contratuais abusivas (arts. 51 a 54 do CDC).

De um lado, é inadmissível que o corretor de imóveis não se apresente como tal; e que tente enganar o adquirente, parecendo ser um funcionário da empresa empreendedora. Muito menos se pode concordar que, para disfarçar o contrato autônomo de corretagem e esconder a exigência do pagamento de honorários, camufle-os como se fosse o sinal a ser pago na aquisição do imóvel. São relações jurídicas autônomas, com partes normalmente diferentes; e

também com objetos e efeitos jurídicos diversos. Por isto, se nem todo adquirente percebe que o contrato de compra e venda imobiliária não se confunde com o de corretagem, esta dúvida mais das vezes é gerada pela má redação dos instrumentos respectivos; ou então pela falha, às vezes deliberada, em se explicar adequadamente sobre a natureza dos diferentes contratos. E isto sem falar em cláusulas ilegais, obscuras, contraditórias ou exageradas.

São práticas comerciais abusivas – e, portanto, eticamente condenáveis. Pior: muitas vezes sob a orientação, a conivência ou a desídia das empreendedoras imobiliárias, razão pela qual são chamadas judicialmente à responsabilidade solidária ou até mesmo exclusiva. O que se espera tanto das empresas imobiliárias quanto dos próprios corretores – e, por que não dizer, também das empreendedoras imobiliárias – tem a ver com as práticas que a boa-fé objetiva determina.

É sob tal contexto que se eleva o respeito ao pleno direito de informação – dever geral (art. 6º, inc. III do CDC; art. 422 do CC) que a lei imputa ao corretor (art. 723 do CC). Direito que deve ser observado quanto à oferta do serviço de corretagem, aos serviços agregados (sua necessidade, conveniência, vantagem e custo), às despesas correspondentes a todos os serviços oferecidos, à opção de não se contratar tal serviço (ou de se escolher um outro prestador, sob pena de caracterização de venda condicionada) e também à mais que recomendável elaboração de instrumentos de contrato específicos, com clara e precisa menção às obrigações assumidas pelas partes e aos efeitos de arrependimento, de inadimplemento ou de rescisão unilateral de ambos os contratos (corretagem e compra e venda imobiliária).

É preciso deixar claro ao adquirente que, se desistir da compra do imóvel, se tiver problema com o financiamento ou, entre outras hipóteses, se rescindir o contrato de compra e venda por inadimplência, não terá direito à restituição do valor pago a título de corretagem; nem às arras. As exigências e os riscos de não se obter o financiamento, as consequências de eventual inadimplemento, as garantias em relação à unidade imobiliária, as cláusulas relativas ao reajuste, as hipóteses de rescisão do contrato, a relação com o condomínio... Há muito o que ser explicado, informado, considerado. E tudo isto são condutas típicas da boa-fé objetiva.

É importante ainda que o comitente seja devidamente informado sobre seus direitos contratuais e orientado quanto a tudo o que está relacionado a tão importante negócio jurídico – muitas das vezes o contrato mais importante que uma pessoa, um casal ou uma família realizam durante toda a vida. Os corretores, as empresas imobiliárias, as empresas empreendedoras e todo o setor imobiliário perdem credibilidade e respeitabilidade ao permitirem que maus profissionais insistam em um modo ultrapassado de se relacionar com os clientes: aquele que não se pauta – antes, durante e após o contrato – pelos preceitos da lealdade, da confiança, da probidade e da mútua colaboração.



AGENDE-SE PARA OS CURSOS DE 2016

Invista na sua formação profissional. Conheça os cursos da **Universidade Secovi**, um centro de excelência para os profissionais do setor imobiliário.

• Desde **2001** • **690** turmas • **20** mil alunos

Cursos*

MBA Negócios Imobiliários – Parceria com a ESPM
420 horas/aula

Especialização em Direito Imobiliário Empresarial
115 horas/aula

Contratos Específicos e Registro de Loteamentos
39 horas/aula

Desenvolvimento e Aprovação de Projetos de Parcelamento do Solo Urbano**
78 horas/aula

Gerenciamento de Empreendimentos de Parcelamento do Solo Urbano**
108,5 horas/aula

Administração de Condomínios – Módulo I**
60 horas/aula

Administração de Condomínios – Módulo II**
60 horas/aula

Incorporação Imobiliária**
48 horas/aula

*Carga horária sujeita a alteração.

**Consulte a Universidade Secovi sobre a transmissão simultânea para as regionais e outras localizações.



Universidade Secovi

Av. Brigadeiro Luís Antônio,
2.344 – 9º andar – São Paulo/SP

Informações:

Universidade - (11) 5591-1306 | universidade@secovi.com.br
ESPM - (11) 5081-8225 | candidato@espm.br

Realização:



Parceria:



www.universidadeseкови.com.br



twitter.com/unisecovi



facebook.com/universidadeseкови

Qual o papel da administradora de imóveis em relação ao locatário?

Moira Regina de Toledo Alkessuani

A atividade de administração de imóveis locados, prestada por empresas socialmente denominadas de imobiliárias, está amplamente difundida no cenário nacional, e até mundial, de sorte que qualquer pessoa questionada poderia fazer uma breve explanação dos serviços prestados por estas administradoras.

Desta disseminação, além do reconhecimento de seu papel econômico-social, verifica-se a grande quantidade de empresas que prestam tais serviços e o considerável volume de processos judiciais que tem como pano de fundo a relação jurídica daí decorrente.

Como já observado por Luis Fernando Marin, inversamente proporcional a esta difusão é o número de estudos científicos e dogmáticos jurídicos destinados a pesquisar a origem, a conceituação e o regime jurídico em que está inserido este contrato¹.

Mas, de qualquer maneira, fato é que essa gestão configura-se como atividade complexa, que compreende a administração do próprio imóvel com controles de receitas e despesas daí decorrentes direta e indiretamente (em certos casos, até a sua vigilância e manutenção), bem como obtenção, contratação e gerência da sua locação, mediante: análise mercadológica, apontando a aptidão do bem e a orientação na estipulação de preço; avaliação de fichas cadastrais de locatários e garantidores; exame e eleição de garantia; controles e prestação de contas a receber e a pagar; orientação quanto a toda legislação aplicável à locação e direitos e deveres daí decorrentes, inclusive em seus aspectos tributários; fornecimento de informes de rendimentos; contratação de advogados e promoção de ações judiciais para exigir a satisfação dos direitos do contratante a ela relacionados; entre outros. Daí se extrai o nível de especialização que devem ter estes administradores.

Enfim, desta descrição, possível depreender-se que essa relação jurídica reúne características de contratos de mandato, corretagem, prestação de serviços, depósito, o que já está reconhecido em nossos Tribunais³, dos quais derivam diversas espécies de obrigações de fazer e de pagar.

A notável professora Maria Helena Diniz, em seu tratado sobre contratos, analisou esta figura jurídica, sem, contudo, exaurir o assunto, conceituando que: “[... ter-se-á contrato de administração imobiliária se um dos contratantes, mediante mandato ou autorização, conferir ao outro gestão de imóveis ou direção de negócios relativos a seus interesses imobiliários, comprometendo-se a pagar uma taxa pelos serviços prestados.]”³.

Diniz (2006) ainda explica que o administrador “... terá, portanto, a tarefa de gerir interesses incidentes sobre bens imóveis pertencentes a outrem, por estar autorizado para isso ou por ser mandatário” e apresenta, como um dos efeitos deste contrato, o direito de o administrador dar o imóvel em locação.

Destarte, infere-se que o administrador realiza a gestão por estar autorizado, isto é, contratado para prestar o serviço de administração, e que pode ainda ser nomeado mandatário do locador, representando-o ou ainda por ele contratando com terceiros, modalidade muito mais comum.

De modo geral, o eficiente exercício da gestão depende desta representação, para que este administrador possa, por exemplo, receber aluguéis e dar quitação, transigir, exigir o cumprimento de obrigações, nomear advogados. Caso não tenha estabelecido o contrato de mandato, terá o administrador que requisitar seu contratante sempre, para analisar e assinar documentos relativos a estas tarefas, tornando débil o referido serviço.

O Código Civil de 2002 define o contrato de mandato da seguinte forma: “opera-se mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. A procuração é o instrumento do mandato”⁴.

Portanto, verifica-se a perfeita subsunção dos atos, atividades anteriormente descritas que serão realizadas pelos administradores, à hipótese normativa do artigo 653, revelando-se a pertinência da inclusão do mandato ao se definir o conceito do contrato de administração de imóveis.

Como já exposto, esta atividade pode direcionar-se só

¹ “De fato, qualquer pesquisa rápida em sítio de buscas na rede mundial de computadores revela pouco destaque a referido contrato. À facilidade de se encontrar inúmeros modelos de contratos se contrapõe a dificuldade de se localizar reflexões capazes de germinar um “saber jurídico-imobiliário” ao redor da referida atividade que ofertem aos operadores do direito respostas às indagações que o manuseio do citado contrato gera.” (Marin, Luis Fernando in *Estudos Avançados de Direito Imobiliário/ Coordenação de José Roberto Neves Amorim, Rubens Carmo Elias Filho. 1ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Elsevier. 2014. p.*)

² STJ 3ª Turma, REsp. nº509.304 – PR Rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva. J. 16/05/2013 e

³ DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos. 5 volumes. 6ª ed. São Paulo, Saraiva, 2006 p. 600.*

⁴ BRASIL, 2002, Artigo 653 do Código Civil.

a estes atos de gestão ou, ainda, abarcar a contratação dos serviços de corretagem⁵ que corresponderá ao compromisso da obtenção de um segundo negócio jurídico imobiliário, que é a locação.

Nesta hipótese, como a corretagem será prestada por administrador ou mandatário do locador, esta deverá se dar como intermediação de negócios, no sentido de que a atuação deste corretor/administrador será parcial, isto é, para atender os interesses de seu contratante mandante, fazendo-se a necessária distinção do conceito de mediação outrora já proposto⁶.

Desta ilação, aponta-se de plano que contratos de locação e administração são distintos, tendo partes, objetos, direitos e obrigações que não se devem confundir.

Isto, pois, enquanto a relação jurídica estabelecida pelo contrato de administração se dá entre a administradora e o proprietário do imóvel, e tem por objeto a gestão, o mandato e a corretagem⁷; no contrato de locação, as partes são locador e locatário e tem por objeto o uso ou gozo de bem imóvel, mediante certa remuneração.

Em razão desta diversidade, a cada um destes contratos se aplica um regime jurídico próprio. Tanto é assim que, enquanto já é pacífica a jurisprudência no sentido de que não se aplica o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de locação⁸, para os contratos de administração de imóveis a conclusão é a inversa, isto é, a de que se aplica a lei consumerista como já se pronunciou inclusive o STJ, por sua Terceira Turma, em recente decisão ao julgar o Recurso Especial nº 509.304 – PR, sob a seguinte ementa:

Apelação cível. Ressarcimento de valores. Imobiliária. Contrato de administração imobiliária. Prestação de serviço. Código de Defesa do Consumidor. Cláusula de garantia de pagamento de alugueres, condomínio e impostos. Propaganda cujos termos integram o contrato e obriga o prestador de serviços. Sucumbência recíproca. Recurso provido em parte (STJ, 3ª Turma, j. 16/05/2013).

E não poderia ser diferente, vez que a atividade de administração imobiliária é exercida profissionalmente e mediante remuneração e a lei consumerista sempre será aplicável quando se estiver diante de uma relação entre fornecedor⁹ e consumidor¹⁰, que verse sobre o fornecimento de um produto ou um serviço, sendo que este último abrangem qualquer atividade fornecida mediante remuneração.

E noutra acórdão já referido e proferido pelo mesmo STJ, o Relator Ministro Ricardo Villa Bôas Cueva brilhantemente explicou em seu voto a distinção entre o contrato

de administração e o de locação: “Isso porque, no cenário caracterizado pela presença da administradora na atividade de locação imobiliária, se sobressaem pelo menos duas relações jurídicas distintas: a de prestação de serviços, estabelecida entre proprietário de um ou mais imóveis e a administradora, e a de locação propriamente dita, em que a imobiliária atua como intermediária de um contrato de locação.”¹¹ Sendo que, ao fim, a referida Turma decidiu que a lei consumerista somente se aplica à relação oriunda do contrato de administração.

Todavia, não raras vezes, os órgãos de proteção ao consumidor, em que pese todo o respeito e reconhecimento de importância à sociedade, se debruçam para orientar locatários, como se consumidores fossem, em relação aos serviços de administração imobiliária. Mais do que isto, muitos afirmam que o contrato de locação fora estabelecido com a administradora.

É o que se verifica, por exemplo, no “parecer sobre a aplicabilidade do CDC nos contratos de administração e de locação de imóveis” emanado pelo Ministério da Justiça, através da Secretaria de Direito Econômico, de autoria dos Coordenadores, Fabrício Missorino Lázaro e Cláudio Péret Dias, que assim iniciam a sua fundamentação:

Quanto aos contratos imobiliários, vislumbramos duas situações passíveis de análise acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, quais sejam: 1. Contrato entre a empresa dedicada à administração imobiliária e o particular, por meio do qual a imobiliária se compromete a fornecer ao locatário, mediante remuneração, o uso e o gozo pacífico do imóvel, durante certo lapso de tempo; 2. Contrato entre o proprietário do imóvel e a imobiliária, por meio do qual a última se compromete a garantir e administrar o contrato de locação. (CGAJ/DPDC, 2006, grifo nosso).

E esta celeuma também se verifica em algumas decisões judiciais, o que se exemplifica pelo acórdão, por maioria de votos, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, que julgou o recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais: “Locação. Ação civil pública proposta em face de apenas uma administradora de imóvel. Cláusula contratual abusiva. Ilegitimidade ativa do ministério público estadual. Direito individual privado. Código de Defesa do Consumidor. Inaplicabilidade”¹²

Nesta ação, o Ministério Público pretendia a declaração de nulidade de uma determinada cláusula contratual inserida no contrato de locação de imóveis firmado entre locadores, representados por uma determinada administra-

⁵ “Pelo contrato de corretagem, uma pessoa, não ligada a outra em virtude de mandato, de prestação de serviços ou por qualquer outra relação de dependência, obriga-se a obter para a segunda um ou mais negócios, conforme as instruções recebidas.” (BRASIL, 2002, Artigo 722 do Código Civil).

⁶ ALKESSUANI, Moira Regina de Toledo. “A responsabilidade contratual dos intermediadores de negócios imobiliários.” In *Opinião Jurídica 2. Co-ordenação de Jaques Bushatsky e José Horácio Cintra Gonçalves Pereira*. 2014. São Paulo. SECOVI/SP. p. 48.

⁷ Podendo ser incluídas aí um sem número de outras obrigações e contratos, como, por exemplo, o depósito; o compromisso de repasse equivalente e pontual ao valor de aluguel independentemente do pagamento por parte do inquilino, o que se conhece por “aluguel garantido”, entre outros.

⁸ STJ, 6ª Turma. AgRg no Agravo de Instrumento nº590.802 – RS. Rel. Min. Nilson Naves. J. 30/05/2006.

⁹ “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços” (BRASIL. Artigo 3º da Lei 8009/90).

¹⁰ “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL. Artigo 2º da Lei 8009/90).

¹¹ STJ 3ª Turma. REsp. nº509.304 – PR.

¹² STJ, 5ª Turma. REsp. nº605.295 – MG j. 20/10/2009

dora, com locatários, afirmando que estes eram consumidores perante esta administradora visto que utilizam o seu serviço como destinatários finais.

Pela lógica já esposada, os titulares da relação locatícia são apenas locador e locatário. Assim, como poderia uma decisão, em ação promovida em face da administradora, modificar cláusula de contrato que rege relação jurídica da qual esta não faz parte?

Mais do que isto, os contratos de administração em referência poderiam ser rompidos, os locadores poderiam assumir a gestão de suas locações ou transferir a outras empresas a qualquer tempo, e a decisão dada não seria eficaz, mas, sim, inaplicável, pois dirigida a terceira pessoa que não é parte da relação jurídica que se pretendia modificar.

E note-se que o contrato de corretagem que tem por finalidade obter outro negócio, não transporta o corretor à posição de partícipe deste último; ainda mais quando prestado por administrador de imóveis, mandatário do locador e que, portanto, atua para atender o interesse deste, que se observe é justamente contraposto ao do locatário.

A verdade é que a administradora não dá qualquer bem

seu à locação, não firma com o locatário contrato de locação de imóveis na qualidade de parte e, portanto, não é titular de direitos ou deveres daí decorrentes. Repisa-se que o mandatário age em nome do seu mandante e, em regra, somente a este obriga.

Nesta esteira, com toda a justa deferência, resta equivocada a premissa estabelecida pelo parecer mencionado, que afirma que é a imobiliária que se compromete a fornecer ao locatário o uso e o gozo pacífico do imóvel, quando, na verdade, é o locador. Tanto é assim, que a empresa pode ser destituída de seu encargo a qualquer tempo pelo locador e a locação prosseguirá.

Apesar de o contrato de administração merecer um estudo muito mais aprofundado para a pesquisa de todas as suas nuances e definição do completo regime jurídico a que está inserido, por esta superficial e breve análise, pode-se concluir que este estabelece relação jurídica distinta da relação locatícia, composta de partes e objeto diversos, que não podem ser confundidos pelos *players* do mercado imobiliário, pelos estudiosos do direito ou ainda pelos entes estatais, mesmo que na melhor das intenções.

AGORA, QUEM FORNECE O CERTIFICADO DIGITAL DO SECOVI-SP É A CERTISIGN.

Emita seu certificado digital e-CPF ou e-CNPJ
com o Secovi-SP e aproveite as vantagens:



Comodidade

Você não pega fila e é atendido com hora marcada.



Preço especial

Associado do Secovi-SP tem desconto na emissão do certificado.



Abrangência

Você adquire o seu certificado digital com o Secovi-SP e pode emití-lo em um dos mais de 150 pontos de atendimento na capital paulista ou nos demais 312 correspondentes no interior do Estado.



Imposto sobre Transmissão “Causa Mortis” e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos (ITCMD). Prescinde ou não de Lei Complementar?

Monica Maria Russo Zingaro Ferreira Lima

A sociedade restou demonstrada a inconveniência do “leviatã” previsto por Thomas Hobbes (1651)¹. A estrutura de um Estado, administrador e fiscalizador dos direitos e garantias fundamentais, é o que o faz possível a convivência e continuidade do homem social.

Porém, esse mesmo Estado deve cuidar de manter-se adequado ao interesse público, não abusar do mandato outorgado e, por assim dizer, não ser injusto.

Não ter a natureza expropriante, de modo a evitar a cobrança de tributo excessivo, ao ponto de no lugar de administrar bens e direitos, e possibilitar a existência de uma sociedade justa, acabar por se revelar um subtraidor de direitos e propriedade.

A natureza da cobrança do tributo é a da manutenção, garantia e segurança dos bens que juridicamente devem ser protegidos.

Quando o Estado surge como cobrador de tributos não pode fazer com que sua administração venha a explorar os cidadãos.

O preço do tributo tem seu limite num valor máximo necessário para garantir e manter o direito.

A estrutura estatal brasileira, Federação, implica autonomia dos entes Federados (União, Estado e Municípios), cabendo a cada qual competência tributária específica.

De acordo com essa autonomia, os Estados-membros têm a capacidade de auto-organização, de autolegislação, de autogoverno e de autoadministração (arts. 18 e 25 a 28 da Constituição Federal), o que, evidentemente, pressupõe a autonomia financeira.

A Constituição conferiu aos Estados a competência tributária e financeira exclusiva, cabendo-lhes, por conseguinte, instituir os tributos que lhes foram discriminados (**dentre os quais o Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doação, de Quaisquer Bens ou Direitos**, previsto no art. 155, I, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3/93) que assim, dispõe:

“Art. 155 – Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I – transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos (...)

§ 1.º O imposto previsto no inciso I:

(...)

II - relativamente a bens móveis, títulos e créditos, compete ao Estado onde se processar o inventário ou arrolamento, ou tiver domicílio o doador, ou ao Distrito Federal;

III - terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;

b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior;”

Vê-se, assim, que as Unidades Federadas têm competência para instituir o ITCMD. Só ao legislador estadual compete a fixação de regras sobre impostos cuja instituição seja de sua competência, desde que respeitadas as limitações ao poder de tributar (arts. 150 a 152 da Constituição Federal) e os princípios gerais (arts. 145 a 149, da Constituição Federal).

A Constituição Federal repartiu a competência para instituição de impostos entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios – pessoas jurídicas de direito público interno componentes da República **Federativa** do Brasil –, nos termos do art. 18 da Constituição Federal. Atribuiu a estas entidades políticas, com exclusividade, a instituição, o lançamento e a cobrança de tributos.

Para que os Estados não ficassem amarrados à União – o que os colocaria, como disse Manoel Gonçalves Ferreira Filho² “a mendigar auxílios” –, a Constituição Federal previu, no art. 24 e seus parágrafos a **competência legislativa concorrente e a competência legislativa suplementar**. A primeira, preleciona José Afonso da Silva³, compreende dois elementos: a) “possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa”; b) “primazia da União no que tange à fixação de normas gerais” (ob. cit., p. 45). A segunda – competência legislativa suplementar – “significa o poder de formular normas gerais ou que supram a ausência ou omissão destas”.

Assim, o art. 146, III, da Constituição Federal, não exige lei complementar da União, dispondo sobre normas gerais, para que os Estados-membros instituem o ITCMD.

Como o sistema tributário nacional está assentado na

¹ Na obra *Leviatã*, explanou os seus pontos de vista sobre a natureza humana e sobre a necessidade de governos e sociedade. De acordo com Hobbes, tal sociedade necessita de uma autoridade à qual todos os membros devem render o suficiente da sua liberdade natural, por forma a que a autoridade possa assegurar a paz interna e a defesa comum. Este soberano, quer seja um monarca ou uma assembleia (que pode até mesmo ser composta de todos, caso em que seria uma democracia), deveria ser o *Leviatã* uma autoridade inquestionável.

² *Curso de Direito Constitucional*, 18ª edição, São Paulo, 1990, p.51.

³ *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9ª, São Paulo, ed., Malheiros 1992, pag 529.

discriminação rígida das receitas de impostos entre as diversas unidades componentes da Federação, é inconcebível que tal competência só possa ser exercida após lei complementar estabelecer normas gerais pertinentes ao ITCMD.

A desnecessidade de prévia lei complementar federal para que os Estados Federados instituíam o ITCMD está patente no § 3º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal, que dispõe: **“Promulgada a Constituição, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar as leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto”**. Da mesma forma dispõe, o § 4º do mesmo artigo: **“As leis editadas nos termos do parágrafo anterior produzirão efeitos a partir da entrada em vigor do sistema tributário nacional previsto na Constituição”**.

E no artigo 24 da mesma Carta⁴:

“Art. 24 - Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

...§1º - No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limita-se a estabelecer normas gerais.

§ 2º - A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º - Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.”

Da leitura do art. 146, III, da Constituição Federal⁵, observa-se que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Tal preceito não autoriza a lei complementar a modificar a regra-matriz de incidência do ITCMD.

A lei complementar poderá, quando muito, sistematizar os princípios e normas constitucionais inerentes à tributação, orientando os legisladores ordinários das diversas pessoas jurídicas de direito público interno, enquanto criam tributos, deveres instrumentais, isenções tributárias etc.

Portanto, se o exercício da competência tributária estadual ficasse condicionado à legislação complementar da União (que não tem ascendência sobre os Estados-membros), o princípio federativo restaria aniquilado.

Assim, é totalmente despicienda a lei complementar prevista no art. 146, III, a, da Constituição Federal, para que os Estados-membros instituíam o ITCMD.

Neste sentido, é a posição da Procuradora do Estado e professora Regina Celi Pedrotti Vespero Fernandes, em sua obra *Impostos sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD*⁵:

“Não existindo lei complementar dispondo sobre normas gerais para os impostos sobre transmissão causa mortis e doação de bens móveis, os Estados-membros e o Distrito Federal podem legislar, por serem detentores da competência impositiva e também em razão da autorização contida no art. 34, pars. 3º, 4º e 5º, do

ADCT e no art. 24, e parágrafos da CF.”

Em sendo assim, exercendo competência legislativa plena em matéria tributária (art. 155, I, c/c art. 24, I, e § 3º, e art. 34, §§ 3º e 4º, aqueles do texto permanente e este do ADCT da Constituição Federal), o Estado de São Paulo editou a Lei nº 10.705/00. Referido diploma legal fixou, entre outros aspectos, a hipótese de incidência do tributo, o contribuinte, a base de cálculo e a alíquota. Visando a regulamentar referida lei, o governador do Estado de São Paulo expediu o Decreto nº 46.655/2002.

O Supremo Tribunal Federal entende que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, na ausência de lei complementar, podem editar as leis necessárias a instituição do imposto em seu território, utilizando-se da competência legislativa excepcional que receberam do constituinte de 1988, na forma do artigo 24, § 3º, da CF/88 e do artigo 34, § 3º, do ADCT.

Assim decidiu a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal: Tributário. Estado de São Paulo. Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores. Lei n. 6.606/89, com as alterações das Leis ns. 7.002/90 e 7.644/91. Pretensa incompatibilidade com as normas dos arts. 24, § 3º, 150, II e IV e 146, III da Constituição.

“Descabimento da alegação, tendo em vista que o contribuinte de 1988, como revela o art. 34 do ADCT, autorizou a edição, pelos Estados, das leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto (§3º), que entrou em vigor em 1º de março de 1989 (caput). Ficaram os Estados, portanto, legitimados a ditar as normas gerais indispensáveis à instituição dos novos impostos, o que foi cumprido, em relação ao IPVA, no exercício da competência concorrente prevista no artigo 24 e em seu § 3º, da Carta, com vigência até o advento da lei complementar da União (§4º), ainda não editada (...)” (STF-RE n. 236.931/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU, de 29.1.1999. Nesse sentido, ver também os acórdãos proferidos nos Agravos Regimentais ns. 279.645/MG rel. Moreira Alves e 167.777 (rel. Min. Marco Aurélio).”

Inevitável, portanto, a conclusão de que os Estados-membros não podem ter sua competência tolhida em razão da omissão do legislador complementar federal, podendo instituir, de forma plena, os tributos que lhes foram constitucionalmente outorgados.

Vale dizer, a Constituição Federal, ao atribuir as competências tributárias concorrentes, conferiu aos seus destinatários competência plena, ou seja, o direito à instituição efetiva desse tributo, sem subjugá-lo à prévia existência de lei complementar. Isto é inequívoco frente ao que estabelece o art. 24 do texto constitucional.

Portanto, nenhuma pecha de inconstitucionalidade pode ser aposta à Lei Estadual nº 10.705/00 ou ao seu decreto regulamentador (Decreto nº 46.655/2002), nem mesmo, particularmente, ao art. 4º que corretamente dispõe:

Artigo 4º - O imposto devido nas hipóteses abaixo especificadas, sempre que o doador residir ou tiver domicílio no exterior, e, no caso de morte, se o “de cujus” possuía bens, era residente ou teve seu inventário processado

⁴ AI 167.777- AgR/SP, Rel.Min. Marco Aurélio, Segunda Turma / RE 236.931/SP, Rel Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma / AI 500.742-AgR/MG, Rel Min. Marco Aurélio / RE 191.703 – AgR/SP e RE 203.301 AgR/SP, Rel. Min Néri da Silveira.

⁵ *Impostos sobre Transmissão Causa Mortis e Doação – ITCMD Ed. Revista dos Tribunais, 2ª. Ed., 2005, São Paulo, p. 55-57.*

fora do país:

I - sendo corpóreo o bem transmitido:

a) quando se encontrar no território do Estado;

b) quando se encontrar no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado;

II - sendo incorpóreo o bem transmitido:

a) quando o ato de sua transferência ou liquidação ocorrer neste Estado;

b) quando o ato referido na alínea anterior ocorrer no exterior e o herdeiro, legatário ou donatário tiver domicílio neste Estado.

Desta forma, as leis estaduais que instituíram o ITCMD na hipótese em que o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou se o falecido possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processo no exterior não possuem antinomia com o texto constitucional.

Ademais, como já delineado, as normas constitucionais devem ser interpretadas no sentido de que apresentem o máximo de eficácia possível, uma vez que foram editadas para serem aplicadas diretamente na solução das controvérsias, de maneira a que o ordenamento jurídico não apresente um grande número de lacunas.

O entendimento de que são inconstitucionais as normas estaduais que instituem o ITCMD quando o doador tiver domicílio ou residência no exterior, ou se o falecido possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processo no exterior, sob o fundamento da ausência de lei complementar nacional regulamentando a matéria, colide com os princípios da força normativa e da máxima efetividade da Constituição Federal.

A garantia constitucional conferida às pessoas políticas do exercício de suas competências tributárias, sem condicioná-las à atuação legiferante prévia do Congresso Nacional, conduz à inevitável conclusão de que a edição e aplicação do art. 4º, inciso I, alínea “b” e inciso II, alínea “b”, da Lei Estadual nº 10.705/2000, independe de lei complementar.

A interpretação de que as normas estaduais que regem o assunto são constitucionais também afasta a natureza programática do texto constitucional, além de se harmonizar com o princípio da igualdade tributária, uma vez que não desiguala situações que se apresentam iguais.

Por fim, impende registrar o posicionamento do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, acerca do tema em debate.

Em julgamento de incidente de arguição de inconstitucionalidade (processo nº 0004604-24.2011,8,26.0000) suscitado pela 7ª Câmara de Direito Público, assim decidiu:

“I- Arguição de inconstitucionalidade. A instituição de imposto sobre a transmissão “causa mortis” e doação de bens localizados no exterior deve ser feita por meio de Lei Complementar. Inteligência do art. 155, parágrafo 1º, inciso III, alínea b, da Constituição Federal.

II – O legislador Constituinte atribui ao Congresso Nacional um maior debate político sobre os critérios de fixação de normas gerais de competência tributária para instituição do imposto sobre transmissão de bem – móveis/imóveis, corpóreos/incorpóreos – localizados no exterior, justamente com o intuito de evitar conflitos de competência, geradores de bitributação, entre os Estados da Federação, mantendo uniforme o sistema de tributos.

III- Inconstitucionalidade da alínea “b” do inciso II do artigo 4º da Lei Paulista nº 10.705, de 28 de dezembro

de 2000, reconhecida. Incidente de inconstitucionalidade precedente.”

O julgamento foi complementado pelo acórdão dos embargos de declaração que dispôs:

“I- Embargos declaratórios opostos com a finalidade de sanar omissão no v. acórdão. Decisão que deixou de pronunciar sobre a possibilidade de Estado da Federação exercer a competência legislativa plena, em matéria tributária, relativa à instituição do imposto sobre transmissão “causa mortis” de bens localizados no exterior.

II- O preceito do parágrafo 3º do artigo 24 da Carta Republicana confere competência legislativa plena para Estados instituírem tributos desde que a ausência de lei complementar nacional não seja imprescindível para resolver conflitos de competência entre os Estados e os países com os quais o Brasil possui acordos comerciais.

III – Embargos acolhidos para que este fique fazendo parte integrante do v. acórdão, mantida a procedência do incidente.”

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo não perflha do mesmo entendimento do Supremo Tribunal Federal, que assim dispôs de forma diversa, em decisão monocrática:

“Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto de acórdão, o qual reconheceu a constitucionalidade da Lei 1.472/89, que instituiu a incidência do ITCMD sobre doações provenientes do exterior. No RE, fundado no art. 102, III, a e c, da Constituição, alegou-se ofensa, em suma, ao art. 146, III, a, da mesma Carta, ao argumento de que é impossível o Estado do Rio de Janeiro legislar sobre tema afeito exclusivamente à lei complementar federal. O agravo não merece acolhida.

A questão abordada no presente recurso diz respeito à possibilidade de os Estados instituírem impostos quando inexistente a lei complementar nacional a que alude o art. 146, III, a, da Constituição Federal. Deve-se analisar se, nessa hipótese, é viável o exercício da competência legislativa plena pelo ente federado, prevista no art. 24, § 3º, da Carta, em conjunto com o art. 34, § 3º, do ADCT. O tema não é novo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. De fato, em diversas oportunidades esta Corte decidiu que na ausência da lei complementar referida, os Estados não ficam impedidos de instituírem os impostos de sua competência. Segundo entendimento firmado por ambas as turmas deste Tribunal, ante a omissão do legislador federal em estabelecer as normas gerais pertinentes, os Estados-membros, também em matéria tributária, podem fazer uso de sua competência legislativa plena com fulcro no art. 24, § 3º, da Constituição e art. 34, § 3º, do ADCT. Nesse sentido transcrevo ementas de julgados das duas Turmas do STF: “RECURSO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - COMPETÊNCIA. A teor do disposto no artigo 28, § 2º, da Lei nº 8.038/90, compete ao relator a que for distribuído o agravo de instrumento, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como no Superior Tribunal de Justiça, com o fim de ver processado recurso interposto, o julgamento respectivo. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES - DISCIPLINA. Mostra-se constitucional a disciplina do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores mediante norma local. Deixando a União de editar normas gerais, exerce a unidade da federa-

ção a competência legislativa plena - § 3º do artigo 24, do corpo permanente da Carta de 1988 -, sendo que, com a entrada em vigor do sistema tributário nacional, abriu-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a via da edição de leis necessárias à respectiva aplicação - § 3º do artigo 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Carta de 1988” (AI 167.777-Agr/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma).”TRIBUTÁRIO. ESTADO DE SÃO PAULO. IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. LEI Nº 6.606/89, COM AS ALTERAÇÕES DAS LEIS Nº 7.002/90 E 7.644/91. PRETENZA INCOMPATIBILIDADE COM AS NORMAS DOS ARTS. 24, § 3º; 150, II E IV, E 146, III, A, DA CONSTITUIÇÃO. Descabimento da alegação, tendo em vista que o constituinte de 1988, como revela o art. 34 do ADCT, autorizou a edição, pelos Estados, das leis necessárias à aplicação do sistema tributário nacional nela previsto (§ 3º), que entrou em vigor em 1º de março de 1989 (caput). Ficaram os Estados, portanto, legitimados a ditar as normas gerais indispensáveis à instituição dos novos impostos, o que foi cumprido, em relação ao IPVA, no exercício da competência concorrente prevista no art. 24 e em seu § 3º, da Carta, com vigência até o advento da lei complementar da União (§ 4º), ainda não editada. A única exceção foi relativa ao novo ICMS, cujas normas gerais foram estabelecidas, em caráter provisório, por meio de convênio celebrado pelos Estados (§ 8º). Diversidade de alíquotas em razão da natureza do combustível (álcool e gasolina) que por contemplar coisas distintas, não ofende o princípio da isonomia, nem configura tributo progressivo. Recurso não conhecido” (RE 236.931/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma). No mesmo sentido, as seguintes decisões, entre outras: RE 191.703-Agr/SP e RE 203.301-Agr/SP, Rel. Min. Neri da Silveira; RE 206.003/SP, Rel. Min. Moreira Alves; AI 447.233/SP, Rel. Min. Ellen Gracie; AI 487.906/SP, Rel. Min. Carlos Velloso. É certo, porém, que, em determinadas situações, o Tribunal tem estabelecido exceções à possibilidade de exercício da competência plena nos termos citados. Nesse sentido, na ausência da lei complementar nacional antes mencionada, a Corte tem restringido a possibilidade de instituição de impostos pelos Estados nos casos de tributos não autônomos, a exemplo do antigo adicional de imposto de renda previsto no art. 155, II, da Constituição (redação original), ou naquelas hipóteses em que a instituição do tributo possa dar margem a conflitos federativos,

o que ocorre com o ICMS. Saliente-se, contudo, que, mesmo nessas decisões, o Tribunal reafirma a possibilidade de instituição de impostos pelos estados com base no exercício de sua competência plena. Nesse sentido, bem ilustrativa a ementa do RE 140.887/RJ, Rel. Min. Moreira Alves: “Adicional do imposto de renda, em favor dos Estados-membros. Inconstitucionalidade da Lei 1.394, de 02.12.88, do Estado do Rio de Janeiro.- Os Estados e o Distrito Federal só podem instituir tributos, independentemente da Lei complementar nacional tributária a que alude o artigo 146 da Constituição Federal, com relação a tributos autônomos, de sua competência, e tributos esses que não possam ter reflexos em outros Estados, no Distrito Federal e na Própria União.- Sentido e alcance dos § 3º, 4º, e 5º do artigo 34 do ADCT, bem como no § 3º do artigo 24 da parte permanente da Constituição Federal.- O adicional previsto pela Carta Magna, no inciso II do artigo 155, é tributo de competência exclusiva dos Estados e do Distrito Federal, mas não só não é ‘autônomo’ - como adicional que é, está inequivocadamente vinculado ao imposto de renda como instituído e disciplinado pela União -, senão também sua disciplina pelas leis locais pode dar margem a conflitos de competência entre Estados e Distrito Federal, de um lado, e entre estes e a União Federal, de outro, pelos seus inevitáveis reflexos nacionais. Recurso extraordinário conhecido e provido, declarando-se a inconstitucionalidade da Lei 1.394, de 02.12.88, do Estado do Rio de Janeiro”. **Pelo exposto, o caso dos autos, instituição de imposto sobre doação proveniente do exterior, enquadra-se nas hipóteses em que esta Corte admite aos Estados-membros suprir a omissão legislativa da União, pelo exercício da competência plena prevista no art. 24, § 3º, da Constituição em conjunto com o art. 34, § 3º, do ADCT. Isso posto, nego seguimento ao recurso. (...)**” (decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento nº 805043/RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski)⁶.

Assim, em que pese a declaração de inconstitucionalidade do Tribunal de Justiça de São Paulo, o posicionamento do STF é do cabimento que os Estados supram a omissão legislativa da União e disciplinem sobre doação proveniente do exterior.

Donde se conclui que cabe a cada Estado legislar, na ausência de Lei Complementar, sobre o ITCMD nas hipóteses em que o transmitente tenha domicílio ou residência no exterior, os bens inventariados sejam localizados no exterior, ou, ainda, o próprio inventário seja realizado fora do Brasil.

⁶ AI 805043 /RJ, Rel. Min. Ricardo Lewandowski

A proteção do adquirente na Incorporação e no Loteamento (Considerações ao artigo 55 da Lei nº 13.097/2015)

Olivar Vitale

1. Introdução

Inovação da ordem jurídica no âmbito da proteção dos adquirentes de imóveis em empreendimentos imobiliários acaba de surgir no artigo 55 da Lei nº 13.097/2015. Diante da grande abrangência e importância do dispositivo, bem como de sua recente entrada em vigor (19/02/2015), com inexistente material doutrinário e jurisprudencial a respeito, muitas questões ainda permanecem em aberto, merecendo reflexão e debate, com os quais se procura ora prestar contribuição, especialmente apontando as dúvidas, sugerindo pessoal opinião sobre como as solucionar e, mais do que tudo, incentivando o debate.

2. A aquisição de bem imóvel

Não se pode comprar um imóvel em fraude de execução. Essa é a regra. Melhor explicando, de maneira bem resumida: se a venda do bem puder levar o alienante à insolvência, aludida transferência de propriedade pode ser declarada ineficaz pelo Poder Judiciário, por reconhecimento de fraude.

Conforme pontuamos em artigo publicado anteriormente¹, “*nossa legislação, combinada com o entendimento jurisprudencial, estabelece que o alienante se encontra em dívida a ponto de ser reduzido à insolvência se, no momento da alienação do específico imóvel, seu patrimônio remanescente não for suficiente a honrar todas as suas dívidas, em especial aquelas cobradas em juízo*”.

3. A jurisprudência

Historicamente, o ordenamento jurídico brasileiro protege o credor em relação a eventual transmissão de imóvel em que o alienante se torne insolvente, de modo a declará-la ineficaz.

Entretanto, a despeito dos preceitos legais vigentes, ao longo dos últimos anos essa proteção tem sido cada vez mais combatida. Credores inertes, ou pior ainda, de má-fé, não têm encontrado guarida na jurisprudência. Tanto isso é verdade que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 375, de 2009, consolidou entendimento no sentido de

que “*o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente*”.

Ainda assim, até o advento da Lei 13.097/15, ao menos no que toca às normas vigentes em nosso País, adquirir um imóvel objeto de empreendimento imobiliário, de pessoa física ou jurídica, em nada alterava o risco do adquirente, nem mesmo se a pessoa jurídica tivesse em seu objeto social a venda e compra de imóveis.

4. O texto legal

O artigo 55 da Lei 13.097/2015, objeto do presente estudo, tem a seguinte dicção: “*a alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor; decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990*”.

Estabelece-se, portanto, regime jurídico especial, dando proteção aos negócios jurídicos de alienação e oneração de imóveis em empreendimentos imobiliários, ao blindá-los contra a decretação de ineficácia e evicção, bem como não estabelecendo, diferentemente do caso do artigo 54 da mesma lei, nenhuma exceção a essa proteção.

5. Regime especial do artigo 55

Estabelece o artigo 55 que fazem jus à proteção as alienações ou onerações de unidades autônomas “*integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício*”.

A redação original do dispositivo na Medida Provisória nº 656/2014, convertida na norma ora comentada, falava em “*condomínio de lotes de terreno urbano*”, enquanto a Lei nº 13.097/2015 substituiu tal expressão por “*condomínio edilício*”. Tudo indica que houve equívoco na substituição. Se a supressão do termo “condomínios de lotes”, por equipa-

¹ Daniela Truzzi Prieto e Olivar Vitale no artigo “Estudo de Documentação Imobiliária”, parte integrante do livro “Estudos Avançados de Direito Imobiliário”, coordenadores José Roberto Neves Amorim e Rubens Carmo Elias Filho, Editora Elsevier, 2014, pág. 26.

rados aos condomínios edilícios (vide artigo 3º do Decreto-lei nº 271/1967), não parece problemática, inegável que a previsão genérica de proteção aos adquirentes de unidades autônomas em “condomínio edilício” pode gerar confusão.

O intuito do dispositivo é conferir proteção e segurança jurídica aos negociantes no âmbito dos empreendimentos imobiliários. Todavia, as situações abrangidas no conceito legal de condomínio edilício extrapolam o campo dos empreendimentos imobiliários. Sem grandes dificuldades para exemplificar, a alienação de um imóvel objeto de condomínio edilício, por particular, nada tem que ver com a aquisição de imóvel de incorporador (ou loteador) e, na letra lei, concede ao adquirente igual proteção no que tange ao afastamento da ineficácia do ato.

Opinando, mesmo com aludido equívoco, pode-se concluir que a aplicação do artigo 55 é restrita aos imóveis alienados diretamente por empreendedor imobiliário, seja em incorporação, loteamento ou condomínio edilício constituído.

6. Da sub-rogação dos credores no preço ou no crédito

A alienação ou oneração da unidade autônoma ou de lote objeto de loteamento não fica sujeita à evicção ou à decretação de ineficácia. Credores, ainda que diligentes, são sub-rogados no preço ou no crédito decorrente de tal alienação/onerção.

Essa é a base forte do conteúdo legal. Você, comprador de imóvel alienado por incorporadora ou loteadora, não está sujeito à evicção ou declaração de ineficácia por vício em qualquer título ou registro nas transmissões de domínio anteriores do terreno, ou até mesmo risco de crédito do alienante!

O credor de algum antecessor se sub-rogará no preço ainda pendente de pagamento, nos créditos decorrentes da venda das unidades/lotes ou, ainda, nas próprias unidades autônomas ou lotes ainda não alienados. Esse último item, dos imóveis ainda não vendidos, não está expresso no texto legal, mas, por corolário, acreditamos esteja englobado na proteção do credor vigilante.

Por outro lado, se o credor não tiver cuidado para fazer constar seu apontamento judicial na matrícula-mãe do imóvel, em momento em que o devedor ainda seja proprietário do bem, pela dicção do artigo 54 da mesma lei, não há o que se falar no futuro empreendimento ser atingido (aplicabilidade aqui condicionada a dois anos da promulgação da lei, conforme artigo 61, ou seja, janeiro de 2017).

Dúvida que resta: e se o credor tiver sido diligente na forma da lei e carregado à matrícula do bem a existência de seu crédito judicialmente cobrado (artigo 54)? A nosso ver, mesmo em relação aos atos precedentes constantes da matrícula antes do registro da incorporação, loteamento ou da instituição do condomínio edilício, a aquisição advinda do empreendedor imobiliário é sempre eficaz.

O artigo 55, de cunho protetivo dos adquirentes das unidades, não faz qualquer ressalva nesse ponto, ao afirmar que a aquisição “não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia”. Desse modo, a proteção valerá até mesmo para riscos anteriores ao empreendimento imobiliário,

em qualquer dos atos de alienação a ele precedentes.

Diante de irrestrita proteção, para os zelosos credores impedidos de atingir as unidades autônomas resta tão somente a sub-rogação “no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa”.

O direito dos credores, nos termos da lei, está adstrito à sub-rogação no preço decorrente da alienação dos lotes ou das unidades autônomas, ainda que seu crédito seja maior que a soma dos recebíveis decorrentes dessa comercialização. Quanto ao “preço”, na eventualidade de o antecessor que alienou o imóvel em suposta fraude tiver valores a receber do empreendedor, mesmo após o registro da incorporação ou do loteamento, o credor se sub-rogará nesses valores, visando satisfazer seu crédito. Caso clássico aqui a exemplificar é a aquisição da gleba objeto do empreendimento imobiliário por meio de permuta.

O conteúdo do comentado artigo é drástico. A sub-rogação implica em diversos percalços. A venda dos imóveis ao público pelo empreendedor se dá, no mais das vezes, a prazo, o que dificulta o recebimento. Como se não bastasse, especificamente no que toca à incorporação imobiliária, ainda mais complicada a situação se adicionado o elemento “patrimônio de afetação” ao caso concreto. O instituto tem como origem a blindagem do empreendimento em relação a tudo que não faça parte dele, de modo a amparar os adquirentes em relação a eventual abuso ou má gestão do empreendedor.

Estabelece o artigo 31 da Lei 4.591/64, alterado pela Lei 10.931/04, que somente se excluem da blindagem do patrimônio de afetação “os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (art. 44), considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver e o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58)”². Ou seja, a nosso ver, no patrimônio de afetação, enquanto não finalizada a obra, a sub-rogação no preço pelo credor do antecessor está limitada ao valor correspondente à alienação da fração ideal de terreno de cada unidade autônoma, não podendo atingir o montante ainda necessário à edificação.

Nessa linha, em razão da amplitude da proteção do artigo 55, entendemos que ao credor vigilante resta propor medida judicial em face do empreendedor, visando o reconhecimento da ineficácia da aquisição do imóvel. Ora, se o artigo 54 da mesma lei exige que o credor seja zeloso a ponto de carregar para a matrícula seus créditos judicialmente cobrados, uma vez o fazendo, dúvida não há que, a *contrario sensu*, a declaração de ineficácia do ato em situação de demonstrada insolvência se faz de rigor. Repita-se: tudo isso em momento anterior ao registro do loteamento ou da incorporação, uma vez que, havendo o registro do futuro empreendimento, a eficácia de qualquer alienação está garantida pelo artigo 55.

Ponto também intrigante diz respeito à eventual cessão, pelo empreendedor, dos créditos decorrentes das vendas a

² Lei 4.591/64, Artigo 31, parágrafo 8º, inciso I

algun terceiro investidor ou, até mesmo, ao mercado, por meio de CRIs (Certificados de Recebíveis Imobiliários). Nesse caso, afastando o risco do adquirente, restam na relação o credor diligente e o cessionário. A nosso ver, preferência deve ter o credor cuidadoso, que fez constar da matrícula seu suposto crédito judicialmente cobrado. Nesta situação, o cessionário, antes da realização do negócio, deve estudar ao menos a matrícula-mãe do empreendimento. Havendo apontamento na matrícula, estará assumindo o risco de futuramente deixar de satisfazer seu crédito por preferência do credor do antecessor, caso não comprove que na época da alienação do terreno pelo devedor esse não era insolvente.

Situação semelhante é a do agente financiador da obra. A garantia exigida atinge no mais das vezes as unidades e os créditos decorrentes de suas alienações a terceiros. Pela letra da lei (artigo 55), o credor do antecessor tem preferência por esses créditos. Se, por um lado, a evicção ou a ineficácia não será reconhecida, ao menos a sub-rogação em favor do credor se faz de rigor. Também por isso, salvo melhor juízo, caberá ao financiador o devido estudo, restrita à existência ou não de apontamento na matrícula do imóvel, para se certificar de que não há risco de sua garantia se perder em caso de fraude na aquisição do terreno.

Tentando, se não exaurir, aproximar-se ao máximo das questões fáticas possíveis, resta ainda comentar sobre a possibilidade do empreendimento imobiliário cuja gleba resulte da unificação de diversos terrenos contíguos, sendo que o crédito do antecessor esteja apontado tão somente na matrícula de um desses terrenos. Nesse caso, tudo indica que a sub-rogação definida na lei está limitada à proporção financeira (valor) do terreno em relação ao todo da gleba unificada.

Nessa hipótese, se o valor da dívida perseguida for menor que o valor do terreno em que constava o apontamento, risco nenhum ao excesso de sub-rogação no preço ou nos créditos do específico empreendimento imobiliário. Em caso contrário, para que não ocorra abuso e, portanto, onerosidade excessiva ao empreendedor, caberá a esse demonstrar judicialmente o valor de mercado do terreno em que o apontamento constava da matrícula. A sub-rogação no produto do empreendimento há que se restringir a esse valor.

7. Perdas e danos indenizáveis ao credor pelo empreendedor e o CDC

Se a evicção e a declaração de ineficácia estão afastadas e o crédito do antecessor só será satisfeito pela sub-rogação no produto do empreendimento imobiliário, por outro lado o mesmo artigo legal define que o empreendedor deverá indenizar por perdas e danos em caso de dolo ou culpa comprovado.

Ora, o credor vigilante deverá demonstrar que o empreendedor não apenas assumiu o risco como, propositamente ou ao menos de maneira negligente, adquiriu o terreno sabendo que poderia estar o prejudicando.

Como historicamente a boa-fé na aquisição de bem

imóvel está ligada ao estudo de documentação, pode-se prever que a má-fé do empreendedor adquirente se presumirá caso, mesmo havendo apontamentos na matrícula-mãe, deixar de diligenciar para se certificar de que o vendedor, no que toca àquelas medidas judiciais constantes do fôlio registral, tem patrimônio suficiente para permanecer solvente em razão daquela alienação.

Complementando, em relação à menção ao Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), faz-se crer que o legislador pretende, além da condenação a indenizar o credor em perdas e danos, prever a punição do empreendedor com sanções administrativas³ e até mesmo penais⁴.

8. Necessidade do arquivamento de certidões dos proprietários e/ou antecessores para registro do empreendimento

Enquanto a Lei das Incorporações Imobiliárias (Lei nº 4.591/64) exige o arquivamento de certidões relativamente “aos alienantes do terreno e ao incorporador” (art. 32, alínea “b”), geralmente a mesma pessoa jurídica, a Lei de Parcelamento do Solo (Lei nº 6.766/79) exige no loteamento as certidões “em nome daqueles que, nos mencionados períodos (20 anos), tenham sido titulares de direitos reais sobre o imóvel” (art. 18, §1º).

Ambos os dispositivos, dando publicidade às informações e certidões relativas aos proprietários e incorporadores, visam proteger os adquirentes das unidades autônomas de medidas envolvendo tais pessoas que possam ameaçar seus direitos. É a chamada constatação da “idoneidade financeira” do empreendedor pelo ente fiscalizador, qual seja, o Registro de Imóveis.

Com o advento do artigo 55 da Lei nº 13.097/2015, pode parecer que tal proteção se tornou desnecessária, uma vez que o dispositivo afasta o reconhecimento de ineficácia ou evicção de alienação ou oneração de unidade autônoma ou lote.

Entretanto, acreditamos que o artigo 55 da Lei nº 13.097/2015 não faz com que sejam dispensáveis o arquivamento dos documentos dos empreendedores (incorporador ou loteador), vez que tal exigência está relacionada à comprovação da sua idoneidade financeira. Ainda que se proteja o adquirente da evicção ou do reconhecimento de ineficácia, sem demonstração de idoneidade financeira do empreendedor pode-se estar chancelando ao mercado empreendimento que sequer será seguido adiante, após a alienação de suas unidades/lotes.

A única ressalva a ser feita diz respeito aos antecessores no caso de loteamento. A Lei 6.766/79 prevê tal apresentação, exigência que não existe para a incorporação imobiliária. Ora, se a partir de 19 de fevereiro de 2015, com a vigência do artigo 55 da Lei 13.097/15, não se operará evicção ou qualquer ineficácia na alienação de lotes objeto de loteamento, nada justifica analisar as certidões dos antecessores ou o título de aquisição do terreno pelo loteador, motivo pelo qual acreditamos que nesse único aspecto tais certidões devem, sim, ser dispensadas pelo oficial registrador.

³ Lei 8.078/90 (CDC), Artigos 55 a 60

⁴ Lei 8.078/90 (CDC), Artigos 61 a 80

9. Conclusão

O artigo 55 da Lei nº 13.097/2015 é grande novidade. É a positividade da ideia de que adquirir imóvel de empreendedor não pode gerar risco de domínio

do bem ao comprador. É dispositivo que influencia inúmeras situações jurídicas e questões fáticas do mercado imobiliário, várias delas aqui ressaltadas. Só o tempo, com o posicionamento do Poder Judiciário a respeito do tema, demonstrará sua verdadeira extensão e aplicabilidade.

SOLUÇÕES PARA LOCAÇÃO PORTO SEGURO.

Não importa qual a necessidade do seu cliente na hora de alugar, a Porto Seguro tem a solução. Ou melhor, tem três.



caso | Comunicação

Porto Seguro Aluguel

Seguro fiança que assegura o recebimento do aluguel em caso de inadimplência e demais encargos da locação, além de oferecer reparos ao imóvel.

PortoCap Aluguel

Título de Capitalização que funciona como uma garantia locatícia em caso de inadimplência. O valor varia de R\$ 2 mil a R\$ 30 mil.

Porto Seguro Imobiliária

Seguro para o imóvel alugado que evita que o cliente tenha prejuízo se um imprevisto acontecer. Possui diversas coberturas e pode ser contratado juntamente com o Porto Seguro Aluguel ou o PortoCap Aluguel.

Para saber mais, consulte seu Gerente Comercial ou acesse www.portoseguro.com.br.



Informações reduzidas. Consulte as Condições Gerais. Porto Seguro Aluguel - CNPJ: 61.198.164/0001-60 - Processo SUSEP: 15414.000114/2008-21 e 15414.001522/2011-03. Porto Seguro Imobiliária - CNPJ: 61.198.164/0001-60 - Processo SUSEP: Residencial - 15414.000573/2006-42 e Não Residencial - 15414.000656/2006-31. Porto Seguro Capitalização S.A. - CNPJ 16.551.758/0001-58 - Processos SUSEP: 15414.003346/2012-17 e 15414.003347/2012-61. O registro destes planos na SUSEP não implica, por parte da Autarquia, incentivo ou recomendação à sua comercialização. A aprovação deste título pela SUSEP não implica, por parte da Autarquia, em incentivo ou recomendação à sua aquisição, representando, exclusivamente, sua adequação às normas em vigor e quando a venda for intermediada por corretor de capitalização. O consumidor poderá consultar a situação cadastral de seu corretor de capitalização, no site www.susep.gov.br, por meio do número de seu registro na SUSEP, nome completo, CNPJ ou CPF. É proibida a venda de Título de Capitalização a menores de 16 anos - Artigo 3, I, do Código Civil. Título de Capitalização emitido pela Porto Seguro Capitalização S.A.



**PORTO
SEGURO**
SEGUROS

A sopa de letrinhas na matrícula do imóvel rural

Pedro Cortez,

com a colaboração de Marc Stalder e Rámilton Sacamoto

O desenvolvimento tecnológico contribui com o direito em diversos aspectos. Não há como negar. Essa evidência se tem presente em relação ao direito registral, e, notadamente, quando se trata do princípio da especialidade objetiva¹, perseguindo-se através dele, a individualização descritiva de um imóvel, apartando-o dos demais.

A persecução da individualização de um imóvel no Brasil nasce com ele próprio, através do regime das Capitânicas Hereditárias. A demarcação contida em tal regime demonstra a importância da especialização do imóvel, uma vez que as áreas de tais capitânicas eram especificadas com as suas correspondentes descrições, separando aquela porção de terras concedida pela Coroa Portuguesa de outras que lhe eram vizinhas ou contíguas, possibilitando a cada um cuidar do que é seu.

Figura 1 - *Capitânicas hereditárias* (Luís Teixeira. Roteiro de todos os sinais, conhecimentos, fundos, baixos, alturas e derrotas que há na costa do Brasil desde o cabo de Santo Agostinho até ao estreito de Fernão de Magalhães. Lisboa.



<http://www.historia-brasil.com/mapas/teixeira-1574.htm> - (acesso em 13/07/15)

Desde então, o sistema jurídico vem se aperfeiçoando para atender a necessidade de ter-se um imóvel descrito de forma inteligível e, desse modo, verdadeiramente acessível a todos.

O “Regime Hipotecário” instituído em 21/10/1843 pela Lei Orçamentária nº 317, que, posteriormente, foi transformado em “Registro Geral” pela Lei nº 1.237, de 24/09/1864, regulamentada pelo Decreto 3.453, de 26/04/1865, já trazia essa concepção. A Lei nº 601, de 18/09/1850, considerada a primeira lei brasileira de terras, discriminou os bens do domínio público do particular, criando o registro paroquial das terras possuídas pelo Império e obrigando os proprietários rurais a registrarem suas terras, tendo com esse registro a legitimação da propriedade privada, com efeitos semelhantes àqueles hoje conhecidos.

Essa Lei nº 601/1850 legitimava a ocupação e a propriedade particular de imóveis pela qualidade de sua ocupação e pela destinação que lhes era dada. Quer dizer que a citada Lei conferia validade à ocupação exercida pelos seus titulares com a correspondente demonstração das atividades por eles exercidas ao longo dos anos.

Adveio o registro paroquial (“Registro do Vigário”, como ficou conhecido) como forma de atestar a legitimação emanada pelos atos notariais consistentes nas escrituras com o objetivo de transferir as terras entre particulares. Não obstante o efeito meramente declaratório, quer dizer, o efeito de reconhecer a posse exercida por determinada pessoa sobre um imóvel, não lhe atribuindo o *ius in re*, mas lhe conferindo a qualidade de possuidor, o registro paroquial conduzia a posse à propriedade. Ele atestava a posse exercida, a posse transferida, em medidas de tempo e de uso. Através do atestado, permitia-se obter a propriedade de acordo com o ordenamento jurídico vigente à época e com as alterações que se seguiram, pois jamais negada a prescrição aquisitiva como forma de adquirir-se a propriedade da terra particular.

Com o advento do Código Civil Brasileiro de 1916, ao tratar do Direito das Coisas (Seção VI do Capítulo XI do Título III do Livro II), foi atribuído ao registro público a função de operar a transmissão do domínio, erigindo-se em condição para aquisição da propriedade, tudo sob o primado do regime da disponibilidade, onde a transcrição do título translativo se subordinava, em sua essência, à de-

¹ Descrição de um imóvel como corpo certo, com a sua representação escrita como individualidade autônoma, com seu modo de ser físico, que o torna inconfundível e, portanto, diferente em relação a qualquer outro;

monstração do que era disponível nos termos contidos no título que lhe era anterior.

Sob a ótica da propriedade imobiliária privada, a singularização dos imóveis ganha relevância na mesma medida da maior ou menor relevância dada à propriedade, não apenas do solo, mas também dos recursos nele alocados e da destinação para a sua exploração. A informação a respeito de onde começa uma propriedade imobiliária e termina outra, em princípio absolutamente clara e precisa para o seu proprietário e possuidor, assim como para seus vizinhos, passou a ter efeitos importantes para uma multiplicidade de pessoas, muitas delas distantes da situação geográfica do imóvel. Depreende-se daí, portanto, como necessária a especialização do imóvel, que deverá ter uma descrição inteligível e acessível a todos que dela tenham de fazer uso.

Essa característica de acessibilidade do documento representativo de uma propriedade imobiliária é fundamental para sua oponibilidade a terceiros, além de nele assentar-se a presunção de veracidade emanada do registro público e ser ele a base efetiva a sustentar a segurança jurídica da propriedade. Esse princípio que então se construía, hoje representa a base do sistema de registro imobiliário e não pode ser enfraquecido.

Essa breve digressão demonstra a importância da caracterização precisa da propriedade imobiliária com a sua especialização objetiva, pois, desde as mais longínquas normas a respeito, a preocupação maior era ter os imóveis descritos de forma inteligível.

É possível, assim, afirmar-se que as descrições antigas dos imóveis, embora sucintas, eram aptas à sua singularização, pois eram inteligíveis ao leitor. Quem lia aquela descrição, encontrava o imóvel e identificava os seus limites.

Por mais estranho que possa parecer, o fato de um imóvel se extremar em sua descrição por *começar pela cerca do paiol das terras de fulano, seguir pelo contraforte do morro confinando com terras de ciclano até as divisas de beltrano, por onde segue até encontrar o rio, seguindo-o pelas suas margens à jusante [...]*, era, como é, suficiente para diferenciá-lo de qualquer outro, passando o leitor de tal descrição a conhecer os limites daquele imóvel.

Tanto é assim que essa descrição sucinta tem sido o ponto de partida para as retificações de registro, de acordo com a Lei dos Registros Públicos², dando ao imóvel rural, graças às contribuições tecnológicas, condições de ter a mais aprimorada especialização da sua descrição pelo método³ do georreferenciamento, exigível com o advento da Lei 10.267/01, regulamentada pelo Decreto nº 4.449/02 e outros⁴ que se seguiram.

Então, com todo esse desenvolvimento legal permitido pelas inúmeras e acessíveis possibilidades tecnológicas, é possível afirmar que o nosso sistema caminha para uma

segurança ainda maior, quase absoluta? Afinal, o imóvel descrito em coordenadas de satélite pode ser identificado e singularizado de qualquer outro no mundo. Isso é verdade, mas não nos parece ser uma verdade absoluta.

A preocupação a respeito da conciliação das evoluções tecnológicas com os princípios registrais é presente e evitada de inexorabilidade, como bem pontuada pelo ilustre Registrador Dr. Sérgio Jacomino em publicação a respeito do tema “Matrícula Digital”⁵: *“temos que ter a convicção de que é preciso ultrapassar as dificuldades que se interpõem com muito cuidado, porque não podemos esquecer que estamos fundados em larga e importante tradição na garantia das relações jurídicas para as quais os serviços notariais e registrais foram criados”*.

É exatamente sobre os efeitos de tamanho desenvolvimento que nos vemos diante de uma necessária reflexão.

Um imóvel que passou a ter uma longa e dantesca descrição, com um sem-número de pontos, coordenadas, azimutes e distâncias com precisão milesimal é inteligível? O leitor, que não pode ser apenas o técnico ou o especialista, mas deve ser todo aquele interessado em saber onde começa e onde termina o imóvel, é capaz de entender essa descrição, localizando-o e o diferenciando de outro?

Mais do que isso, se o operador do direito, ao se deparar com a descrição de um imóvel rural que parece uma “sopa de letrinhas” posta muitas vezes em mais de 30 folhas de uma matrícula, deve reproduzir essa descrição fielmente⁶ nos instrumentos negociais envolvendo o imóvel rural, quais não são as chances de erro nessa descrição e quais não são as dificuldades do registrador em qualificá-lo como apto ao registro?

Ao considerar-se o fato de que esse imóvel rural poderá ser (ou será) destinado a um empreendimento imobiliário, o crescimento quantitativo desse documento de registro ao receber mais todas as informações de um parcelamento do solo, por exemplo, certamente o tornará ainda menos inteligível. Nesse cenário a preocupação aumenta ao considerarmos a quem ele passará a se destinar e os seus efeitos (um sem-número de adquirentes que, conforme a correspondente legislação⁷, contam com as informações assentadas no registro para ter os seus interesses protegidos nos mais diferentes aspectos).

Obviamente, essa reflexão deve ser pautada pelos princípios registrais⁸ dos quais emana a segurança jurídica inerente ao registro imobiliário e dentre os quais se destacam o da especialidade objetiva e o da publicidade⁹. Essa reflexão à luz do ordenamento jurídico existente deve conduzir a alcançar-se a solução com a simplicidade que se impõe e, desse modo, quicá sem novas regras, eliminando o risco de desvirtuar as conquistas alcançadas por todo esse processo evolutivo.

² Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973;

³ Georreferenciamento é método de descrição de imóveis; a sua obrigatoriedade é para imóveis rurais, de acordo com os prazos legais, assim como, a certificação dessa descrição pelo INCRA, que nada mais é do que uma análise da existência ou não de sobreposição de um imóvel à outro cuja descrição por tal método já tenha sido certificada – ou seja, a certificação de uma descrição georreferenciada pelo INCRA não atesta a propriedade e não se sobrepõe à situação fática e possessória do imóvel rural;

⁴ Decreto nº 5.570/05, Decreto nº 7.620/11, dentre outras;

⁵ http://www.quinto.com.br/artigos_26.htm - acesso em 13/06/2015;

⁶ E.g. a dispensa da transcrição da descrição de um imóvel somente se aplica para imóveis urbanos, a rigor do art. 2º, da Lei 7.433/85;

⁷ Destaca-se a Lei nº 6.766/79 e os itens 19 e 20, do inciso I, do artigo 167 da Lei nº 6.015/73;

O cenário até aqui descrito não deve induzir ao retorno para a situação anterior, o que seria desprestigiar os benefícios trazidos pelo desenvolvimento legislativo coerente com o desenvolvimento tecnológico, mas, precipuamente, deve induzir à busca de uma solução coerente com o conceito original de que o registro imobiliário deve ser inteligível e, por conseguinte, acessível, no sentido mais amplo, a qualquer leitor.

Nesse exercício reflexivo, tem-se de interesse para a especificação de um imóvel, além de suas características básicas como área superficial e localização, os seus alinhamentos e suas confrontações, por serem esses os elementos tangíveis e definidores de sua extremação. Por outro lado, não se podem perder os seus detalhes descritivos, tais como coordenadas, pontos e distâncias entre cada um, assim como, os ângulos dos vértices definidores de seus limites.

Tendo-se essa premissa, há de se notar interessante dispositivo constante da Lei de Registros Públicos (inciso VI, do artigo 178¹⁰) que permite o registro em apartado de atos em seu inteiro teor sem prejuízo daquilo que se registrou na matrícula imobiliária.

Frente a esse dispositivo legal, pergunta-se: não seria possível fazer constar na matrícula de um imóvel, junto com as suas características básicas (área e localização), apenas os alinhamentos gerais de cada confrontação com a informação a respeito do respectivo imóvel ou elemento que o confina, relegando-se ao registro auxiliar a informação descritiva completa e detalhada?

Contendo a matrícula as informações a respeito da situação do imóvel, sua área superficial e suas confrontações com os respectivos alinhamentos de suas divisas, tornando inteligível a descrição do imóvel matriculado, e mais a anotação a respeito do registro auxiliar no qual se encontram os seus dados descritivos completos atinentes às coordenadas dos seus pontos descritivos e respectivos azimutes e distâncias, teríamos um registro imobiliário não apenas inteligível, mas, também, preciso e completo, coerente com as normas aplicáveis e, desse modo, ainda mais próximo de todas as características indutoras da imprescindível segurança jurídica que dele deve emanar.

Sob a ótica da legislação vigente e da obrigação de transcrever nos títulos a descrição do imóvel trazida pela Lei nº 7.433/85, não haveria problema algum e a facilidade dessa descrição é inquestionável, tanto como o fato de que será mais difícil errar nas descrições dos imóveis.

O assunto não é inédito. O ilustre registrador Dr. Eduardo Augusto faz interessantes considerações¹¹ a respeito quando in-

dica que “*A descrição técnica deve ser suficiente para possibilitar que qualquer pessoa, conhecedora das regras de geometria, consiga obter (com ou sem o auxílio de softwares de cálculo e de desenho técnico) exatamente o mesmo desenho do imóvel, sem que ela conheça o imóvel, por planta, imagem ou “in loco”.*”

Seguindo o raciocínio exposto até aqui, tudo indica que o ilustre Registrador Dr. Eduardo Augusto comunga da mesma opinião, contudo, como se verifica, sua conclusão é no sentido de que “*a descrição imobiliária deverá ser elaborada por qualquer uma das técnicas de medição de terras reconhecidas pela agrimensura*”, transportando-a por completo na correspondente matrícula imobiliária.

A fundamentá-la, o ilustre Registrador aduz que “*nesse §1º do artigo 176, a especialidade objetiva é determinada de forma genérica, pelos vocábulos ‘identificação do imóvel’, ‘características’, ‘confrontações’, ‘localização’ e ‘área’, vocábulos estes que, em seu conjunto, significam ‘descrição do imóvel’*”. E, considerando que o conceito técnico da descrição do imóvel rural é aquele trazido pela ciência da agrimensura, não sendo lícito ao intérprete da lei, salvo disposição em contrário desta, transportar o seu conceito a não ser mediante adoção integral do conceito técnico, conclui que a matrícula deverá conter a descrição integral do imóvel, tal como resultante do seu levantamento georreferenciado.

Se é assim, atende-se à técnica e se sacrifica a clareza da matrícula do imóvel, tornando-se a sua identificação, despida da planta, um trabalho inóspito para o seu leitor. Há inúmeros exemplos de matrícula de imóvel rural, cuja descrição feita pelo método georreferenciado se estende por mais de 30 páginas ou até 46 páginas¹², tudo com minúcias descritivas, próprias da ciência exata, mas quase impossibilitando ao leitor conhecer o que lhe interessa em uma análise pontual da matrícula, por exemplo, as confrontações físicas do imóvel e/ou os titulares dos imóveis confrontantes.

Em completo acordo a bem fundamentada teoria do Ilustre Registrador e das significativas conclusões dela decorrentes, a análise reflexiva contida nesse artigo permite idealizar-se um caminho que visa atender à necessidade de compreensão do registro imobiliário por qualquer leitor, que assimilará, pela simples leitura da matrícula, o que é o imóvel, sem fugir ou desprestigiar a ciência aplicada como se deve, uma vez que a descrição técnica se fará presente no repositório adequado (Livro de Registro Auxiliar) para consulta ou análise técnica.

Esta solução, adequada à leitura por qualquer leitor, não é inédita.

Nesse sentido, tem-se o exemplo dos registros imobi-

⁸ “Com ótica de Direito comparado, pode ser afirmado que os princípios registrares, como diretrizes gerais, não são um produto lidimamente nacional; é, ao contrário, um resultado de técnica, que transcende as fronteiras de cada país e é válido para todas as nações que perseguem um bom sistema de tráfego imobiliário, cujo suporte tem registro de segurança jurídica, e cujos princípios emigram para o universo jurídico de cada nação mediante o fenômeno da recepção, de conformidade com o seu ordenamento positivo, mesmo que por indução porque não explicitamente enunciados em preceitos legais” (cit. Flauzilino Araújo dos Santos; PÉREZ LASALA, José Luis. *Derecho Inmobiliario Registral. Su Desarrollo en los Países Latinoamericanos*. Buenos Aires: Depalma, 1965, p. 103);

⁹ A publicidade é condição de eficácia do registro imobiliário e o diferencia, como direito de propriedade, dos demais direitos obrigacionais que dizem respeito exclusivamente às pessoas participantes do ato; o direito real confere ao seu titular um direito oponível contra todos e o seu registro, assim, dá ao direito real adquirido uma publicidade constitutiva de caráter absoluto;

¹⁰ “Art. 178 - Registrar-se-ão no Livro nº 3 - Registro Auxiliar: [...] VII - os títulos que, a requerimento do interessado, forem registrados no seu inteiro teor, sem prejuízo do ato, praticado no Livro nº 2.”;

¹¹ http://eduardoaugusto-irib.blogspot.com.br/2010/05/descricao-tecnica-do-imovel-na_14.html - acesso em 13/07/2015;

¹² A exemplificar, consulte-se a matrícula nº 83.158 do Registro de Imóveis de Franco da Rocha ou a matrícula nº 21.844 do Registro de Imóveis de Piedade;

liários praticados no Rio Grande do Sul, onde está autorizada¹³ a inclusão na matrícula do croquis de situação e confrontação do imóvel por ela objetivado¹⁴.

Figura 2 - Modelo apresentado pelo Registro de Imóveis da 1ª Zona de Porto Alegre.



<http://registrodeimoveis1zona.com.br/?p=485%20-%20acesso%20em%2013/07/2015>

Também, nesse sentido, a Corregedoria de Justiça de São Paulo¹⁵ permite o registro de processo de tombamento no Livro de Registro Auxiliar – Livro nº 3¹⁶, com a averbação remissiva na matrícula acerca dos documentos que identificam e localizam o imóvel objeto do tombamento. Permitida a averbação, remetendo o interessado ao Livro 3 para o adequado conhecimento da extensão do tombamento, abriu-se ainda o espaço para dela constar o endereço virtual para acesso ao processo de tombamento em sua íntegra, impossibilitando uma sua má tradução resultante de um mandado defeituoso¹⁷.

Todas essas situações coadunam-se com os princípios e normas legais aplicáveis e de forma alguma prejudicam a segurança jurídica inerente ao registro imobiliário. Pelo contrário, por devolverem ao registro a inteligibilidade e a sua acessibilidade a todo e qualquer interessado, leigo ou não, reforçam a sua segurança.

Algum esforço se faz necessário e, para tanto, de modo a superar a sopa de letrinhas contida na matrícula do imóvel rural descrito pelo método georreferenciado, sugere-se que se acresça ao trabalho técnico produzido um memorial descritivo resumido do imóvel, contendo, além de sua localização e área, os seus alinhamentos de confrontações e até, a exemplo da Corregedoria Gaúcha, um mapa do imóvel sem escala, levando-se para a matrícula tais informações e para o Livro 3 de Registro Auxiliar, a descrição técnica completa do imóvel.

¹³ Art. 353 – Os registradores ficam autorizados a inserir nas matrículas mapas dos imóveis, desde que elaborados por profissional habilitado, e que correspondam à descrição do imóvel. (Seção III do Livro 2 – Registro Geral, Consolidação Normativa Notarial e Registral Corregedoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Atualizada até o Provimento nº 021/2015-CGJ de Junho/2015);

¹⁴ Situação ilustrativa do imóvel sem escala;

¹⁵ Provimentos CGJ/TJSP nº 07/84 e 21/2007;

¹⁶ Normas de Serviço. Cartórios Extrajudiciais da Corregedoria de Justiça de São Paulo. Tomo II, Capítulo XX. Item 86. Os atos de tombamento definitivo de bens imóveis, requeridos pelo órgão competente, federal, estadual ou municipal, do serviço de proteção ao patrimônio histórico e artístico, serão registrados, em seu inteiro teor, no Livro 3, além de averbada a circunstância à margem das transcrições ou nas matrículas respectivas, sempre com as devidas remissões;

¹⁷ Conforme Alberto Rodrigues Freire, in <http://jus.com.br/artigos/17099/a-modernizacao-da-matricula-do-registro-de-imoveis>. Acesso em 13/07/2015.

O direito de preferência do locatário na permuta e na “permuta financeira”

Rodrigo Cury Bicalho

A aquisição de terrenos pela incorporadora mediante permuta, principalmente por unidades autônomas a serem construídas no próprio local, é bastante praticada no mercado imobiliário. Por meio de tal negócio jurídico, expressamente previsto no artigo 39 da Lei nº 4.591/1964, o proprietário transfere seu imóvel para a incorporadora, que no local desenvolverá um empreendimento, entregando, como contrapartida, parte das unidades autônomas construídas. Para a incorporadora, há a vantagem de não desembolsar o valor necessário para a compra do terreno, que será quitado futuramente, por meio da realização das construções e entrega das unidades. Para o proprietário, apesar dos riscos envolvidos, pode ser um negócio interessante, pois a área edificada recebida em pagamento normalmente representa valor mais expressivo do que o preço original que receberia pelo terreno.

Por outro lado, é comum, sobretudo nos grandes centros urbanos, que o imóvel esteja alugado a terceiros. Em tal hipótese, nos casos de venda e compra, o locatário tem a seu favor o direito de preferência na aquisição do imóvel, conferido pela Lei do Inquilinato (Lei nº 8.245/1991). Se exercido regularmente o direito de preferência pelo locatário, o negócio previamente intentado entre proprietário e incorporadora não poderá ser realizado.

O direito de preferência é estabelecido para as operações de venda e compra e outras formas de alienação, não sendo aplicável aos casos de permuta. Isso decorre do artigo 32 da Lei nº 8.245/1991, assim redigido: “*O direito de preferência não alcança os casos de perda da propriedade ou venda por decisão judicial, permuta, doação, integralização de capital, cisão, fusão e incorporação.*” Em razão do comando legal expresso, qualquer alienação de imóvel locado por meio de permuta estará fora da prerrogativa conferida ao locatário, sendo descabida sua notificação para fins de exercício de um direito que não lhe assiste.

Embora o tratamento legal da permuta seja singelo (basicamente o art. 533 do Código Civil), sua utilização passou, ao longo do tempo, a ter variações complexas, tanto na forma de instrumentalização do negócio, quanto na fixação da contrapartida negocial. A valorização dos terrenos e o aumento do volume dos negócios fizeram com que a quantidade de área construída a ser entregue ao proprietário aumentasse ao longo do tempo, levando o dono do terreno

a ter interesse em utilizar o próprio empreendimento para vender suas unidades, juntamente com a incorporadora, tornando ainda mais convergente a relação entre as partes. Essa tendência culminou no desenvolvimento de formas contratuais afins, como a chamada permuta financeira, em que o pagamento da contrapartida se dá por meio de percentual do resultado financeiro do empreendimento que será desenvolvido pela incorporadora.

Assim, em algumas situações, pode haver polêmica quanto a subsistir ou não o direito de preferência, especialmente em situações negociais em que a permuta tem certas características específicas que podem aproximá-la, ao menos na forma, de uma venda e compra. Há casos, já tratados em nossos Tribunais, em que locatários se insurgiram contra alienações praticadas na forma de permuta, alegando terem sido preteridos em seus supostos direitos de preferência, sob argumentos diversos¹. Nesse contexto, torna-se importante analisar as variações dos casos de permuta, bem como verificar, na essência, qual a contraprestação que está sendo entregue em troca do terreno. Com tal finalidade, passamos a analisar abaixo os casos de: (i) permuta com torna; (ii) permuta de terreno por unidades futuras; (iii) permuta com escritura de venda e compra e escritura de novação, confissão de dívida, com promessa de dação em pagamento e (iv) permuta financeira.

Permuta Simples e Permuta com Torna

O contrato de locação de imóveis importa em transferência apenas da posse direta do bem, não havendo, portanto, impedimento para o locador alienar seu domínio, caso seja de seu interesse, mesmo que o prazo contratual ainda não tenha sido superado. Entretanto, a Lei do Inquilinato confere ao locatário a prerrogativa de tomar conhecimento da alienação e, caso seja de seu interesse, exercer seu direito de aquisição prioritária.

De acordo com o artigo 27 daquela Lei, o locatário tem o direito de precedência na aquisição do imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros ou, para usar a expressão consagrada, “*tanto por tanto*”. Por igualdade, deve ser entendido exatamente as mesmas condições ofertadas pelo pretendente, não apenas quanto ao valor, mas também

¹ Sobre o tema, ver: *Apelação com Revisão nº 831598-0/1, 31ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Apelação nº 0136667-86.2006.8.26.0000, 27ª Câmara de Direito Privado do TJSP; Apelação nº 1017846-53.2013.8.26.0100, 33ª Câmara de Direito Privado do TJSP.*

forma de pagamento ou outras características da oferta, o que é uma situação típica de pagamento em dinheiro, ou bens que sejam totalmente fungíveis.

Ora, no caso da permuta por bem imóvel o locatário está impossibilitado de fazer a mesma oferta, “tanto por tanto”, inclusive por se tratar de uma contraprestação por bem infungível. O proprietário locador, por sua vez, não é obrigado a aceitar imóvel “semelhante”, ou “de valor equivalente”, pois seu interesse pode estar justamente no imóvel (ou imóveis) que lhe foi originalmente oferecido. Sabiamente, portanto, a lei excluiu a permuta dos casos de direito de preferência, no já citado artigo 32.

Pode haver situações em que a permuta não é pura, mas implica em uma complementação em dinheiro, denominada “torna” (ou troco), decorrente do fato de que as partes consideraram que não há uma equivalência plena entre os imóveis trocados, sendo necessário um ajuste complementar em dinheiro. A simples existência da torna não desnatura a permuta, nem confere ao locatário o direito de preferência.

Entretanto, pode haver situações excepcionais em que o valor da torna supere em muito o valor dos bens permutados, de forma que a permuta é praticamente complementar do negócio e não sua base essencial. Suponha-se, por exemplo, que o proprietário de um imóvel locado realize a permuta de tal imóvel com terceiros, recebendo em pagamento um apartamento avaliado em duzentos mil reais e uma parte em dinheiro de um milhão de reais. Em tal hipótese, o valor em dinheiro não tem a natureza de mero “troco” da permuta, mas sim configura a contraprestação principal, sendo o imóvel uma complementação de preço em um negócio jurídico mais próximo da venda e compra. Neste caso, ainda que o contrato utilizado entre as partes fosse denominado de permuta, não é a troca da essência do negócio e o direito de preferência não poderia ser afastado.

Atente-se que, sob pena de se cometer injustiças, a interpretação acima deve ser feita caso a caso e de maneira bastante restritiva. Como dito, a existência da torna, mesmo que de valor expressivo, não desnatura a permuta nem confere direito de preferência ao locatário, exceto em determinadas circunstâncias em que o valor do bem imóvel trocado é irrelevante, ou muito pouco expressivo, diante do negócio entabulado.

Permuta de Terreno por Unidades Futuras

Como salientado anteriormente, é usual a operação em que um proprietário de terreno entrega seu terreno a uma incorporadora, com a expectativa de receber, em contrapartida, unidade ou unidades autônomas prontas, no empreendimento a ser realizado no mesmo local. Trata-se de permuta de coisa presente (o terreno) por coisa futura (as unidades a serem erigidas), negócio jurídico totalmente válido em nosso ordenamento. Essa modalidade, aliás, é expressamente prevista no artigo 39 da Lei Federal 4.591/64, conhecida como Lei de Condomínio e Incorporações.

Por se tratar de permuta, não assiste ao locatário direito de preferência. Apesar disso, algumas vezes locatá-

rios alegam que teriam tal direito, por meio da promoção de empreendimento imobiliário e entrega de futuras unidades nas mesmas condições prometidas pela incorporadora com quem o proprietário negociou. Esta hipótese não tem respaldo legal, além de representar um desvio do instituto e um risco considerável ao qual o proprietário não é obrigado a se sujeitar.

A permuta por unidades futuras representa para o proprietário grande expectativa de valorização de seu patrimônio, mas também traz considerável risco, pois entrega seu imóvel confiando que a outra parte consiga promover o empreendimento e entregar as unidades futuras prontas. Para tanto, o proprietário se vale de sua confiança na incorporadora, em sua idoneidade, capacidade técnica, conhecimento de mercado, solidez financeira, reciprocidade bancária, enfim, características importantes que tornam a contratação totalmente *intuitu personae*. Não há qualquer comando legal, nem cabimento lógico, que permita ao locatário (na quase totalidade das vezes, empresa fora do ramo de incorporação e construção) alegar que pode construir o empreendimento nas mesmas condições e entregar unidades prontas e acabadas.

A matéria, embora bastante novel em doutrina, já teve a oportunidade de ser analisada por Sylvio Capanema de Souza, conforme abaixo²:

“Nos dias atuais vai se tornando frequente a chamada ‘permuta no local’, em que o proprietário de um imóvel celebra com uma empresa incorporadora ou construtora uma permuta, ou promessa de permuta, trocando a propriedade do imóvel locado por um certo número de unidades, a serem construídas pelo outro permutante. (...)

Tecnicamente, o locatário poderia desincumbir-se da obrigação de fazer, propondo-se a realizar, por sua conta, igual incorporação, entregando ao proprietário o mesmo número de unidades futuras, quando concluídas as obras.

Forçoso será reconhecer que, na prática, a hipótese seria muito difícil de ocorrer, podendo o locador argumentar a questão de sua confiabilidade na empresa incorporadora ou construtora que escolhera para celebrar o negócio.”

Embora o eminente professor Capanema também conclua pelo descabimento do direito de preferência, e o faça com a propriedade que lhe caracteriza, a nosso ver, as razões de tal descabimento vão além daquelas por ele invocadas, pois, se há permuta, como expressamente reconhecido, já não incide o direito de preferência por imposição legal.

Também não pode alegar o locatário ter relação com outra incorporadora ou construtora, igualmente interessada na aquisição do terreno e que assumiria a obrigação de promover a obra, conferindo assim subsídios para o locatário exercer o suposto direito de preferência. Além de, repita-se, inexistir o direito de preferência em função do disposto no art. 32 da Lei de Locações, a hipótese aqui tratada beiraria a fraude, já que o locatário não pode ceder ou comercializar seu direito de preferência (quando cabi-

²SOUZA, Sylvio Capanema. *Lei do Inquilinato Comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, pg. 150/151

vel), para que terceiro atue em seu lugar visando adquirir o imóvel locado. Acertadamente, predomina na doutrina e na jurisprudência o caráter personalíssimo do direito de preferência, de tal sorte que ele não pode ser transmitido a terceiros, sob pena de invalidade da transmissão³.

Permuta com Escritura de Venda e Compra e Escritura de Novação, Confissão de Dívida, com Promessa de Dação em Pagamento

A dinâmica comercial, com suas vicissitudes jurídicas e empresariais, pode levar a que determinados negócios sejam instrumentalizados de formas diversas, por fatores variados, mas por razões legítimas e justificáveis, que devem ser devidamente compreendidas.

Para propiciar que a incorporadora tomasse financiamento bancário para a obra, conferindo à instituição financeira o terreno permutado em garantia, era necessário que a incorporadora recebesse o terreno já quitado, livre de outras obrigações. Para permitir essa operação, inclusive no Sistema Financeiro da Habitação, bem como manter o tratamento tributário conferido à permuta, a própria Secretaria da Receita Federal emitiu a Instrução Normativa 107/88, permitindo que, em alguns casos, a permuta seja instrumentalizada por duas escrituras: (i) uma de venda e compra, com pagamento do preço por meio de uma nota promissória *pro soluto*, que será levada a registro, permitindo, assim, a subsequente contratação do financiamento bancário; (ii) outra de novação, confissão de dívida com promessa de dação em pagamento, em que a nota promissória é novada pela confissão da dívida de seu valor, que será pago não em espécie, mas por meio da dação em pagamento de unidades no local.

Em que pese a forma inegavelmente complexa, o objetivo das partes, que é a troca do terreno por futuras unidades, em nenhum momento deixa de existir e é por meio da entrega das unidades que serão concluídas as obrigações contratuais. Também não se pode alegar simulação, pois as partes, além de realizar os instrumentos conforme o ato normativo acima citado, não estão a ocultar do locatário, ou do fisco ou de qualquer terceiro interessado, uma operação de venda e compra disfarçada de permuta.

Pela essência do negócio permanecer como de permuta, não há que se falar em direito de preferência. O fato de a escritura registrada ser de venda e compra pode gerar alguma dúvida inicial, mas a análise dos elementos acima, indicativos do intento das partes e principalmente da contraprestação pelo terreno (que são as unidades autônomas) esclarece a questão.

Permuta Financeira

A situação de maior polêmica é a da chamada permuta financeira, negócio pelo qual o proprietário entrega o terreno para a incorporadora, que por sua vez destinará ao proprietário um percentual das vendas das unidades a serem futuramente construídas e vendidas a terceiros⁴. O termo “permuta financeira” é uma expressão mercadológica já que, tecnicamente, a contraprestação será em dinheiro, em valor ainda não definido e dependente de fatos futuros, caracterizando-se como uma venda e compra com preço a determinar, nos termos do artigo 486 do Código Civil.

Ocorre que o negócio tem características bastante peculiares que lhe diferenciam de uma venda e compra simples, pois o recebimento do preço depende de êxito da incorporadora na aprovação do projeto, registro da incorporação e realização da obra. Além disso, o valor recebido pelo proprietário é variável em função do preço alcançado pelas unidades quando lançadas a mercado, o que depende da qualidade do projeto e dos materiais empregados, características do produto, valor agregado da marca, campanha de vendas, cumprimento do prazo de obras e outras questões. Assim, é um negócio que carrega em seu bojo características intrínsecas ao contrato de permuta, pois seu cumprimento depende da efetiva construção de novas unidades imobiliárias, que possam ser regularmente lançadas, pelo melhor preço possível.

Torna-se claro que, em função de tais riscos e variáveis, é inerente ao negócio o direito do proprietário de escolher a incorporadora com quem irá contratar, sendo inegável também aqui a característica *intuitu personae* do negócio, não tendo aplicação o direito de preferência, se houver relação locatícia. Ainda que o locatário tenha expertise imobiliária, o que já seria uma situação rara, o proprietário não pode ser forçado a ingressar em uma contratação de tamanho risco com quem aceitou meramente como inquilino.

Diferentemente da venda e compra com preço e forma de pagamento certos, em que a oferta de terceiro pode ser coberta pelo locatário, no caso do desenvolvimento de uma incorporação, com os riscos envolvidos, as diferenças entre as ofertantes, tanto de natureza objetiva (capacidade financeira e técnica, experiência de mercado), quanto subjetivas (relação de confiança, tradição da marca), desnaturam a possibilidade da entrega *tanto por tanto*, não sendo cabível em tal relação o direito de preferência.

Por outro lado, como no momento de realização do negócio não se tem conhecimento do preço efetivo que será recebido pelo proprietário, que variará em decorrência da maior ou menor valorização do empreendimento, não há um montante a ser oferecido pelo locatário que seja de aceitação

³ Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em que o julgador entendeu ser vedada a atribuição de caráter especulativo ao direito de preferência: “O direito de preferência a que fazia jus o inquilino era de natureza personalíssima, de modo que não poderia ser cedido a terceiros. [...] A razão de tal entendimento é simples: a preferência dificulta a circulação econômica da propriedade, de modo que a restrição somente se justifica com a função de proteger a habitação e o fundo de comércio do inquilino, em nome da segurança da família e da estabilidade dos investimentos invertidos pelo locatário. Logo, somente o locatário é que tem legitimação para afrontar a preferência, não podendo ceder tal direito potestativo personalíssimo a terceiros não locatários. Entender o contrário seria converter instituto protetivo em instituto especulativo, em detrimento do locador.” (TJSP; 4ª Câm. de Dir. Privado; Ap. 0250539-02.2008.8.26.0100; Relator: Des. Francisco Loureiro; J. 19.04.2012).

⁴ Usualmente se ajusta que o proprietário terá direito a um percentual sobre o chamado VGV (volume geral de vendas), que constitui as receitas decorrentes de alienação a terceiros de todas as unidades autônomas do empreendimento, podendo haver, conforme o caso, desconto de comissão ou outras despesas.

obrigatória pelo alienante. A escritura respectiva pode ter um valor conferido pelas partes para fins fiscais e de registro (como obriga a lei), ou um parâmetro com intuito de garantia, ou ainda um valor mínimo garantido pela incorporadora, mas mesmo nestes casos se tratam de meras referências e não da efetiva contraprestação, não podendo ser utilizados para fins de exercício de alegado direito de preferência.

Por fim, também seria descabido ao locatário insurgir-se contra a alienação do imóvel invocando poder contratar construtora ou incorporadora para realizar o empreendimento, tanto pelo caráter personalíssimo do direito de preferência, quanto pela impossibilidade de impor tal contratação ao proprietário, como antes tratado.

Conclusão

Na permuta imobiliária, o locatário não tem direito a precedência na aquisição do bem, em virtude de previsão legal expressa no artigo 32 da Lei do Inquilinato. Essa exceção contida no texto de lei reflete a impossibilidade de o locatário oferecer a mesma contraprestação ofertada pela incorporadora, como no caso de futuras unidades do empreendimento que será construído no lugar do imóvel locado.

Na alienação do imóvel por meio da permuta, deve-se considerar sobretudo que o proprietário tem essencial interesse no bem que receberá em troca ou na valorização que tal bem terá no mercado, pois é inerente ao negócio a justa expectativa de incremento de seu patrimônio. Por tal motivo, a exclusão da preferência abarca estruturas negociais decorrentes de um contrato de permuta, ainda que não mencionadas expressamente no artigo de lei em questão. Dentre elas se encontra a permuta realizada por meio de escritura de venda e compra e escritura de novação, confissão de dívida com promessa de dação em pagamento. Já a chamada permuta financeira contém características que claramente impedem que o locatário ofereça proposta em condições de igualdade com a incorporadora ofertante.

O direito de preferência do locatário é instituto de grande importância e deve ser privilegiado nos casos de alienação do imóvel, quando a contraprestação é feita em dinheiro, ou predominantemente em dinheiro. Nos casos de permuta, ou naquelas situações em que o recebimento da contrapartida pelo proprietário depende de habilidades e características próprias do ofertante, o direito de preferência é incompatível, por lhe faltar condição de validade essencial, como a oferta nas mesmas e exatas condições.

Responsabilidade civil no ambiente condominial

Rubens Carmo Elias Filho

Introdução

O ambiente inserto no condomínio edilício se mostra propício a uma série de situações causadoras de dano e, como tal, faz incidir o instituto da responsabilidade civil, o que deve ser analisado à luz das variadas relações jurídicas que se estabelecem naquele conjunto de edificações.

Verifica-se, por exemplo, a ocorrência de danos causados a condôminos, de responsabilidade de outros condôminos, como aqueles decorrentes de infiltrações nas unidades autônomas e avarias a veículos.

Há situações muito mais sérias com repercussão à própria pessoa, vítima de acidentes nas áreas comuns dos condomínios, em piscinas, quadras, playground, pisos esportivos, entre outras situações.

Há casos em que o veículo de um condômino é danificado por queda de portões ou fechamento nas entradas dos pisos de estacionamento.

Não é incomum, igualmente, a ocorrência de danos a transeuntes atingidos por objetos lançados dos prédios, queda de pastilhas ou de revestimentos das fachadas, marquises e muros.

É possível ainda enfrentar situações em que o condômino pode entender ter sido abalado em sua honra ou reputação diante de eventual repercussão de uma inadimplência ou da destituição do síndico em assembleia.

A análise das situações em concreto, estabelecendo a relação jurídica decorrente de cada dano, ensejará a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva ou objetiva, além de ensejar a validade de cláusulas de não indenizar.

Surge importante questionamento relacionado à própria natureza jurídica do condomínio edilício que constitui um direito real novo e complexo, que conjuga a indissociável existência de áreas comuns inalienáveis e perpétuas e as unidades autônomas, que constituem propriedade privada, sendo o condomínio mero ente de gestão, necessário para a adequada manutenção, conservação e administração das áreas e serviços comuns.

Esse ente de gestão é representado por primeiro pelo síndico, que deve agir de conforme com a lei, Convenção de condomínio e deliberações das assembleias para atender os interesses comuns.

Dentro deste contexto, pode um condômino que é co-

proprietário das áreas comuns postular indenização contra o ente de gestão que visa a preservação e conservação das áreas e serviços comuns de sua copropriedade? Caberia ação contra aquele que o representa, o síndico?

A problemática acerca da responsabilidade civil nos casos indicados será sumariamente abordada nos itens seguintes.

1. Considerações preliminares decorrentes da natureza jurídica do condomínio edilício

Relevante observar que o condomínio edilício, que constitui a conjugação permanente das áreas comuns de caráter perpétuo e inalienável com a propriedade privada constituída pelas unidades autônomas, é considerado como um direito real novo e complexo por grande parte da doutrina e jurisprudência, *status* jurídico, contudo, que em nada contribui para a compreensão da atribuição de responsabilidade civil a este *ente de gestão*¹ que tem como finalidade precípua a preservação da propriedade imobiliária, manutenção e conservação das áreas e serviços comuns.

Caso o dano seja causado a um condômino ou terceiro e decorra da propriedade comum, das áreas e serviços comuns, ainda que seja possível identificar cada um dos condôminos, proprietários das unidades que componham aquele condomínio edilício, tem sido atribuída a responsabilidade civil ao condomínio edilício e este, se obrigado a indenizar, deverá exigir dos condôminos que arquem com a despesa, na proporção que for determinada pela Convenção de condomínio.

O condomínio edilício, então, vem representando os interesses comuns dos condôminos, proprietários das unidades autônomas, o que se mostra adequado sob o ponto de vista externo, ou seja, aos olhos do terceiro, que tenha sido prejudicado em decorrência de ato ou fato atribuído ao condomínio.

Por outro lado, ao se avaliar a situação individual do condômino prejudicado pelo condomínio, sob o ponto de vista interno, ou seja, nas relações entre os condôminos e mesmo em relação à própria conduta do síndico, a análise se mostra um pouco menos simplista, pois, qualquer ato ou fato que se avalie e que possa ser atribuído ao condomínio, o condômino será, ao mesmo tempo, corresponsável, na proporção que lhe couber na Convenção de condomínio.

¹ A expressão “ente di gestione” é utilizada por Alberto Trabucchi exatamente porque visa assegurar o bom funcionamento da difícil situação de conjugação dos direitos comuns e individuais (Istituzioni di Diritto Civile, 40a ed. CEDAM, p. 470)

Ou seja, se um condômino sofrer um acidente em decorrência de um defeito no elevador ou por ter escorregado em virtude de um piso molhado sem a devida sinalização de alerta, o dano que vier sofrer será também de sua responsabilidade, aplicando-se ao caso as regras próprias definidoras dos padrões de conduta decorrentes da Convenção de condomínio, normas *interna corporis*. Caso o condômino prejudicado faça jus ao ressarcimento dos danos que lhe forem causados, em regra, esta obrigação deveria ser cumprida por cada condômino individualmente, porém, por representação, ao condomínio será imposto o dever de reparar o dano causado ao condômino.

Por outro prisma, sob a análise das relações internas entre os condôminos, deve ser arguido como responsabilizar todos os condôminos por uma falha na manutenção ou conservação se incumbe ao síndico “diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores.” (artigo 1.348, inciso V, do Código Civil).

2. Responsabilidade do condomínio edilício em relação a terceiros

Quando se avalia a responsabilidade do condomínio por danos causados a terceiros, diante da própria análise da função do condomínio edilício, representado pelo síndico, como ente de gestão, é fácil vislumbrar que, sob o ponto de vista externo, o condomínio edilício responsabiliza-se por danos que possa causar por queda de objetos ou até por eventual fato decorrente da própria edificação.

O condomínio responderá por danos causados pela queda de líquidos ou objetos sobre transeuntes ou veículos, por inteligência do artigo 938, do Código Civil², ou ainda pela queda de um muro sobre edificação de vizinho, derrame de resíduos tóxicos em terrenos vizinhos, por uma falha no piso do térreo ou de qualquer fato decorrente da própria edificação (área comum), onde

um eventual visitante, prestador de serviços ou usuários, possa sofrer um acidente, por incidência do artigo 937, do Código Civil³.

Nessas hipóteses, a responsabilidade é objetiva. A vítima só tem de provar a relação de causalidade entre o dano e o evento, de modo que apenas a comprovação da culpa exclusiva da vítima ou de situações imprevistas e inevitáveis, decorrentes de caso fortuito ou de força maior (quebra do liame de causalidade) poderia afastar o dever indenizatório, pela quebra do liame de causalidade⁴.

2.1. Responsabilidade resultante de coisas líquidas e sólidas que caírem em lugar indevido

Basta que a vítima prove a relação de causalidade entre dano e evento, não se cogitando, como já mencionado, da prova de ter existido culpa do agente. O condomínio edilício responderá pelos objetos e líquidos lançados, porque não seria razoável o lesado investigar de qual unidade partiu a agressão, sendo todos os condôminos, ou mesmo moradores, responsáveis, podendo se falar de solidariedade⁵.

Todavia, no ambiente condominial, é factível seja atribuída a responsabilidade apenas àqueles que habitem na ala de onde efetivamente poderia ter sido lançado o objeto ou líquido, seja proprietário, locatário, comodatário, ou a qualquer outro título, excluindo de responsabilidade aqueles que não contam com janelas ou sacadas para a via pública onde a vítima foi atingida, questão de economia interna do condomínio⁶.

Caso a vítima não possa identificar o causador do dano, poderá postular indenização diretamente contra o condomínio, sendo certo que este, condenado, poderá postular o ressarcimento diretamente do condômino causador do dano, se tiver sido identificado, ou mesmo, dos condôminos que habitarem as unidades localizadas na parte do edifício de onde fosse possível lançar o objeto ou o líquido.

² Art. 938. *Aquele que habitar prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançados em lugar indevido.*

³ Art. 937. *O dono do edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se este provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.*

⁴ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade Civil*, Saraiva, p. 243

⁵ José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, Vol. II, p. 468

⁶ “Ementa: PROCESSO CIVIL - EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OBJETIVO PRINCIPAL - INTEGRAÇÃO DO JULGADO - EMBARGOS REJEITADOS. “A pretensão foi acolhida pela r. sentença, na esteira de que os fatos constitutivos do direito da demandante foram provados, isto é, que as garrafas foram atiradas do Condomínio, ora apelante, e que houve danificação no telhado. E mais, ‘aquele que habitou o prédio, ou parte dele, responde pelo dano proveniente das coisas que dele caírem ou forem lançadas em lugar indevido, (CC art. 932), desde que não seja possível apontar o responsável direto. A responsabilidade civil é objetiva, podendo o Condomínio, no trato de suas questões administrativas internas, responsabilizar, de forma regressiva, os que se situam na zona fronteira de onde poderiam partir as ‘garrafas e latas \ ou o ‘responsável direto’”. (Embargos de Declaração 1085622001. Relator(a): Artur Marques. Órgão julgador: 35ª Câmara do D.OITAVO Grupo (Ext. 2º TAC). Data do julgamento: 28/05/2007. Data de registro: 29/05/2007). (grifo nosso)” “Ementa: Responsabilidade civil do condomínio - Dano material em veículo - Ocorrência - Saco de gelo arremessado de um dos apartamentos do condomínio - réu. Impossibilidade de identificação do causador do dano - Responsabilização de toda coletividade condominial e não apenas parte dos condôminos, pena de violar o princípio basilar da igualdade, nos termos do artigo 5º da Constituição Federal - Sentença mantida - Recurso DESPROVIDO” (Apelação Sem Revisão 1602374400. Relator(a): Adilson de Andrade. Comarca: Praia Grande. Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado. Data do julgamento: 29/01/2008. Data de registro: 06/02/2008, destacamos). RESPONSABILIDADE CIVIL. OBJETOS LANÇADOS DA JANELA DE EDIFÍCIOS. A REPARAÇÃO DOS DANOS É RESPONSABILIDADE DO CONDOMÍNIO. A impossibilidade de identificação do exato ponto de onde parte a conduta lesiva, impõe ao condomínio arcar com a responsabilidade reparatória por danos causados a terceiros. Inteligência do art.1.529, do Código Civil Brasileiro. Recurso não conhecido” (STJ - 4ª T., REsp nº 64.682/RJ, Rel. Min. Buena de Souza, DJ 29.03.1999, p. 180)

2.2. Responsabilidade pelo fato ou guarda da coisa

Não tem sido incomum o ajuizamento de ações indenizatórias contra condomínio edilício, especialmente diante de sua abertura à sociedade, como se verifica na exploração de estacionamento ou mesmo nos *malls*, cujas lojas são abertas para atender ao público em geral.

Neste contexto, pisos molhados, sem o devido alerta, ou até mesmo escadas com falhas, quedas de lâmpadas, acidentados em geral, podem levar à responsabilização do condomínio, instituída hipótese de responsabilidade pelo fato ou guarda da coisa, como tem entendido autorizada doutrina.

O artigo 937 do Código Civil, já acima citado, cria presunção de responsabilidade para facilitar a vítima quando necessite reclamar dos prejuízos que possam decorrer dos edifícios. Ainda que indigitado diploma legal prescreva que o proprietário responde pelos danos que resultarem da ruína do edifício ou da construção, decorrente da falta de reparos que fosse manifesta, a falta de reparos, por si só, pode levar à responsabilização, pois, certamente não estaria em ruína caso existisse a manutenção adequada⁷.

O dever de reparo se estende além da mera ruína, já que a manutenção e conservação das áreas e serviços comuns visa igualmente prevenir riscos, como um dever imposto de não prejudicar ninguém, abrangendo igualmente os elevadores, escadas rolantes, pisos em geral etc., o que se tem denominado doutrinariamente de responsabilidade pela guarda da coisa, pois “A coisa é mero instrumento do dano, sendo sua causa a omissão humana, por falta de vigilância ou cuidado. O fato da coisa nada mais é, portanto, que a imperfeição da ação do homem sobre a coisa (...)”⁸

Caso não se entenda pela aplicação do artigo 937 do Código Civil, de qualquer forma, a omissão na manutenção e conservação das áreas e serviços comuns levaria à aplicação do artigo 186 do Código Civil, hipótese em que, estribando-se na teoria da responsabilidade civil subjetiva, a vítima deveria provar, além do nexo de causalidade entre o dano e o evento, a culpa do causador do dano, o que, a nosso ver, ficaria implicitamente demonstrado como a negligência do dever de manutenção e conservação das áreas e serviços comuns.

3. Responsabilidade por vazamentos, infiltrações e queima de equipamentos elétricos e eletrônicos

Os problemas ocasionados em tubulação (água, gás, saneamento), bem como em calefação, refrigeração central, incluindo, ainda, aqueles decorrentes de instalações elétricas, geram inúmeras discussões no condomínio.

Como é sabido e consabido, o condomínio por edificações, em sua formação, pressupõe a existência do uso de áreas privativas e comuns (CC, art. 1.331, “caput”).

Áreas privativas (ou exclusivas) são as partes suscetíveis de utilização independente, ou seja, apartamentos, escritórios etc., podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários (CC, art. 1.331, § 1º).

Áreas comuns, por sua vez, são as utilizadas em comum pelos condôminos, tais como o solo, a estrutura do prédio, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais (CC, art. 1.331, § 2º).

Ao condômino caberá a responsabilidade pelos reparos, caso o dano tenha origem em ramal da parte interna, uma vez que esses consertos somente interessam à unidade autônoma.

Quando o dano se origina na coluna mestra da entrada/prumada ou áreas comuns ou qualquer outro ramal ou objeto que constitua área comum, cabe ao condomínio as despesas com o conserto. Por outro giro verbal, os danos causados em unidade condominial gerados por danos originados nas áreas comuns são de responsabilidade do condomínio, salvo se demonstrado que a origem do prejuízo decorre da negligência do proprietário de alguma das unidades condominiais.

Arnaldo Rizzardo⁹ sintetiza a responsabilidade pelos danos ocorridos em unidades autônomas pelas partes comuns, da seguinte forma:

“Se os defeitos que provocam danos estão nas áreas ou partes comuns do edifício, como no telhado, nas paredes, nos vazamentos de canos de água localizados em colunas ou nas caixas de depósito de água, o condomínio arcará na recomposição dos prejuízos eventualmente causados aos condôminos, devendo levar a efeito os consertos. De igual modo no pertinente aos estragos causados pelos empregados, por suas imprudências ou falta de cuidado nas atividades que desempenham. Neste ponto, verificam-se esquecimentos em fechar os portões do prédio, facilitando o ingresso de estranhos e meliantes; furtos de bens particulares guardados em compartimentos de propriedade exclusiva dos moradores; pequenos acidentes no transporte ou na remoção de objetos; esquecimentos em desligar chaves e aparelhos elétricos após o uso; utilização indevida de equipamentos. Ao condomínio recai a responsabilidade, com a participação de todos os condôminos em ressarcir os danos.”

4. Responsabilidade por avarias a veículos e furtos no interior do condomínio

É também muito comum a postulação formulada por condôminos contra o condomínio com o objetivo de obter ressarcimento de eventuais danos causados em veículos no estacionamento, furto de bicicletas ou de veículos, entre outras situações.

A responsabilidade civil por danos ao patrimônio deve ser apurada de acordo com o nexo de causalidade entre o possível agente causador e a situação fática (artigos 186, 187 e 927 do Código Civil). Dessa forma, o condomínio pode ou não ser responsabilizado, pela reparação do dano causado ao condômino, dependendo de como se caracterizam os fatos e o que o condomínio mantém disponível em termos de segurança (equipamentos, contratação de funcionários exclusivos para o trabalho de vigilância etc.) e, acima de tudo,

⁷ Claudio Luiz Bueno de Godoy, in *Código Civil Comentado*, p. 782

⁸ Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de Responsabilidade Civil*, p. 203

⁹ Arnaldo Rizzardo, *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*, p. 155

naquilo que se comprometeu para com os condôminos.

A respeito de furto de veículo, de acessórios ou objetos no interior de veículo ou danos causados a veículos estacionados na garagem do edifício, Rui Stoco¹⁰ anota que os edifícios em condomínio não respondem, em regra, pois ao estacionar seu veículo na vaga de garagem existente no prédio, o condômino, o morador ou o usuário não transfere a sua guarda à administração do condomínio, nem entre eles se estabelece um contrato de depósito. Acrescenta, ainda, que a obrigação da guarda só pode prevalecer se estiver expressamente prevista na Convenção ou no Regulamento Interno do condomínio ou se este mantiver guarda ou vigilante para o fim específico de zelar pela incolumidade dos veículos estacionados na garagem do prédio, hipótese em que a obrigação de indenizar já não mais será corolário de um contrato de depósito, mas em razão da obrigação do empregador em responder pelos atos culposos de seus prepostos.

Com efeito, inexistindo expressa previsão na Convenção Condominial acerca da responsabilidade decorrente de danos causados a veículos estacionados na garagem, não há que se falar em responsabilidade do condomínio por estes eventuais danos.

Por outro lado, se o condomínio possuir sistema de vigilância dia e noite nas garagens, assumindo a responsabilidade pela diligência, cuidado e guarda dos veículos e, se de alguma forma, ficar comprovada falha neste sistema, demonstrando sua culpa no evento, poderá ser responsabilizado pelo dano ocorrido no veículo¹¹.

Em sendo omissa a Convenção Condominial a respeito do presente tema, e não dispondo o condomínio de serviços específicos de guarda e vigilância dos veículos estacionados na garagem, não poderá ser responsabilizado por eventuais danos ocorridos nestes veículo¹².

4.1. Cláusula de não indenizar

Com respeito à cláusula inserta na Convenção do condomínio no sentido de afastar a responsabilidade civil do condomínio, para João Batista Lopes, raramente poderá ser admitida no condomínio edilício a cláusula de não indenizar, em vista dos preceitos de ordem pública ou na ocorrência de culpa do agente. Porém, em situações especiais, sua validade não poderá ser contestada, por exemplo:

[...], se o condomínio não mantém qualquer serviço na garagem do edifício (ex.: garagistas, manobristas, porteiros etc.), nem cobra qualquer verba a esse título, será lícita a cláusula que vise a exonerá-lo de qualquer responsabilidade pelo furto ou danificação de veículo pertencente ao condomínio. Nesse caso, inexistindo qualquer obrigação do condomínio relativamente à guarda do veículo, segue-se que aos condôminos incumbirá, com exclusividade, exercer a vigilância sobre seus bens deixados na garagem do edifício.

Com efeito, não haverá fundamento jurídico para se impor ao condomínio responsabilidade por omissão, se ele não tiver o dever jurídico de agir¹³.

Consoante decisões do próprio Superior Tribunal de Justiça, tem-se admitido a validade da cláusula de não indenizar¹⁴, mesmo que o condomínio tenha investido em segurança eletrônica e outros equipamentos.

A este respeito, como esclarece José da Silva Pacheco: A cláusula de irresponsabilidade, sendo uma convenção 'pressupõe uma obrigação eventual e futura de indenizar, que ela antecipadamente afasta'. Sendo, pois, uma cláusula contratual, há de ter todas as condições de validade que nenhum contrato dispensa, entre as quais destacam-se

¹⁰ Rui Stoco, *Responsabilidade Civil*, p. 358

¹¹ "Responsabilidade Civil - Condomínio - furto de veículo. A responsabilidade do condomínio, decorrente de furto ou danificação de veículo deixado na garagem do edifício, existirá na medida em ficar estabelecido que será propiciada segurança, por deliberação dos condôminos. A assunção de responsabilidade poderá, ainda, fazer-se tacitamente. Não será, entretanto, do simples fato de existir porteiro ou vigia que se haverá de concluir que se oferece completa segurança com os deveres daí decorrentes. Recurso não conhecido. (STJ, Recurso Especial n.º 41775-9, SP, DJU 15.08.94).

¹² "CONDOMÍNIO - FURTO DE BENS DE CONDOMÍNIO - CONVENÇÃO CONDOMINIAL - CLÁUSULA EXPRESSA - Somente cláusula expressa na convenção condominial, tocante à guarda e vigilância de coisas dos condôminos, em espaços comuns, pode imputar ao condomínio a responsabilidade por furto daqueles bens ou dano." (STJ - REsp 32.828-0 - SP - Rel. Min. Cláudio Santos - DJU 23.08.93). "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMÍNIO. O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção. Embargos de divergência não conhecidos." (STJ - 2ª Seção, EREsp n.º 268.669/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ. 26.04.2006, p. 198). "RESPONSABILIDADE CIVIL. Condomínio. Furto de motocicleta. Garagem. Não há responsabilidade do condomínio se este não assumiu expressamente em sua convenção a obrigação de indenizar os danos sofridos pelos condôminos, decorrentes de atos ilícitos ocorridos nas áreas comuns do prédio. Precedente. Recurso conhecido e provido." (STJ - 4ª T., REsp n.º 268.669/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ. 01.10.2001, p.222).

¹³ LOPES, João Batista. *Condomínio*, p.190.

¹⁴ CONDOMÍNIO. FURTO DE VEÍCULO. CLÁUSULA DE NÃO INDENIZAR. 1. Estabelecendo a Convenção cláusula de não indenizar, não há como impor a responsabilidade do condomínio, ainda que exista esquema de segurança e vigilância, que não desqualifica a força da regra livremente pactuada pelos condôminos. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - 3ª T., REsp n.º 168.346/SP, Rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ. 06.09.1999, p.80) (grifo nosso). "CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONDOMÍNIO. O condomínio só responde por furtos ocorridos nas suas áreas comuns se isso estiver expressamente previsto na respectiva convenção. Embargos de divergência não conhecidos". (STJ - 2ª Seção, EREsp n.º 268.669/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ. 26.04.2006, p. 198) "RESPONSABILIDADE CIVIL. Condomínio. Furto de motocicleta. Garagem. Não há responsabilidade do condomínio se este não assumiu expressamente em sua convenção a obrigação de indenizar os danos sofridos pelos condôminos, decorrentes de atos ilícitos ocorridos nas áreas comuns do prédio. Precedente. Recurso conhecido e provido". (STJ - 4ª T., REsp n.º 268.669/SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ. 01.10.2001, p. 222). "Responsabilidade Civil - Condomínio - furto de veículo. A responsabilidade do condomínio, decorrente de furto ou danificação de veículo deixado na garagem do edifício, existirá na medida em ficar estabelecido que será propiciada segurança, por deliberação dos condôminos. A assunção de responsabilidade poderá, ainda, fazer-se tacitamente. Não será, entretanto, do simples fato de existir porteiro ou vigia que se haverá de concluir que se oferece completa segurança com os deveres daí decorrentes. Recurso não conhecido". (REsp. n.º 41775-9, SP, DJU 15.08.94). "CONDOMÍNIO - FURTO DE VEÍCULO - Licitude do que convencionaram os condôminos, estabelecendo não se responsabilizar civilmente o condomínio por danos sofridos pelos veículos guardados na garagem. (STJ - REsp 73.820-0 - RJ - 3ª T. - Rel. Min. Eduardo Ribeiro - DJU 19.08.96).

objeto lícito e forma não defesa em lei [...], o que exclui, desde logo, as imorais, contrárias ao interesse social ou à ordem pública¹⁵.

Salienta, contudo, que a cláusula de não indenizar “[...] não opera além de determinados limites; não seria razoável e por isso não é aceitável admitir-lhe a eficácia em termos absolutos, para excluir o dever de reparar o dano ainda que em hipótese como a de dolo de preposto do condomínio”.

A situação referida não se confunde, porém, com a eventual culpa do empregado por avarias ou ainda omissão na segurança, situação que pode impor o dever de reparar o dano, não obstante respeitáveis opiniões em contrário¹⁶, que sustentam não serem os empregados prepostos apenas do condomínio, mas igualmente de todos os condôminos, pela peculiar natureza associativa dos condomínios edilícios.

5. Direito de regresso contra o síndico

Eventual condenação do condomínio no dever de indenizar danos causados poderá ensejar a atribuição de responsabilidade do síndico, para exigir o ressarcimento do prejuízo.

A apuração da conduta do síndico exigirá necessariamente a verificação da ocorrência de culpa, em qualquer das suas modalidades (imprudência, negligência e imperícia) ou dolo, mediante conduta omissiva e comissiva que tenha contribuído para a ocorrência do dano, observando-se as obrigações legais, além daquelas estabelecidas na Convenção de Condomínio, no Regulamento Interno e nas próprias assembleias¹⁷.

Neste contexto, deve ser perquirida qual seria a conduta esperada do síndico diante de situações previsíveis ou não, seu grau de conhecimento, se exerce a função de forma benéfica ou remunerada, de modo a estabelecer o grau de atenção exigível, com base no padrão médio de comportamento, de acordo com a sensibilidade ético-social.

Vejamos. Um condômino morador, que não percebe qualquer remuneração pelo exercício do cargo, deve ser avaliado de forma menos exigente do que o síndico contratado para o exercício do cargo, mediante remuneração de mercado, o qual, inclusive, para a sua escolha, apresentou atributos especiais.

6. Responsabilidade civil do condomínio por atos administrativos e deliberações assembleares

As deliberações nas assembleias podem igualmente ser causadoras de dano. Caso aludidas deliberações sejam tomadas ao arrepio da lei podem ser

caracterizadas por ilícitas ou, até mesmo, como abuso de direito, a ensejar o dever de indenizar o prejudicado (artigos 186 e 187, do Código Civil).

Nem toda deliberação que possa causar dano gera o dever de indenização. O protesto, por exemplo, do condômino inadimplente é capaz de gerar dano, mas constitui exercício regular de direito, uma vez que a lei faculta tal medida (artigo 188, inciso I, do Código Civil).

A destituição regular do síndico, igualmente, ainda que danosa para sua reputação, constitui medida legítima, garantidora dos direitos da maioria. Na hipótese, todavia, de a medida ser considerada irregular, poderá sim ensejar o dever de o condômino compensar o abalo moral causado.

Ponto bastante controvertido se relaciona exatamente com o conflito entre as medidas que devam ser adotadas pelo síndico para o cumprimento de seu dever, mas que dependam de aprovação de assembleia. Por exemplo, para a obtenção do Auto de Verificação do Corpo de Bombeiros, medida administrativa obrigatória, voltada à segurança de todos os moradores, muitas vezes depende de dispêndio de significativa quantia para as adaptações exigidas. Tais verbas, como bastante expressivas, mesmo se tratando de despesa necessária, dependem de aprovação em assembleia geral regularmente convocada. Na hipótese de não serem aprovadas pela assembleia, qual a conduta a ser adotada pelo síndico, cômico de suas obrigações?

A matéria pode ensejar conflito de normas, na medida em que o síndico tem o dever de diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores (artigo 1.348, inciso V, do Código Civil), ao mesmo tempo em que deve submeter à assembleia a aprovação das despesas, quando excessivas (artigo 1.341, § 1º a 4º, do Código Civil).

Caso a assembleia não as aprove, a menos que o síndico opte por renunciar para afastar sua responsabilidade, deverá, mesmo que à revelia da deliberação assemblear, contratar o serviço para a segurança da edificação, sendo que os condôminos que optarem por pagar a despesa, devem ser cobradas judicialmente.

Oportunas as lições de Luiz Antonio Scavone Junior¹⁸, ao tratar das obras necessárias:

“(...) se a despesa com a conservação for excessiva e a obra não for urgente (Código Civil, art. 1.341, § 3º), o síndico providencia orçamentos e os submete à assembleia, que apenas decidirá de que forma será feita a conservação e qual dos orçamentos será aprovado, jamais se a obra – que é um dever seu – será ou não realizada. O exemplo é a pintura ou a recuperação da fachada. Portanto, em razão do dever de conservação imposto ao síndico, mesmo que a obra não seja urgente, a assembleia não pode decidir pela não realização da despesa que for

¹⁵ PACHECO, José da Silva. *Questões de Direito Imobiliário*, p. 455.

¹⁶ *Ibidem*, p. 453.

¹⁷ Art. 1.348. *Compete ao síndico: I - convocar a assembleia dos condôminos; II - representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns; III - dar imediato conhecimento à assembleia da existência de procedimento judicial ou administrativo, de interesse do condomínio; IV - cumprir e fazer cumprir a convenção, o regimento interno e as determinações da assembleia; V - diligenciar a conservação e a guarda das partes comuns e zelar pela prestação dos serviços que interessem aos possuidores; VI - elaborar o orçamento da receita e da despesa relativa a cada ano; VII - cobrar dos condôminos as suas contribuições, bem como impor e cobrar as multas devidas; VIII - prestar contas à assembleia, anualmente e quando exigidas; IX - realizar o seguro da edificação.*

¹⁸ Luiz Antonio Scavone Junior, *O quórum para aprovação de obras nos condomínios edilícios*, p. 387

destinada a conservar o edifício. Poderá, apenas, decidir como será feita a conservação.”

7. Dano não indenizável

Não se pode olvidar, por derradeiro, que nem todo dano é indenizável, sendo indispensável que exista nexos de causalidade entre o dano comprovado e a conduta culposa ou dolosa do causador do dano, quando se estiver diante de hipótese de aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva ou ainda a existência de nexos de causalidade entre o dano comprovado e o evento, independentemente da existência de conduta do agente, quando for o caso de aplicação da teoria da responsabilidade civil objetiva.

Em uma ou outra teoria, cuja aplicação decorrerá da lei civil regente, antes de tudo, cumpre salientar que o objetivo maior é evitar o dano, com o desenvolvimento de condutas preventivas que possam assegurar que as pessoas fiquem indenidas.

Diante do caráter promocional da responsabilidade civil, o fundamental é que o condomínio, diante de situações que possa prevenir, adote posturas preventivas, de modo que não possa ser atribuída qualquer responsabilidade, mesmo que o dano ocorra.

Um acidente nas áreas comuns do condomínio não trará qualquer repercussão jurídica para o condomínio, caso tenha agido de forma diligente, realizando a manutenção e conservação das áreas e serviços comuns, observando, ademais, as normas técnicas que sejam cabíveis, sempre com o objetivo de prevenção de riscos e acidentes.

Tais cuidados merecem especial atenção, por exemplo, nas quadras, playground, piscinas, entre outras áreas de muita circulação ou aglomeração de pessoas, assim como nos equipamentos, como portões de entrada e saída, quadro de luz e elevadores.

Conclusão

Neste sucinto trabalho, foi possível concluir que, no ambiente condominial, a repercussão do dano causado ao condômino ou a terceiro está diretamente relacionada à relação jurídica instaurada, em confor-

midade com o evento que tiver gerado o prejuízo, seja ele de ordem patrimonial ou extrapatrimonial.

A depender do dano, o dever de indenizar será apurado com base na teoria da responsabilidade subjetiva ou objetiva, sendo indispensável em qualquer hipótese avaliar a diligência do condomínio para prevenir riscos e acidentes, diante de situações previsíveis.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAS DIAS, José de. Da Responsabilidade Civil. Vol. II, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954.

BUENO DE GODOY, Claudio Luiz. PELUZO, Cezar (co-ord.) Código Civil Comentado. Barueri: Manole, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 8ª ed., Saraiva, 2003.

LOPES João Batista. Condomínio. 10ª Ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PACHECO, José da Silva. Questões de Direito Imobiliário, Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RIZZARDO, Arnaldo. Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. O quórum para aprovação de obras nos condomínios edilícios. NEVES AMO

RIM, José Roberto. ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Estudos Avançados de Direito Imobiliário. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

STOCCO, Rui. Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais.

TRABUCCHI, Alberto. Istituzione di Diritto Civile., 40a ed., Padova : Cedam, 2001.

O dilema jurisdicional da simplificação na extinção das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado de incorporação e a devolução de valores ao comprador

Rubens Leonardo Marin
Henrique César Gallo

1. Situando e simplificando o problema.

Como não ser apaixonado pelo Direito? Uma ciência/arte viva e dinâmica. Quando imaginamos que uma questão está resolvida pela criação de uma regra pacificadora ou simplificadora, a vida dá um dribble e o desafio é devolvido.

Para ficar apenas em um pensador do tema, Edgar Morin nos alerta sobre a complexidade dos problemas e os males do que ele denomina “paradigma da simplificação”¹.

Porém, passamos talvez tempo demais negando a incerteza e a complexidade da vida (e por consequência do próprio Direito) acreditando que soluções simplificadoras e provisórias sejam definitivas. E com esse comportamento impedimos que discussões levantem-se e que a pesquisa jurídica tenha valor.

O tema aqui nada mais é do que mais um exemplo do acima dito.

O Superior Tribunal de Justiça, talvez como forma de preparar a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15), tem editado diversos enunciados sobre recursos repetitivos que serão utilizados na aplicação dos art. 926 e 927 do Novo Código de Processo Civil².

O mais recente se deu com a edição pelo STJ da Súmula 543 que prevê “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador

- integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor; ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

Anteriormente, já havia sido pacificado de forma simplificadora que, nos casos de distratos ou extinções de promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado de incorporação, o vendedor deve devolver entre 75% a 90% do valor pago pelo comprador, independente de qualquer regra de cláusula penal, arras ou pacto comissório contida nos contratos que tenham sido estipulados pelas partes.

Por todos relembremos a nota à imprensa do Superior Tribunal de Justiça circulada em 1º de março de 2015³ na qual afirma que, em um caso específico⁴, o tribunal admitiu que a retenção atingisse 25% do montante pago pelo adquirente.

Assim, sem mais considerações ou investigações, afinal a regra é simplificadora, para desfazimento do negócio de aquisição de uma unidade imobiliária, o comprador reaverá entre 75% a 90% do que pagou e o vendedor deverá se indenizar com 25% a 10% do valor pago pelo comprador.

Como toda regra simplificadora, de início, esta aparenta ser boa - assim como todo boato para prosperar deve ter um cheiro de verdade. Mas a realidade se impõe.

Mas o fato é que em reportagem de 5 de abril de 2015 do jornal Folha de S. Paulo⁵, os números do que se convencionou chamar “distratos”, mas que em verdade são

¹ Morin, Edgar; *O Método* v. 3, *O Conhecimento do conhecimento*, Porto Alegre, Sulina, 2005. Ou ainda o mais acessível e também excelente Morin, Edgar; *Introdução ao Pensamento Complexo*, Porto Alegre, Sulina, 2006.

² Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

³ http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/noticias/noticias/Destaques/Os-conflitos-na-compra-e-venda-de-im%C3%B3veis ou <http://www.conjur.com.br/2015-mar-02/veja-stj-julgado-conflitos-compra-venda-imoveis>

⁴ Superior Tribunal de Justiça Recurso Especial n. 907.856.

⁵ Folha de São Paulo, Domingo, 5 de abril de 2015, Caderno Imóveis, D1. Ou ainda <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/imoveis/214722-crescem-contratos-de-compra-cancelados.shtml>.

contratos extintos por qualquer razão, cresceram de forma substancial, chegando a R\$ 5,14 bilhões em 2014.

Vejam as consequências da aplicação da regra simplificadora de forma descuidada, especialmente numa sociedade e em um mercado que se alteraram substancialmente nos últimos anos.

2. A injustiça da regra simplificadora no cenário atual.

A vida é ligeira. Falemos, generalizando, da prática dos últimos anos do mercado imobiliário.

Em um passado não muito distante, o incorporador imobiliário tinha que fazer uso do dinheiro recebido dos próprios adquirentes das unidades para fazer frente aos custos da construção. O negócio era totalmente financiado pelos compradores durante o período da construção.

O fluxo de pagamento do preço do imóvel, invariavelmente, não passava de 24 ou 36 meses, com um pagamento de sinal em valor substancial como forma de garantir que o negócio era firme entre as partes. Isto reduzia muito a quantidade de compradores.

Nesse cenário, quando o adquirente da unidade tornava-se inadimplente, ao incorporador era admitido ser indenizado pelos custos de venda, custos financeiros e custos de administração, tudo a ser apurado em liquidação de sentença, acrescido da perda de parte das parcelas pagas a título de cláusula penal⁶.

No entanto, durante os últimos anos, passou-se a uma alteração no modelo de negócio na tradicional compra e venda de unidades na planta. Como apontado por Mário Jorge Cardoso de Mendonça, com o aumento do crédito imobiliário ocorrido pelo advento da Lei da Alienação Fiduciária Imobiliária (Lei 9.514/97) e do Patrimônio de Afetação (Lei 10.931/04), criou-se um ambiente favorável à expansão do Mercado Imobiliário e abriram-se novas oportunidades para os negócios imobiliários, pois os agentes financeiros sentiram-se mais seguros em emprestar dinheiro tanto para as incorporadoras concluírem suas obras, quanto para os compradores quitarem seus saldos devedores⁷.

Assim, dentro da estrutura econômica e financeira es-

pecífica que envolve o negócio de incorporação imobiliária, viabilizou-se a possibilidade de aumentar o acesso de compradores aos imóveis reduzindo o recebimento de valores até a “entrega das chaves” e deixando maior parte do preço para ser recebido quando da entrega do imóvel em momento em que o adquirente tomava um empréstimo para quitação do saldo devedor.

Trata-se de um círculo virtuoso para o momento histórico vivido no qual os adquirentes pagam menos antes das chaves (quando, por vezes, ainda tinham a dívida de aluguel); as incorporadoras aumentam o número dos potenciais compradores; e os agentes financeiros conseguem dar vazão aos recursos captados na caderneta de poupança e podendo, inclusive, fidelizar clientes por prazos de até 35 anos.

Contudo, muito da estabilidade deste ciclo está tanto na confirmação do negócio pelas partes como na previsibilidade das consequências por eventual quebra do contrato, caso contrário a “blindagem patrimonial” que viabiliza a construção daquele empreendimento fica prejudicada.

Para tanto, as partes confiam na execução das penalidades contratuais estabelecidas que surgirão aqui, com sua dupla função: indenizar a outra parte em caso de quebra de cláusula contratual e/ou confirmar a realização do negócio imobiliário.

Não é por acaso que nos contratos de promessa de compra e venda existem ambas as estipulações, pois o pior pesadelo do incorporador é celebrar um negócio que, posteriormente é rompido pelo adquirente.

Mas as disposições contratuais não resistem quando uma regra simplificadora é mal aplicada.

Pois a relação aqui descrita trata-se de uma relação jurídica complexa e que, por vezes, depende de uma boa dose de cognição dos fatos, afinal, *da mihi factum, dabo tibi ius*⁸.

Compreende-se que, com a universalização da Justiça e a instituição dos Juizados Especiais, houve um maior acesso de demandas ao Poder Judiciário, ocasionando que um mesmo julgador tenha cada vez menos tempo para analisar os litígios que lhe são apresentados.

Como se vê na figura abaixo, extraída de relatório do Conselho Nacional de Justiça, o volume total de processos aguardando julgamento no TJSP ao final de 2013 era de mais de 21 milhões para os então 2.501 magistrados⁹.

Movimentação Processual

	 Estoque	 Δ (+/-)	 Casos Novos	 Δ (+/-)	 Julgados	 Δ (+/-)	 Baixados	 Δ (+/-)	 Saldo Estimado
2º Grau	639.986	↓ -9,2%	586.411	↓ -6,6%	699.415	↑ -2,9%	618.522	↑ 2,6%	607.875
1º Grau	17.824.589	↑ 3,6%	4.023.387	↓ -6,6%	2.723.397	↓ -4,0%	3.124.894	↓ -23,5%	18.723.082
Turmas Recursais	69.115	↓ -56,6%	89.417	↓ -25,3%	69.519	↓ -8,3%	73.963	↓ -36,1%	84.569
Juizados Especiais	1.461.561	↑ 15,8%	821.489	↑ 9,0%	680.807	↓ -19,0%	668.174	↓ -2,9%	1.614.876
Total	19.995.251	↑ 3,4%	5.520.704	↓ -5,0%	4.173.138	↓ -5,9%	4.485.553	↓ -18,3%	21.030.402

⁶ STJ, Recurso Especial n. 113.806-DF

⁷ MENDONÇA, Mário Jorge Cardoso de “O Crédito Imobiliário no Brasil e sua Relação com a Política Monetária” in Revista Brasileira de Economia, v. 67, n. 4 (2013), FGV.

⁸ Tradução livre do brocardo: *Dá-me os fatos e dar-te-ei o direito*

⁹ CNJ, Relatório Justiça em Números 2014, ano-base 2013

E, nesse cenário, o Poder Judiciário tem se pautado na máxima de Ruy Barbosa em que “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”¹⁰.

Uma possível solução é a tipificação de ações e a aplicação de regras simplificadoras. Porém, para que a simplificação gere o efeito desejado, é necessário que o grupo no qual ela se aplica seja homogêneo, sob pena de ocorrerem decisões verdadeiramente injustas e que tenham um efeito nocivo sobre a sociedade. É esse exatamente o caso em discussão.

A regra simplificadora nos casos de distratos ou extinções de promessas de compra e venda de unidades imobiliárias no mercado de incorporação obriga o vendedor a devolver entre 75% a 90% do valor pago pelo comprador em uma única vez, independente de qualquer regra de cláusula penal contida nos contratos que tenha sido estipulada pelas partes, no contexto de mercado atual é geradora de injustiças, pois, na grande maioria das vezes, ocasiona prejuízo ao vendedor.

Como dito, o percentual de entre 25% a 10% do valor pago, em negócios que deixam maior parte do pagamento do preço para a “entrega das chaves”, não é capaz de indenizar os custos já incorridos pelo vendedor (e que não serão recuperados com uma nova venda). Além do que, este percentual enfraquece o incentivo econômico para o adquirente manter o contrato, uma vez que o valor por ele “perdido” é bem pequeno. Assim, cria-se, um típico caso de *moral hazard* ao negócio de incorporação imobiliária (risco moral).

3. Indenização justa. Os custos não recuperáveis em uma nova venda.

Indiscutível é a premissa de que, uma vez desfeita a promessa de compra e venda de unidade na planta, o incorporador imobiliário pode revendê-la. Porém, o “revender” é vender de novo. Implica em esforço de venda e, conseqüentemente, despesas de venda que não são reproveitáveis da venda anterior.

Sem adentrar nas especificidades de cada incorporador, estamos falando desde a elaboração da minuta de distrato, recolocação da unidade no estoque, reativação das iniciativas de marketing e propaganda, análise de crédito de novo proponente, elaboração de nova minuta de promessa de venda e compra, dentre outras.

A questão fica mais desafiadora quando é acertado entre as partes que a comissão de corretagem será paga pela vendedora.

Aqui cabe a reflexão econômica para que se tenha a efetiva noção do dano que deve ser reparado por meio da retenção de parte dos valores pagos.

Como dito, na prática atual¹¹ de mercado, deixa-se a maior parte do preço para o momento da entrega das chaves. Um padrão razoavelmente adotado gira em torno de 20% do preço pago durante a obra e 80% do preço é pago ao final da construção, enquanto havia crédito imobiliário farto no mercado.

Nesse cenário, o adquirente, no momento do pagamento da última parcela - a ser paga com recursos próprios ou financiamento bancário e que normalmente se dá após o empreendimento pronto - paga apenas 20% do preço estipulado para a unidade.

Aqui reside a injustiça no sistema atual. Uma decisão que condene a vendedora a reduzir a multa contratual a patamares de 10% dos valores pagos corresponde à suposta “indenização” de, no máximo 2%, do preço, que não é sequer capaz de ressarcir os custos notadamente incorridos para a celebração do negócio.

Não há número mágico ou regra simplificadora que possa ser aplicada indistintamente. É necessária uma liquidação do valor a ser indenizado, caso o Judiciário entenda que as penalidades previstas pelas partes não devem ser aplicadas ao caso em concreto.

Muito acertadamente, o Des. Donegá Morandini, do TJSP, em recente acórdão de Agravo de Instrumento¹² em Ação Civil Pública por ele relatado, condena a regra simplificadora da retenção ao mencionar que “o percentual de retenção é atrelado ao caso concreto. Seu percentual é estabelecido tomando em consideração a demonstração de prejuízos pelas empreendedoras e a quantidade de prestações quitadas”. E acrescenta que é “inviável a disciplina coletiva para uma questão individual, patrimonial e que deve ser debatida por cada interessado, sopesadas as particularidades de cada contrato”. Finaliza mencionando acórdãos em que foi decidida retenção de 8%¹³ das parcelas pagas e outro caso em que foi autorizada a retenção de 50%¹⁴ da quantia paga pelo comprador, de forma a recompor os prejuízos sofridos pela empreendedora.

O Tribunal de Justiça de São Paulo sumulou entendimento em que deixa claro que, apesar da possibilidade do compromissário resilir o contrato unilateralmente, a vendedora tem o direito de reter do adquirente os “gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor”¹⁵.

Para que se tenha ideia, os custos irrecuperáveis podem variar de 10% a 15% do preço total da unidade, isto porque, grosseiramente o esforço de marketing pode girar em torno de 5% do preço da unidade, despesas administrativas em torno de 5% e, se a comissão de corretagem couber à vendedora, temos mais 5% do preço.

Com isso, demonstra-se que a fixação de percentual de retenção da ordem de 50% dos valores pagos na hipótese

¹⁰ BARBOSA, Ruy, *Oração aos moços*.

¹¹ *Atual é usado com a fugacidade e fragilidade que o termo denota.*

¹² TJSP, Agravo de Instrumento nº 2223732-07.2014.8.26.0000.

¹³ TJSP, Apelação Cível nº 9000015-80.2012.8.26.0554.

¹⁴ TJSP, Apelação Cível nº 9115453-80.2006.8.26.0000.

¹⁵ Súmula 1 do TJSP: “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.”

de rescisão quando o adquirente tenha pago 20% do preço corresponde em retenção de 10% do preço pactuado do imóvel, valor esse capaz apenas de indenizar a vendedora das despesas que não podem ser recuperadas com a venda do imóvel devolvido, não havendo aqui, qualquer penalidade ao adquirente.

Presumir, ou melhor, simplificar que 10% dos valores pagos é uma indenização justa está longe da realidade. Não se deve impressionar com multas percentuais fixadas além de 10% a 20% dos valores pagos, pois, em verdade, apenas buscam a indenização real.

Aliás, atrelar o percentual de retenção a parte dos valores pagos gera enorme distorção, uma vez que podem ocorrer casos de pagamentos de apenas 5% do preço e casos de 95% do preço.

O que parece mais acertado para uma tentativa de simplificação seria atrelar o percentual de retenção ao valor do negócio, ou seja, ao preço total do imóvel, não importando o quanto foi pago.

Um comparativo interessante é a utilização do sinal ou arras nos negócios envolvendo imóveis usados. Nestas transações, o sinal sempre gira em torno de 10% do preço pactuado e serve de indenização pré-fixada e de confirmação do negócio.

Essa regra centenária faz com que os negócios sejam levados a sério pelas partes, que o celebram sempre no intuito de cumprir suas obrigações. Caso haja o descumprimento involuntário, a legislação civil trata de regradar pelos eventos de caso fortuito e força maior, retirando a responsabilidade da parte inadimplente ou mesmo fulminando a existência do negócio jurídico.

Para essas conclusões, é necessária cognição dos fatos, já que cada caso tem sua especificidade. E não a simplificação das relações e suas consequências.

4. Readequação da questão. Valorizar formas de extinção do contrato.

Independente dos motivos pelos quais a regra simplificada se formou ou, neste momento, se torna inadequada, o que se demanda é dar um passo a mais e buscar novos critérios que ofereçam melhor solução para a questão.

As formas e as causas da extinção do contrato parecem-nos ser um bom balizador para pacificação e distribuição de justiça nestes casos.

São quatro situações completamente diversas e que merecem tratamentos diversos: (a) a resolução do contrato por inadimplemento do comprador; (b) resolução por não entrega ou atraso na entrega do imóvel pela incorporadora; (c) composição das partes por um distrato; (d) desistência

do contrato, pura e simples pelo comprador adimplente.

Os comportamentos a serem estimulados e desestimulados são claros. Aos compradores, que levem seus contratos e suas obrigações a sério. E aos incorporadores, que cumpram as obrigações em dia. E que se valorizem as composições amigáveis com concessões de parte a parte razoavelmente satisfatórias.

O que não se pode é dar tratamento igual para situações tão diversas. Parece-nos que isto tem gerado uma desvalorização do sentido obrigacional/vinculativo da promessa de compra e venda.

5. Conclusão

Por tudo que se disse fato é que no contexto atual de mercado a regra simplificadora de extinção de contratos iguala situações totalmente desiguais, induz comportamentos inadequados e desequilibra relações jurídicas.

Ao Direito não cabe ignorar fatos relevantes por mais que a eficiência em julgar seja também uma necessidade e um valor da sociedade. Fato é que o próprio legislador do NCPC fez contar que “ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.”¹⁶

Assim, a proposta resume-se a valorizar o contrato assinado e, com ele, o trabalho de inteligência das partes e sua negociação no momento da formação do contrato quando estabeleceram para situações diferentes soluções diferentes. Se alguma mácula na formação da vontade houve neste momento, ela deve ser fiscalizada e corrigida. Nunca presumida.

E caso a revisão contratual seja necessária, que seja feita observando-se uma cognição maior dos fatos, de forma a equalizar a relação jurídica entre as partes.

Por fim, do ponto mais abstrato e filosófico da questão, não podemos deixar de concordar com a frase atribuída ao jornalista americano HL Mencken: “Para todo problema complexo existe uma solução clara, simples e errada”.

Infelizmente pela visão mutiladora e unidimensional, paga-se bem caro nos fenômenos humanos¹⁷, a não ser que o viés ideológico já tenha obnubilado à visão, a tal ponto que não se importe em ver injustiças contra as pessoas que compõem um mercado que assume para si tantos riscos, para oferecer habitação de qualidade à população.

Sair das trincheiras e buscar um local transparente de discussão e diálogo sobre as consequências e repercussões da interrupção das relações jurídicas em tempo e modo diversos dos previstos no momento da contratação, é o que deve ser feito para que o sentimento de Justiça seja oferecido a ambas as partes.

¹⁶ Art. 926, § 2º do Novo Código de Processo Civil.

¹⁷ *Introdução ao Pensamento Complexo, Porto Alegre, Sulina, 2006 . p.13.*

Algumas alterações do Novo CPC na Teoria dos Recursos

Sérgio Shimura

1. Noções Introdutórias.

Os recursos existem por várias razões. O inconformismo é uma reação natural do ser humano. Quando alguém se vê diante de uma situação que lhe seja desfavorável, instintivamente, busca saídas ou alternativas para obter o seu desiderato. No campo processual, se a parte se defronta com uma decisão negativa, a reação é se insurgir para obter um segundo julgamento.

A possibilidade de engano ou erro é inerente à conduta humana. Nesse passo, um segundo julgamento, principalmente se for feito por um número maior de pessoas, e mais experiência, tende, ao menos em tese, a ser mais apurado e preciso.

A mera possibilidade de haver recurso já serve de controle na qualidade da decisão, evitando abusos ou a desatenção por parte do julgador. O simples fato de o juiz saber que a sua decisão pode ser revista e modificada já constitui fator de maior cuidado e zelo na sua elaboração.

Mas, de outro lado, há argumentos contrários à existência de recursos. Afirma-se que é o juízo de primeiro grau que tem melhores condições de proferir uma decisão mais rente aos fatos retratados nos autos, pois é quem colhe a prova (depoimento das partes, testemunhas, perito); nesse passo, quando a causa sobe ao juízo de segundo grau, o reexame cinge-se às provas documentais, distanciando-se muitas vezes da realidade transposta para os autos do processo.

Diz-se também que, se houvesse evidências de que o tribunal julga melhor que o juiz de primeiro grau, então seria caso de o sistema autorizar a propositura da ação diretamente perante o segundo grau.

Além disso, a interposição de recursos às vezes constitui manobra para protelar o resultado final, instrumento de mero capricho ou vingança da parte derrotada; e a vedação aos recursos permitiria uma prestação do serviço judiciário de modo mais ágil, econômico e efetivo.

No resultado da corrente ampliativa e restritiva, o nosso sistema adotou uma posição intermediária, prevendo a existência de recursos, todavia com certos limites, prazos e requisitos.

2. Conceito.

O CPC não define o que é recurso, assim como o faz, por exemplo, no tocante à citação (art. 238, CPC/2015), sentença (art. 203, CPC/2015) ou à coisa julgada (art. 502, CPC/2015). Mas é possível extrair seu conceito da análise sistemática de suas disposições

(arts. 994 e ss., CPC/2015).

Recurso é o meio processual, previsto em lei, colocado à disposição da parte vencida, terceiro prejudicado ou Ministério Público, destinado à reforma, anulação, integração ou esclarecimento de uma decisão judicial.

2.1) Meio processual previsto em lei. Ato voluntário. O recurso é um instrumento criado por lei federal, tendo em vista que constitui matéria de direito processual (art. 22, I, CF). É um meio colocado à disposição da parte vencida, terceiro prejudicado ou Ministério Público (art. 996, CPC/2015).

Como regra, o juiz não tem legitimidade para recorrer. Todavia, excepcionalmente, se figurar como “parte”, como ocorre, por exemplo, no acolhimento do incidente de impedimento ou suspeição, em que o juiz pode ser condenado nas custas do processo, a lei lhe autoriza recorrer (art. 146, § 5º, CPC/2015).

Resulta de ato voluntário ou da parte, terceiro ou do Ministério Público. Dessa forma, a chamada *remessa obrigatória* não é recurso, mas apenas procedimento de reexame da sentença contrária ao Poder Público – União, Estado, Distrito Federal, Município, respectivas autarquias e fundações de direito público – (arts. 496 e ss., CPC/2015).

Se interposto por terceiro prejudicado, exige-se a demonstração do dano ao seu direito, de que se afirme titular ou substituto processual (ex.: condômino que não participou do processo e veio a ser prejudicado).

Como o recurso é ato voluntário, nada impede que o recorrente desista do recurso (art. 998). Contudo, a desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos (art. 998, parágrafo único).

2.2) Vício formal ou material. O objeto do recurso pode envolver vício formal ou substancial. O primeiro diz respeito à falha de procedimento (“*error in procedendo*”); o segundo, ao erro de julgamento (“*error in iudicando*”).

O CPC/2015 orienta-se pela maximização dos atos processuais, com o aproveitamento, ao máximo, daquilo já praticado no processo, evitando, no que for possível, a sua anulação.

Se a irregularidade for sanável, o relator ou o tribunal

podem, em vez de anular o processo ou a sentença, determinar a realização ou renovação do ato processual, intimando-se as partes.

E uma vez cumprida a diligência, o julgamento do recurso, sempre que for possível, deve prosseguir, otimizando-se a prestação dos serviços judiciários – ex.: juntada de procuração, assinatura do advogado etc. – (arts. 938 e 1.013, CPC/2015).

Nessa linha, o art. 488 reza que “desde que possível, o juiz resolverá o mérito sempre que a decisão for favorável à parte a quem aproveitaria eventual pronunciamento nos termos do art. 485”. O art. 503 estende os efeitos da coisa julgada à resolução de questão prejudicial.

O art. 1.013, § 3º, estabelece a obrigatoriedade de o tribunal decidir desde logo o mérito quando o processo já estiver em condições de julgamento imediato; e o § 4º dispõe que “quando reformar sentença que reconheça a decadência ou a prescrição, o tribunal, se possível, julgará o mérito, examinando as demais questões, sem determinar o retorno do processo ao juízo de primeiro grau”.

2.3) Mesma relação jurídica processual. Quando se diz que o recurso consiste no meio processual, significa que ele tem cabimento dentro de uma relação jurídica processual ainda existente.

Os defeitos dos atos processuais, diferentemente do que sucede com as nulidades ou vícios de direito material, são convalidáveis no curso do processo, ora em razão da preclusão (art. 278, CPC/2015), ora por não resultarem prejuízo à defesa de qualquer das partes (art. 283, parágrafo único, CPC/2015) ou ainda por repetição, retificação ou retratação (art. 282, 331, 332, 485, § 7º, CPC/2015).

Além disso, os vícios dos atos processuais podem ser combatidos por meio de ações autônomas de impugnação (ex.: mandado de segurança, reclamação, ação rescisória, embargos de terceiros etc.) ou pelos recursos.

Logo, o recurso se distingue da ação autônoma de impugnação marcadamente por se constituir em instrumento de ataque aos efeitos de um ato judicial que se produz dentro de um processo ainda em andamento, isto é, dentro de uma relação jurídica ainda não definida.

Registre-se que a coisa julgada não é necessariamente o critério que diferencia o recurso da ação autônoma de impugnação, considerando que esta pode ser utilizada contra decisão já transitada em julgado (ex.: ação rescisória) ou contra pronunciamento exarado em processo ainda em desenvolvimento (ex.: embargos de terceiros).

Também importa lembrar que a circunstância de o recurso se desenvolver dentro da mesma relação jurídica não quer dizer que o seu procedimento seja instaurado necessariamente nos mesmos autos. A apelação, por exemplo, processa-se nos mesmos autos (arts. 1.009, CPC/2015), ao passo que o agravo de instrumento, em autos apartados (art. 1.018, CPC/2015).

3. Finalidades dos recursos.

O recurso é o instrumento processual que visa à reforma, anulação, integração ou ao esclarecimento de uma decisão judicial.

Na apreciação do recurso, o relator ou o órgão colegiado pode reformar a decisão, quando, por exemplo, se convence da prova dos autos no sentido contrário à decisão recorrida; nesse caso, “o julgamento proferido pelo tribunal substituirá a decisão impugnada no que tiver sido objeto de recurso” (art. 1.008, CPC/2015).

Outra consequência do recurso é a invalidação da decisão atacada, caso em que haverá necessidade de se renovar a prática do ato ou abstenção da conduta, como ocorre, ilustrativamente, em caso de cerceamento do direito de produção de provas, exclusão de litisconsorte ou penhora indevida de bens.

Por fim, o recurso pode ter por finalidade o esclarecimento de obscuridade ou contradição de algum ponto, supressão de omissão ou correção de erro material, pleito que pode ser veiculado por embargos de declaração (art. 1.022 e ss., CPC/2015).

4. Objeto do Recurso. Pronunciamentos do Juiz.

No processo, os atos processuais podem ser praticados pelas partes, serventários da Justiça, Ministério Público, perito, terceiros e juiz.

Entretanto, apenas os pronunciamentos judiciais ficam sujeitos a recurso. E, mesmo assim, não é todo e qualquer ato judicial que é passível de recurso.

Os pronunciamentos do juiz consistem em sentenças, decisões interlocutórias e despachos (art. 203, CPC/2015).

Sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou extingue a execução.

Cabe observar que o art. 316, CPC/2015, é expresso em dispor que “a extinção do processo dar-se-á por sentença”.

Com a linha principiológica de otimizar os serviços judiciários, evitando desperdícios de atos processuais, o juiz deverá conceder à parte oportunidade para, se possível, corrigir o vício, antes de proferir decisão sem resolução de mérito (art. 317, CPC/2015). Por ilustração, se o juiz entender que a petição inicial é inepta, por conter pedidos incompatíveis entre si ou da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão (art. 330, CPC/2015), deve oportunizar à parte a sua emenda.

Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no conceito de sentença. Mas, se envolver “capítulo” da sentença, a decisão que confirma, concede ou revoga a tutela provisória é impugnável por meio de apelação (art. 1.013, § 5º).

Excepcionalmente, a lei pode vedar recurso contra decisão interlocutória; vale lembrar, a título de exemplo, a decisão que admite a intervenção do “amicus curiae” (art. 138), que releva pena de deserção (art. 1.007, § 6º), que sobresta o julgamento do recurso especial (art. 1.031, § 2º) ou que não conhece do recurso extraordinário quando a questão constitucional não tiver repercussão geral (art. 1.035, CPC/2015).

E os despachos são todos os demais pronunciamentos do juiz praticados no processo de ofício ou a requerimento da parte. E contra despacho, isto é, pronunciamento que não seja capaz de causar gravame, não cabe recurso (art. 1.003, CPC/2015). Por exemplo: ato do juiz de autorizar a juntada de documento, que vista às partes ou que designa audiência.

Contudo, dependendo do teor ou das circunstâncias, se o pronunciamento, travestido de “despacho”, tiver potencial de lesar a parte, pode se sujeitar a recurso (ex.: agravo de instrumento). Assim, seja por equívoco do juiz, seja em razão da própria redação legal, dependendo do contexto, o pronunciamento pode ser recorrível se for capaz de ofender direito da parte.

Veja-se, por exemplo, na hipótese de, em vez de apreciar o pedido de tutela provisória, o juiz designa audiência; ainda, “ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação” (art. 806, § 1º, CPC/2015); “ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado” (art. 827, CPC/2015).

Na segunda instância, existem despachos, decisões interlocutórias e acórdãos. Contra decisões do relator, seja de natureza interlocutória (ex.: quando concede tutela provisória), seja de conteúdo de natureza meritório (ex.: quando nega provimento ao recurso), cabe agravo interno ao respectivo órgão colegiado (art. 1.021, CPC/2015).

O acórdão consiste no julgamento colegiado proferido pelos tribunais (art. 204, CPC/2015) ou por órgãos colegiados. Dependendo do vício, são cabíveis outros recursos, tais como o recurso especial ou extraordinário.

No tocante ao prazo, a lei fixa o prazo de 5 (cinco) dias para despacho, 10 (dez) dias para decisões interlocutórias e 30 (trinta) dias para sentenças (art. 226, CPC/2015).

5. Espécies. Efeitos.

O art. 994, CPC/2015, prevê nove espécies recursais: apelação, agravo de instrumento, agravo interno, embargos de declaração, recurso ordinário, recurso especial, recurso extraordinário, agravo em recurso especial ou extraordinário e embargos de divergência. Cada qual tem a sua finalidade específica, o seu próprio mérito.

O CPC/2015 eliminou as espécies “agravo retido” e “embargos infringentes” (que passou a ser um novo mecanismo de julgamento, à luz do art. 942).

Como regra, os recursos são recebidos mediante efeito só devolutivo, não suspendendo, pois, a eficácia da decisão (art. 995, CPC/2015).

Porém é possível requerimento ao relator do recurso de concessão de efeito suspensivo, se houver risco de dano grave dano, de difícil ou incerta reparação (arts. 995, parágrafo único, e 1.012, § 4º). Trata-se de concessão “ope judicis” do efeito suspensivo.

O art. 995, CPC/2015, não dispõe sobre o prazo para tal requerimento, se pode ou deve ser feito nas razões recursais, nem se é cabível a reiteração por simples petição. Entretanto, ao que se infere do art. 1.021, cabe agravo interno para o respectivo órgão colegiado contra a decisão do relator que concede ou nega o pedido de efeito suspensivo.

O denominado recurso adesivo não é outra modalidade de recurso, mas apenas uma forma de interposição da apelação, recurso especial ou extraordinário (arts. 997, § 2º, e 1.010, § 2º, CPC/2015).

Técnica de julgamento. Na apelação, se houver voto vencido, o julgamento deve ter prosseguimento com a presença de outros julgadores, em número suficiente que possa reverter o resultado inicial. O CPC/2015 não diferencia

se na apelação ocorra confirmação ou reforma da sentença; basta que haja voto vencido para que se proceda a essa técnica de julgamento (art. 942).

Mas, em se tratando de ação rescisória, essa técnica tem lugar quando o resultado for no sentido de rescindir a sentença, devendo, nesse caso, seu prosseguimento ocorrer em órgão de maior composição previsto no regimento interno (art. 942, § 3º).

E em sede de agravo de instrumento, só haverá convocação de novos juízes quando houver reforma da decisão que julgar parcialmente o mérito (art. 942, § 3º).

Fundamentação. Quando a parte estiver autorizada a deduzir qualquer tipo de matéria (de natureza processual ou material, tenha ou não havido análise anterior), diz-se que o recurso é de fundamentação livre (ex.: apelação, agravo de instrumento, embargos de declaração, recurso ordinário).

Mas, por vezes, a lei ou a própria Constituição Federal dispõem sobre o tipo de vício a ser arguido no recurso (ex.: recurso especial, extraordinário, embargos de divergência); aqui tem-se o recurso de fundamentação vinculada.

6. Mérito do Recurso.

Quando a lei fala em “mérito”, em regra, está se referindo ao pedido principal apresentado pelo autor, isto é, à pretensão de natureza material referente ao bem ou direito objetivado.

Daí porque o art. 141, CPC/2015, dispõe que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”; e o art. 487, CPC/2015, reza que “haverá resolução de mérito quando o juiz (I) acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção”.

No que concerne ao recurso, o “mérito” depende de sua finalidade.

Na apelação, em regra, o mérito recursal confunde-se com o mérito da causa. Veja-se, ilustrativamente, o recurso de apelação interposto contra a sentença que rejeitou o pedido indenizatório; nesse caso, a apelação do autor, que saiu vencido, terá por finalidade a inversão do julgado e, pois, a procedência do pedido.

Contudo, é possível que, mesmo em se cuidando de apelação, o seu mérito diga respeito a questão puramente processual (ex.: apelação interposta contra sentença proferida em embargos à execução, que rejeitou a alegação do executado embargante de ilegitimidade de parte; apelação visando à anulação do processo por cerceamento de defesa).

No agravo de instrumento, como regra, o seu mérito envolve questão processual (ex.: agravo de instrumento ofertado contra decisão que procedeu à inversão do ônus da prova, art. 1.015, XI); entretanto, é possível que o mérito recursal coincida com o mérito da causa (ex.: quando houver julgamento antecipado parcial de mérito, arts. 356 c.c. art. 1.015, II).

No âmbito recursal, a análise do que seja “mérito” tem relevância na medida em que, por vezes, exige-se o enfrentamento das chamadas “preliminares” do recurso.

E nesse contexto, o art. 938 preconiza que “a questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do

mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão”. E o art. 939 diz que “se a preliminar for rejeitada ou se a apreciação do mérito for com ela compatível, seguir-se-ão a discussão e o julgamento da matéria principal, sobre a qual deverão se pronunciar os juízes vencidos na preliminar.”

Cabe agravo de instrumento quando previsto em lei (art. 1.015). Se a hipótese não estiver prevista legalmente, a parte pode suscitar por ocasião da apelação, ou nas razões ou contrarrazões (art. 1.009, § 1º). Apesar de a lei dispor que não há preclusão, a parte deve suscitar em sede de apelação.

Se o vício for arguido em preliminares da resposta recursal, o julgamento poderá reclamar a análise, primeiramente, das contrarrazões, e depois do mérito da apelação. Exemplo: se o réu postular a produção de prova pericial, e houver indeferimento por ocasião do saneamento, não caberá agravo de instrumento, vez que não previsto no art. 1.015; mas sobrevém sentença de improcedência, motivando apelação do autor com vistas à procedência do pedido; o réu, em contrarrazões, poderá arguir cerceamento de defesa na eventualidade de o tri-

bunal reformar a sentença.

7. Preparo. Juízo de Admissibilidade.

O recorrente deve comprovar, no ato de interposição do recurso, o preparo, porte de remessa e de retorno. Se o pagamento for insuficiente, a parte deve ser intimada para complementar em 5 dias (art. 1.007 e § 2º).

Porém, se não houver pagamento algum ou falta de comprovação do preparo, a parte deve ser intimada para recolhimento – em dobro – sob pena de deserção; e nesta hipótese, não cabe complementação (art. 1.007, § 4º).

Além do preparo, há outros requisitos de admissibilidade, tais como o cabimento, legitimidade, interesse, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato extintivo ou impeditivo do poder de recorrer. O que releva destacar é que o exame desses requisitos fica a cargo do juízo “ad quem” (arts. 932, III, 1.010, § 3º, 1.028, § 3º, e 1.030, parágrafo único), e não mais do “a quo”, como previa o CPC/73.

lello

CONDOMÍNIOS

Organizar, otimizar e orientar a vida em condomínio? **conta comigo!**

O princípio de subsidiariedade na ordem econômica empresarial e urbanística

Vicente de Abreu Amadei¹

“O essencial em todos os domínios não radica em que o Estado não intervenha; nem tampouco que, em todo lugar e em todo tempo, intervenha pouco. Consiste em que intervenha subsidiariamente à atuação primeiro das pessoas, seguidamente dos grupos elementares: família, empresa, profissão, coletividades locais.”
(Pierre de Calan)

Introdução.

No Museu do Prado, em Madri, há um pequeno-grande quadro, pintado por Goya, ou um de seus discípulos, ao tempo da Guerra de Independência Espanhola, conhecido por *O Colosso*. Nele, um gigante, possivelmente representando o povo espanhol, surge dos Pirineus e levanta-se para se opor à invasão napoleônica, enquanto, no vale, há pânico (salvo um asno, que permanece tranqüilo).

Assim é, de certo modo, o princípio de subsidiariedade: erguido da natureza das coisas, desponta como um gigante do pensamento realista, para se opor a forma qualquer de totalitarismo de Estado.

Este princípio é, sabidamente, tão relevante, que ganhou *status* constitucional em nossa ordem econômica (art. 173 da Constituição Federal), e *status* normativo complementar em nossa ordem urbanística (art. 2º, XVI, do Estatuto da Cidade), a tocar, então, por estes dois ângulos de estruturação e de operação dos elementos de intervenção nas coisas da cidade, precioso bem à sociedade e, com ela, à indústria imobiliária em geral.

Direito e economia têm, pois, estreita relação, especialmente pela noção de ordem, na medida em que o direito revela e impõe certa disposição conveniente das coisas nos diversos âmbitos que disciplina, dentre eles o econômico, pulverizado em seus vários setores. E, nesta busca de unidade, considerando a multiplicidade de fatos econômicos e urbanísticos, para os quais as normas jurídicas traçam diretrizes e limites, apontando fins legítimos (a fomentar) e ilegítimos (a evitar), meios lícitos (a permitir) e ilícitos (a proibir), o princípio de subsidiariedade é coluna central que, para além de sua positivação no ordenamento jurídico, encontra fundamento ético e deita raiz na ordem natural das coisas.

Revisitar, então, o princípio de subsidiariedade em nosso direito e, deste feixe de luz, por atenção no raio que ilumina o setor empresarial urbanístico – que este breve artigo tangencia – é, em boa medida, fruto da atual necessidade de repensar e de realimentar um dos pontos nucleares da sadia convivência do conjunto de forças que atuam nas cidades, em prol do bem comum da sociedade.

1. A noção geral de subsidiariedade e sua difusa aplicação.

Subsidiariedade é a qualidade de subsidiar. Deriva do latim, *subsidium*, e significa socorro, ajuda, apoio, alívio, reforço, auxílio extraordinário, garantia excepcional, complemento.

Em sua correlação histórico-etimológica (cf. Joseph Card. Hoffner), aliás, a palavra *subsidium* indica “ajuda da tropa de reserva” e, assim, está associada ao terceiro plano da estratégia militar: a) o primeiro, é o da *prima acies*, ou seja, o da tropa de ação no *front*; b) o segundo, o *subsidiarii cohortes*, i. é, a tropa de reserva; c) o terceiro, enfim, *subsidium*, que é a ajuda da tropa de reserva.

Isso, por si, aponta, simultaneamente, para a ideia de abstenção ante a ação alheia (dever negativo) e a de ação de ajuda complementar ante a insuficiência da ação alheia (dever positivo).

Neste sentido geral, subsidiariedade tem aplicação difusa.

Assim, diz-se sobre a aplicação subsidiária de normas (socorro nas lacunas): o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente (em socorro) à Lei de Execução Fiscal; o Código Civil (lei comum), ao CDC (lei especial); etc.

Ou, então, sobre a responsabilidade subsidiária (reforço à satisfação de direitos): o Estado responde subsidiariamente (em reforço) pelos danos causados por agentes públicos delegados; o sócio, pelos débitos da sociedade,

¹ Desembargador no TJSP. Professor assistente e/ou palestrante em Cursos de Especialização ou de Extensão na PUC-SP/COGAE, na Escola Paulista da Magistratura e na Universidade SECOVI-SP.

nos casos especificados em lei; etc.

Ou, no campo punitivo, sobre a reserva subsidiária das penas (auxílio extraordinário): “*Dentre os princípios constitucionais implícitos figura o da subsidiariedade, por meio do qual a intervenção penal somente é admissível quando os demais ramos do direito não conseguem bem equacionar os conflitos sociais*” (STJ, HC 189.130/DF, j. 14/02/2012); “*a mesma conduta não pode ser irrelevante para o direito administrativo e, ao mesmo tempo, relevante para o direito penal, sob pena de ofensa ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual a intervenção penal só deve ocorrer quando os demais ramos do direito não forem suficientes para a resolução da questão conflituosa*” (STJ, HC 207.494/DF, j. 09/10/2012).

Ou, na esfera processual, sobre a via processual subsidiária (garantia instrumental excepcional), tal como na assertiva de que a admissibilidade da Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental (ADPF) pressupõe a ausência de via própria ou o exaurimento de instâncias, ou seja, supõe a inexistência de “*outro meio hábil para sanar a lesividade questionada*”: “*a subsidiariedade da via eleita deveria ser confrontada com a existência, ou não, de instrumentos processuais alternativos capazes de oferecer provimento judicial com eficácia ampla, irrestrita e imediata para solucionar o caso*” (STF, ADPF 186, j. 26-4-2012).

Ou, ainda, sobre o exercício subsidiário de jurisdição (complemento): incide o “*princípio da complementariedade (ou da subsidiariedade) sobre o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição*” (STF, Pet. 4.625, j. 17-7-2009).

2. Elementos históricos e fundamento do princípio de subsidiariedade.

Embora, como visto, o vocábulo “*subsidiariedade*” seja de uso bem antigo, com difusão acentuada em vários ramos do saber, incluso naqueles da ciência jurídica, a expressão “*princípio de subsidiariedade*” – vacina e antídoto ao totalitarismo –, como proposição geral de fundamento da ordem socioeconômica, generativa de outras proposições e destinada a harmonizar as relações humanas, em seus diversos modos de agregação política (da família ao Estado, passando por inúmeros outros grupos sociais), ganhou relevância teórica e nicho normativo-constitucional apenas a partir da primeira metade do século XX, nada obstante seu fundamento supranormativo, enquanto princípio de direito natural.

Assim, de um lado, neste foco, Galvão de Sousa, Lema Garcia e Fraga Teixeira afirmam que o princípio de subsidiariedade “*implícito nas ideias de muitos autores, desde Aristóteles (384-322 a.C.)*”, foi articulado com sabedoria pelo “*tradicionalismo político, sobretudo na Espanha, sendo de lembrar, em primórdios deste século, os nomes de Enrique Gil Robles e Vázquez de Mella, que o defenderam com vigorosa argumentação*” e, enfim, terminou “*formulado com bastante clareza na Doutrina Social da Igreja, especialmente na Encíclica Quadragesimo Anno (15 de maio de 1931), de Pio XI (Papa, de 1922 a 1939)*”.

E, de outro lado, qualificado como “*gravíssimo princípio inamovível e imutável*” (Pio XI, QA, 79), o princípio de subsidiariedade finca raiz no direito natural, tal como, “*na*

perspectiva clássica, o vínculo social se funda na própria natureza das coisas” (Enrique Zuleta Puceiro). E, deste modo, como princípio de direito natural, é princípio derivado (colhido por raciocínio dedutivo) dos princípios: (a) de sociabilidade humana: do homem, animal político, naturalmente social, resulta, também naturalmente, uma pluralidade de corpos sociais: a família, as associações (de trabalho, de estudo, de habitação, de religião, de lazer), as cidades; (b) de solidariedade: do homem, dependente de seu semelhante, por natureza, resulta o dever de solidariedade, próprio da natureza humana e dos grupos sociais; e (c) de destinação da ordem social ao bem comum, coordenado ao bem pessoal: a sociedade política forma-se, naturalmente, como totalidade na diversidade de grupos sociais e indivíduos, e, assim, o bem pessoal está para o bem comum como a parte está para o todo, ou seja, não de modo absoluto, mas apenas enquanto houver real direcionamento ao bem (fim imanente (terrestre) deste todo, ou seja, da comunidade (propiciar ambiente adequado ao pleno desenvolvimento das pessoas humanas e dos corpos sociais naturais), subordinado ao bem maior (fim último) transcendente (Deus).

3. O âmbito social do princípio da subsidiariedade.

O sentido, portanto, que mais nos interessa de subsidiariedade – pois é este o relacionado à ordem econômica e à ordem urbanística, no foco da relação entre Estado e corpos sociais intermédios (dentre eles as empresas do setor imobiliário) que atuam como forças construtivas das cidades – é o que se encontra em seu âmbito social, entenda-se, como princípio sócio-filosófico ou de filosofia social e política.

Neste contexto da ordem social, portanto, o princípio de subsidiariedade é enunciado como dever de abstenção interventiva e dever de ajuda complementar, considerando a correlação dos entes sociais na promoção do bem comum. E, assim, na relação entre o ente social maior (v.g. o Estado) e o ente social menor (v.g. sindicatos, empresas, associações de bairros, associações de moradores, universidades etc.), e destes com os indivíduos, afirma-se que a ação de ajuda complementar (incentivar, auxiliar ou suprir: enfim, ação destinada a subsidiar) do grupo social maior ao menor, e destes à pessoa humana, pressupõe, de um lado, o respeito à autonomia e à ação própria dos corpos sociais e da pessoa humana em geral, e, de outro, a intervenção do grupo maior apenas na apatia ou na insuficiência do grupo menor.

Logo, neste sentido, a compreensão e a aplicação do princípio de subsidiariedade supõem: 1º) pluralidade de corpos sociais em relação (nas palavras de Vallet de Goytisoló, o reconhecimento do “*pluralismo jurídico-político*”, ou, como disse Juan Fernando Segovia, uma “*pluralidade de sociedades integradas*”); 2º) clara distinção entre Estado e Sociedade, e, com isto, o respeito à autonomia dos corpos sociais intermédios (conforme, por exemplo, tanto insistiu Galvão de Sousa); 3º) os princípios de sociabilidade, de solidariedade e de bem comum (ordem natural social, solidária e direcionada ao bem comum).

Observe-se, deste modo, que o princípio de subsidiariedade atua como forte elemento de agregação político-natural e de organização social, bem como de integração

institucional, na raiz da ordem social, e daí, da ordem ética, jurídica, econômica, urbanística etc.

Destaque-se, ainda, para esta sã e efetiva agregação, a necessidade de compreender e aplicar o princípio de subsidiariedade em dois importantes ângulos: um positivo (como dever de ajuda); outro, negativo (como dever de abstenção).

Sob o aspecto positivo, então, o princípio de subsidiariedade impõe o dever de ajuda complementar do grupo social maior ao menor, e destes (dos grupos) aos indivíduos (à pessoa humana), segundo o fim e a atribuição de cada um. É o que genericamente se compreende como dever de fornecer subsídios (ação auxiliar ou até supletiva, se o caso) para se manter a ordem social, ética, jurídica etc.

Aqui também se diz que o princípio de subsidiariedade supõe, mas não se confunde, com o de solidariedade, pois, enquanto este acentua a ajuda mútua, aquele traça os limites desta ajuda.

E, aí, então, encontra-se o aspecto negativo do princípio de subsidiariedade, que impõe o dever de abstenção de intervenção dos grupos sociais maiores e superiores no campo de atuação dos grupos sociais menores e inferiores, assegurando-lhes a competência (conforme a esfera de atribuições próprias de cada grupo) e garantindo-lhes a autonomia (auto-regulamentação, auto-regência e auto-administração), e destes (dos grupos) em relação às pessoas humanas, garantindo-lhes liberdade e dignidade. Neste sentido, o princípio de subsidiariedade impõe freios ou limites de poderes e de competências, como verdadeiras barreiras às investidas totalitárias de absorção das legítimas autonomias dos corpos sociais intermédios (famílias, empresas, sindicatos, associações de bairros ou de moradores, universidades, igrejas etc.), bem como da liberdade e da dignidade das pessoas humanas.

É, assim, portanto, que se compreende o princípio de subsidiariedade como freio e justificação da atuação do Estado apenas na apatia ou na insuficiência da Sociedade; ou, por exemplo, como assertiva de que “*não se pode subtrair do indivíduo e transferir para a sociedade aquilo que ele é capaz de produzir por iniciativa própria e com suas forças*” (QA,79), ou, ainda, que é “*injusto passar para a comunidade maior e superior o que grupos menores e inferiores são capazes de empreender e realizar*” (QA,79).

4. O princípio de subsidiariedade no direito positivo brasileiro, iluminando nossa ordem econômica e urbanística.

Embora de fundamento supranormativo, o princípio de subsidiariedade, por razões de conveniência e utilidade, ganha positividade no ordenamento jurídico nacional e, assim, tem trânsito para o direito positivo, embora, em regra, setorizado (isto é, sem a feição genérica que o princípio tem).

Deste modo, no plano normativo nacional, o princípio de subsidiariedade ganha status constitucional setorizado na ordem econômica, como prescreve o art. 173 da atual Constituição Federal (CF): “*Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*”

Cuida, pois, a norma constitucional, “*da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada*” (STJ, RE 407.099). Nessa razão, ainda, é inconstitucional norma de Constituição estadual que proíba a privatização, ou seja, que proíba que “*Estado-membro, possa reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou, desnecessariamente, exploradas pelo setor público*” (STF, ADI 234).

E, de outra banda, na esfera normativa infraconstitucional, mas de status complementar à Constituição da República, o princípio de subsidiariedade é setorizado na ordem urbanística, como diretriz da política urbana, pelo art. 2º, XVI, do Estatuto da Cidade (EC), ao impor a “*isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social*”.

Trata-se, pois, de norma legal que traduz, sob o aspecto do direito urbanístico, a aplicação setorizada do princípio de subsidiariedade, que, antes mesmo deste comando da Lei nº 10.257/2001, a doutrina já antevia sua incidência, como se pode colher na lição de Regina Helena Costa, que o enunciou, em compreensão mais abrangente, como a “*preferência aos particulares na implementação do planejamento urbanístico, desde que estes possam fazê-lo de maneira adequada e suficiente.*”

Conjugando, pois, estes dois ângulos de visão do princípio de subsidiariedade transportados para o setor econômico-urbanístico, e positivados em normas jurídicas (art. 173 CF c.c. art. 2º, XVI, EC) é possível justificar as intervenções estatais e também traçar limites às políticas e ações de governo nesta esfera.

Assim, por exemplo, considerando o sério problema de carência habitacional, especialmente nos grandes centros urbanos, que vai do triste quadro de pessoas e famílias totalmente despidas de moradia (“*população de rua*”) até a necessidade de relocação de moradores em áreas de risco ou em situações de catástrofes, ou, ainda, de simples regularização fundiária de interesse social, impõe-se e justifica-se, plenamente, a presença solidária do Estado, agindo em verdadeira ação social e humanitária, que deita raiz naquele aspecto positivo do princípio de subsidiariedade (dever de ajuda complementar).

Aí estão as justificações de leis (v.g., no município de São Paulo, a Lei nº 12.316/97, o Decreto nº 40.232/01, a Resolução CMH nº 31/07 etc.), de políticas e ações de governo direcionadas a atender o piso vital ou mínimo existencial necessário à preservação da vida e da dignidade da pessoa humana, bem como à tutela da moradia como direito social (art. 6º da CF). Com isso, os abrigos emergenciais, os albergues, as moradias provisórias, o auxílio moradia, a locação social (ou bolsa aluguel), e as soluções habitacionais definitivas subsidiadas pelos entes públicos, para atender a população carente ou em estado de vulnerabilidade habitacional. Aí estão, também, as justificações das normas e dos esforços de regularização fundiária de interesse social, em que se verifica a marcante intervenção dos entes públicos na política urbana e habitacional (v.g. Lei nº 11.977/09, art. 47, VII, 50, 51, 53 a 60-A).

Entretanto, e porque o princípio de subsidiariedade

também tem seu aspecto negativo (dever de abstenção), aquele mesmo conjunto normativo (art. 173 CF c.c. art. 2º, XVI, EC) alerta para o fato de que o Estado tem o grave dever de abstenção de intervir onde os grupos sociais menores e inferiores tenham condições de, por si, atuar. Enfim, o Estado, por todos seus agentes públicos, tem o dever de apoiar e fomentar a promoção dos empreendimentos e das diversas atividades relacionados ao processo de urbanização, oriundos desses vários grupos sociais (dentre eles, empresas do setor imobiliário e da construção civil, sindicatos correlatos, associações de bairros, de moradores etc.) que atuam nas cidades e que, neste espaço, estão legitimados a agir, conforme a esfera de suas competências (atribuições) e autonomias (limitadas apenas naquilo que ofendem a ordem pública e que demandam observância à regulamentação específica, aprovações e licenças dos poderes públicos).

Assim, de um lado, é certo que os entes públicos podem e devem atuar no âmbito da construção civil de interesse social, atendendo às enormes deficiências habitacionais do país, segundo as políticas públicas de governo, em modo diferenciado (com benefícios) daquele em que as empresas do setor privado exercem suas atividades; todavia, de outro lado, há um freio, uma barreira jurídica, pois fora deste campo de vulnerabilidade social e emergência habitacional, o quadro não pode ser diverso da isonomia de condições entre agentes públicos e privados, sob pena de afronta ao princípio de subsidiariedade.

5. O princípio da subsidiariedade hoje (no mundo pós-moderno).

Revisitado o princípio de subsidiariedade, em sua noção elementar, sua história e fundamento, sua compreensão e importância no âmbito social das relações humanas, especialmente como vacina ou antídoto jurídico às formas totalitárias de governo, e, ainda, sua delimitação no contexto normativo brasileiro setorializado da ordem econômico-urbanística, fica, para a atualidade, a pergunta: após a queda do muro de Berlim e as consolidações das democracias modernas, qual a relevância deste princípio? E, mais: o princípio terá real eficácia de servir de freio aos possíveis excessos de poder do Estado pós-moderno?

É fato que estão minimizadas (não eliminadas) ou, ao menos, bem compreendidos os nefastos estragos decorrentes das formas de Estados totalitários de fundo revolucionário ou ideológico-partidário (v.g. ex-URSS, Cuba), ou de fundo étnico-nacionalista onipotente (v.g. Alemanha de Hitler), ou, ainda, de fundo religioso-fundamentalista opressivo (v.g. Irã, Argélia, Estado Islâmico).

Mas também é fato que a mera garantia formal de um regime democrático (via sistemas pluripartidários de alternância formal de poder), embora possa afastar as feições unipartidárias de governo e de controle repressivo, está longe de evitar a crescente concentração de poderes estatais e o possível caminho a um modo totalitário de ser, com deturpação e corrupção dos princípios éticos e desagregação dos grupos sociais naturais, reduzindo a sociedade à massa amorfa de indivíduos, facilmente manipulável. Afinal, bem disse João Paulo II que “*uma democracia sem valores converte-se facilmente num totalitarismo aberto ou*

dissimulado” (CA, 46), e, acrescente-se, uma democracia a-ética e a-social (sem forte “*pluralidade de sociedades integradas*”, moldada e satisfeita apenas como democracia de indivíduos), converte-se, ainda com maior facilidade, em Estado totalitário, pela substância anárquica em fachada democrática (tal como em casa de pai-provedor de filhos que fazem o que bem entendem: o pai que os tolere-provendo, se quiser sobreviver, e os filhos, que gritem, e bem alto, se quiserem mamar).

É fato, ainda, que a pós-modernidade mantém a ênfase ao princípio de subsidiariedade, inclusive em modo normativo-positivo, tornando-o expresso em vários diplomas jurídicos relevantes (tratados internacionais, constituições e leis), dando a entender que está assegurada sua aplicabilidade, e, portanto, eficácia para servir como barreira jurídica aos eventuais excessos do Estado pós-moderno que caminhar rumo ao totalitarismo.

Mas também é fato que, descolar este princípio do direito natural, de sua força jurídica supranormativa, fixando e limitando sua compreensão e função apenas na estreita bitola racionalista e voluntarista das normas postas e escritas pelas estruturas de poder humano (ainda que legítimas na origem), permitindo, daí, sua livre construção normativa – desgarrada dos critérios éticos e do respeito à pluralidade social que o inspira e do qual é racionalmente deduzido –, traz o perigoso fermento de sua desfiguração e manipulação, convertendo-o em mera repartição de competências e, até mesmo, em ferramenta totalitária a serviço de interesses voláteis de uma pauta ideológica qualquer (portanto, sem eficácia real alguma como princípio constitutivo da sã relação entre Estado e Sociedade, ou entre os grupos sociais maiores/superiores e os grupos sociais menores/inferiores, e destes às pessoas humanas).

Essa, aliás, foi uma das críticas ao Tratado da União Europeia Consolidado, na modelagem que fez do princípio de subsidiariedade, apontado como desfigurado de sua essência ou reduzido em sua real função e eficácia (v.g. Ricardo Dip e Miguel Ayuso), a revelar, então, a possibilidade de se forjar um princípio de subsidiariedade pós-moderno (relativizado, arbitrário), artificial (sem compromisso com a natural autonomia dos corpos sociais), de mero direito positivo (desgarrado do direito natural), imposto de cima para baixo segundo o interesse diuturno de alguma pauta de ações. Enfim, nas palavras de Claudio Finzi, “*hoje, debaixo da bandeira da subsidiariedade são propostas, vendidas ou contrabandeadas ao menos três mercadorias muito diversas entre si*”, duas delas, a rigor, a “*subsidiariedade residual*” e a “*subsidiariedade delegada*”, verdadeiras distorções de sua feição realista e, portanto, de sua essência.

Conclusão.

Por todo exposto – e ainda considerando que “*a subsidiariedade é o melhor remédio contra o Estado totalitário*” (Bernardino Montejano) – parece relevante, ainda hoje, atualmente, revitalizar pela doutrina clássica, ou realista, o princípio de subsidiariedade, e, assim, destacar a necessidade de fixar sua verdadeira compreensão, seu maior fundamento e sua eficaz aplicação, como princípio de direito natural: lido racionalmente (não criado) na natureza social e solidária do homem, na natural pluralidade dos grupos so-

ciais e no direcionamento ético e material ao bem comum, conforme a lógica clássica, que “*é uma lógica da totalidade como pluralidade*” (Enrique Zuleta Puceiro).

E, nisso, reafirmar que o caro princípio de subsidiariedade trasladado do direito natural para o nosso direito positivo, com sede nos setores econômico (art. 173 CF) e urbanístico (art. 2º, XVI, EC) é, com efeito, fecunda fonte em que se pode assentar: (a) barreiras jurídicas importantes a eventuais excessos interventivos estatais (ante o dever de abstenção que o princípio impõe); e (b) ações estatais de incentivo, de auxílio ou de suprimento igualmente relevantes, no foco da promoção dos empreendimentos e das diversas atividades relacionados ao processo de urbanização, especialmente em atenção às situações de carência ou vulnerabilidade habitacional, no contexto do interesse social (ante o dever de ajuda que o princípio também impõe).

No entanto, é preciso atenção para o fato de que este princípio, em face de sua raiz elementar imutável, imbricado na natureza das coisas, não tolera desfiguração ou redução artificial (por manipulação de interesses ideológicos ou devaneios racionalistas, voluntaristas ou antinaturais) e exige, para sua plena eficácia, um substancial incremento de formação ética, bem como o respeito e o fortalecimento da pluralidade dos grupos sociais, especialmente daqueles que têm formação natural.

Referências bibliográficas:

COSTA, Regina Helena. “Princípios de direito urbanístico” in Temas de direito urbanístico –2 (coordenadores Adilson Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo). São Paulo: RT, 1991, p. 127.

DIP, Ricardo Henry Marques. “Os entes reguladores estaduais e municipais no Brasil”. In Agências Reguladoras no Direito Brasileiro (coordenadores Vladimir Passos de Freitas e Fernando Quadros da Silva). São Paulo: RT, 2014 - Com destaque e apoio em TORRES, Miguel Ayuso. El ágora y la pirámide. Una visión problemática de la Constitución española. Madri: Criterio, 2000, p. 275-277.

FINZI, Cláudio. “Subsidiariedad y bien común”. In Ethos (Revista de Filosofía Práctica). Buenos Aires: Instituto de Filosofía Práctica, 2011, p. 169-170.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro; LEMA GARCIA, Clóvis; TEIXEIRA DE CARVALHO, José Fraga. Dicionário de Política. São Paulo: T. A. Queiroz, 1998, p. 510-513.

GALVÃO DE SOUSA, José Pedro. O totalitarismo nas origens da moderna Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 195-213.

_____. Política e Teoria do Estado. São Paulo: Saraiva, 1957, 86-109.

HOFFNER, Joseph Card. Doutrina Social Cristã (tradução de José Maria Wisniewski). São Paulo: Loyola, 1986, p. 35-36.

JOÃO PAULO II (Papa). Encíclica Centesimus annus (CA),1991.

MONTEJANO, Bernardino. “El pensamiento político y jurídico de Dante: su actualidad”. In Anales de la Fundación Francisco Elías De Tejada, Ano XVI. Madri: G. Aguirre Campano, 2010, p. 15-30.

_____. Curso de Derecho Natural, 5ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994, p. 298-306.

PIO XI (Papa). Encíclica Quadragesimo anno (QA),1931.

PUCEIRO, Enrique Zuleta. “El principio de subsidiariedad en relacion con el principio de totalidad”. In Verbo nº 199-200. Madri: Speiro, 1981, p. 1171-1195.

SEGOVIA, Juan Fernando. Derechos humanos y constitucionalismo. Madri: Marcial Pons, 2004, p. 68-70; 85-87.

_____. Orden natural de la política y orden artificial del estado. Barcelona: Scire, 2009.

TORRES, Miguel Ayuso. “Pluralidad e unidad”. In Verbo nº 357-358. Madri: Speiro, 1997, p. 617-632.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan. “Fundamento y soluciones de la Organizacion por cuerpos intermedios”. In Verbo nº 80. Madri: Speiro, 1969, p. 979-995.

_____. Corpos intermedios, recogido en Tres ensayos. Cuerpos intermedios. Representación política. Principio de subsidiariedad. Madri: Speiro, 1981, p. 3-60.

_____. “Pluralidad, pluralismo y derecho”. In Verbo nº 357-358. Madri: Speiro, 1997, p. 741-757.

25 ANOS DEDICADOS A EDUCAÇÃO E PROFISSIONALIZAÇÃO DE JOVENS EM SITUAÇÃO DE RISCO SOCIAL.



○ Ampliar é uma instituição beneficente sem fins lucrativos que, em 2015, completou 25 anos.

Sua missão é educar e profissionalizar jovens em situação de risco social, de 14 a 28 anos, por meio de cursos gratuitos ministrados em duas unidades na cidade de São Paulo.

O Ampliar acredita que, ao oferecer condições de crescimento pessoal e profissional, pode-se resgatar a autoestima e fortalecer o convívio social e familiar dos jovens, evitando que eles escolham o caminho da marginalidade.

Você pode colaborar com doações, contribuições ou a compra de cotas de patrocínio. Seu apoio é muito importante para o Ampliar oferecer um futuro ainda melhor aos nossos jovens.

NÚMEROS DO AMPLIAR

- 70% dos alunos no mercado formal de trabalho e consumo
- 2.200 pessoas é o atendimento anual do programa
- 50 mil alunos formados
- 72 mil certificados emitidos

**Diariamente são atendidas, aproximadamente, 220 jovens e adolescentes em diversos cursos.*

Sede Administrativa do Ampliar:

Rua Dr. Bacelar, 1.043 - Vila Mariana - São Paulo

Telefones: (11) 5591-1283 / 5591-1282

e-mail: ampliar@ampliar.org.br

www.ampliar.org.br

Lei do Inquilinato e o Novo Código de Processo Civil: breves e iniciais considerações

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira
e Jaques Bushatsky

O novo Código de Processo Civil (Lei nº. 13.105, de 16/3/2015, com entrada em vigor após um ano de sua publicação) acarretará, sem dúvida, alterações nas ações previstas na Lei do Inquilinato (Lei nº. 8.245/91, com as modificações introduzidas pelas Leis nºs. 12.112/09 e 12.744/12), em face da aplicação subsidiária do estatuto processual (art. 79, Lei nº.8.245/91), mesmo tendo em vista a ressalva do parágrafo 2º, do art. 1.046 do novo diploma: “Permanecem em vigor as disposições especiais dos procedimentos regulados em outras leis, aos quais se aplicará supletivamente este Código”.

Neste artigo pensamos em destacar algumas das mais relevantes novas regras procedimentais que deverão ser aplicadas nas ações de despejo e de consignação em pagamento de aluguel e acessórios da locação previstas nos artigos 58 e 67, da Lei do Inquilinato, além, por evidente, daqueles procedimentos já previstos na própria Lei nº. 8.245/91.

No fundo, adiante-se, a pretensão do novo Código é emprestar a tão sonhada celeridade à solução dos conflitos, vindo a propósito: “pretende-se que em torno do princípio da instrumentalidade do processo se estabeleça um novo método do pensamento do processualista e do profissional do foro. O que importa, acima de tudo, é colocar o processo no seu devido lugar, evitando os males do exagerado processualismo e, ao mesmo tempo, cuidar de predispor o processo e o seu uso de modo tal que os objetivos sejam convenientemente conciliados e realizados tanto quanto possível. O processo há de ser, nesse contexto, instrumento eficaz para o acesso à ordem jurídica justa”, no dizer de Cândido Rangel Dinamarco¹.

Almeja-se (e o futuro dirá se tal se faz adequadamente) a eficácia veloz², tão necessária aos que tiveram direitos violados. Celeridade que, diga-se, poderá ser alcançada até mesmo por formas que não sejam, exatamente, aquelas prescritas na lei, como se extrai, por exemplo, do texto do novo art. 277: “Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

Em primeiro lugar, observa-se que os procedimentos “ordinário” e “sumário” que foram referidos respectivamente nos artigos 59 e 68 da Lei do Inquilinato passam a ter a denominação única de “procedimento comum”, confor-

me art. 318 e parágrafo único do art. 1.049, ambos do novo Código de Processo Civil. Portanto, a partir da vigência da nova lei adjetiva, as ações previstas nesses dispositivos da Lei do Inquilinato seguirão o “procedimento comum” previsto no Livro I, Título I, do novo estatuto processual.

Veio em boa hora essa reunião: o “procedimento sumário” já foi denominado “procedimento sumaríssimo”; a Constituição Federal o chamou, cogitando das “causas cíveis de menor complexidade”, de “procedimento sumaríssimo” e somente recebeu a atual designação em 1.995, talvez numa busca, pelo legislador, de razoável precisão terminológica através da supressão do sufixo que traduzia evidente incompatibilidade entre o significado e o significante, pois as extremadas síntese, concisão e velocidade não existiam. E a realidade forense era conhecida: há anos entenderam os magistrados que o procedimento ordinário tramitava melhor que o sumário e, via de regra, passaram a decretar que processos ajuizados como sumários seguissem como ordinários.

Por sua vez, o art. 59 da Lei do Inquilinato estabelece, de forma taxativa, as hipóteses de ações de despejo que autorizam a concessão de liminar para desocupação em quinze dias.

Pois bem, diante desse quadro, comporta indagar se as ações de despejo, com fundamento diverso dos previstos nos incisos I a IX do art. 59, poderiam autorizar também a antecipação de tutela provisória. A resposta nem sempre foi pacífica, sendo suficiente atentar para as considerações expostas pelo ilustre Gildo dos Santos, em seu livro “Locação e Despejo”³.

Todavia, agora, diante do novo Código de Processo Civil que preconiza “um processo mais célere e mais justo” e, para tanto, deixa claro “que a resposta do Poder Judiciário deve ser rápida não só em situações em que a urgência decorre do risco de eficácia do processo e do eventual perecimento do próprio direito, mas, também em hipóteses em que as alegações da parte se revelam de juridicidade ostensiva, deve a tutela ser antecipadamente (total ou parcialmente) concedida, independentemente de *periculum in mora*, por não haver razão relevante para a espera. Até porque, via de regra, a demora do processo gera agravamento do dano”⁴, tudo para possibilitar que todos os cidadãos tenham acesso

¹ Dinamarco, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros. 2001, p. 309-310.

² O artigo 4º do novo Código é incisivo: “As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”

³ Santos, Gildo dos. *Locação e Despejo – Comentários à Lei 8.245/91*. 6ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010., n. 194, p. 413/415.

à efetiva justiça⁵.

A resposta para a eventual concessão de tutela provisória – de urgência ou de evidência – para todas as demais hipóteses de ação de despejo, ao menos em princípio, será, sem dúvida, afirmativa quando da vigência do novo estatuto processual.

Com efeito, e apenas para ilustrar esse nosso entendimento, isto é, a possibilidade de concessão de tutela provisória para as ações de despejo, independentemente das hipóteses do art.59, inciso I a IX, bem como da verificação de *periculum in mora*, podemos citar, como exemplo, ação de despejo por falta de pagamento em que, embora tenha ampla garantia, é vedada ao réu a emenda da mora, conforme a restrição imposta no parágrafo único do art. 62.

Assevere-se que não é nova a certeza de que a antecipação de tutela caiba nas questões locatícias⁶, podendo ser buscado entendimento do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo emérito Ministro Paulo Galloti⁷ ou a conclusão do então Desembargador, hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, em sua obra “Tutela Antecipada e Locações”⁸: “A antecipação de tutela encontra campo fértil no terreno das locações. A urgência tão característica nessa forma de tutela jurisdicional afina-se com a densidade social do tema locatício, sempre desafiador não só de sensibilidade do juiz, mas também de sua prontidão no atuar a lei”.

Em conclusão, pensamos ser perfeitamente atual a aplicação de tais antecipações nas locações. Por uma, não se vislumbra qualquer incompatibilidade entre a antecipação de tutela e a matéria locatícia, sob o prisma processual; por duas, as tutelas de urgência e de evidência⁹ parecem desenhadas para as mais corriqueiras patologias das locações: desrespeito ao contrato, risco de dano de difícil ou impossível reparação, clara conjugação dos requisitos de despejo (sendo a falta de pagamento a mais presente); por três, aceita-se como correta a assertiva de que a velocidade processual auxilia enormemente o mercado, incentiva as locações em geral, atende as necessidades sociais. Enfim, a concessão de tutela ante a demonstração de risco do dano irreparável ou da evidência acelera o processo, resgata a

confiança da sociedade, outorga segurança jurídica e torna a retomada do imóvel equilibrada.

A Exposição de Motivos destaca, ainda, um ponto no que nos interessa: “pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz”.

Assim sendo, como regra, o juiz deverá designar audiência de conciliação ou de mediação (por se tratar de medida impositiva, cogente) mesmo que o autor manifeste, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, porque nessa hipótese, necessária, ainda, idêntica manifestação do réu (ambas a partes devem manifestar, expressamente, desinteresse na composição consensual). Portanto, mesmo o autor não pretendendo conciliar, o juiz deverá designar a aludida audiência de conciliação e determinar a citação do réu para que, querendo, manifeste também o seu desinteresse, por petição, com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência (art. 334, §§ 4º e 5º, novo CPC).

Vejamos, para melhor elucidar, o seguinte exemplo: ação de despejo por falta de pagamento, embora o autor tenha manifestado, de forma expressa, o seu desinteresse para conciliar, o magistrado, por imposição legal, deverá designar audiência de conciliação e mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (art. 334, caput, novo CPC). Com 10 (dez) dias de antecedência o réu manifesta, por petição, o seu desinteresse.

Presumindo que tudo ocorra dentro dos prazos estabelecidos, o réu terá, como seu aliado, um tempo maior para contestar ou para emenda da mora, com evidente prejuízo para o autor, cumprindo ressaltar, ainda, que “o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa,

⁴ *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil - Exposição de motivos*. Sítio em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acessado em: 11.05.2015.

⁵ Vale recordar as palavras do Professor Kazuo Watanabe, desembargador aposentado do TJSP: “o princípio de acesso à justiça, inscrito na Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e, até mesmo, de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação”. Acesso aos 13/6/2012, em <http://www.tjsp.jus.br/Egov/Conciliacao/Default.aspx?f=2>.

⁶ Na síntese sempre eficaz de Waldir Arruda Miranda Carneiro: “Aliás, anote-se, se a própria lei do inquilinato contempla casos de concessão de despejo liminarmente, é evidente que nem mesmo o legislador considerou empecilho a possibilidade de reforma ulterior da decisão” (Anotações à lei do inquilinato: lei nº. 8.245, de 18 de outubro de 1991- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.476).

⁷ “RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. ARTIGO 273 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CABIMENTO. 1. A antecipação de tutela é cabível em todas as ações de conhecimento, inclusive nas ações de despejo. 2. Recurso provido”. (REsp 595.172/SP, Rel. Ministro Paulo Gallotti, 6ª Turma, julgado em 21/10/2004, DJ 01/07/2005 p. 662).

⁸ Fux, Luiz. *Tutela Antecipada e Locações*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Destaque, p.120.

⁹ Artigos 294, 300, 303 e demais úteis do novo Código de Processo Civil.

revertida em favor da União ou do Estado” (art. 334, § 8º, do novo Código de Processo Civil). Por conseguinte, deverá merecer avaliação séria a aplicabilidade e a efetividade desses métodos de solução, em contraponto à necessidade da agilidade (motivadora do novo código, não esqueçamos) retratada pelas liminares e antecipações: esses longos períodos dedicados à solução consensual serão convenientes? A prática responderá.

Ainda quanto às saudáveis tentativas de conciliação e mediação, é certo que dentre os métodos adequados de solução de conflitos, por vezes possa outro, que não a mediação ou a conciliação, se mostrar apropriado, como é o caso da “consulta a especialista” quando a matéria puder ser assim solvida¹⁰. Nessas hipóteses, os envolvidos no processo poderão se valer da possibilidade de ajuste no procedimento, como prevê o novo artigo 190.

Tratando especificamente das conciliações, olhamos para o esplêndido Setor de Conciliações do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, dando destaque para as soluções alcançadas antes de qualquer instauração de processo, exatamente os acordos “pré-processuais”, arriscando enxergar aí, num trabalho feito com muito empenho e voluntariado, um caminho que poderá ser seguido.

Realmente: durante a Semana Nacional da Conciliação de 2014, entre os dias 24 e 28 de novembro, foram designadas na Capital 6.829 audiências pré-processuais; destas, foram realizadas 3.327; e nestas, foram alcançados 2.197 acordos. Ou seja, 32% dos que concordaram ir ou 66% dos que foram à audiência viram o problema resolvido. Tudo indica que o caminho apontado pelo novo Código poderá ser frutuoso, desde que bem aplicado, quando for possível fazê-lo.

Quanto às ações de consignação em pagamento, reguladas pelo art. 67, da Lei n. 8.245/91, merecem diante da nova legislação somente dois apontamentos: por primeiro, a recordação de que a inicial atenderá ao disposto no novo art. 319, por força da atualização comandada pelo parágrafo 4º¹¹ do art. 1.046; e por segundo, o destaque de que

a Lei das Locações não contemplou, em momento algum, a consignação extrajudicial que vinha regradada no art. 890 parágrafo 1º, do atual Código.

Exatamente porque omissa a respeito, a Lei das Locações não contém qualquer incompatibilidade com essa modalidade introduzida na legislação processual em 1.994, que obteve sucesso imediato, a ponto de terem sido ajuizadas somente 137 ações judiciais de consignação de aluguel na capital de São Paulo, durante o ano de 2014 (algo como 11 ações por mês, quantidade irrisória): no mais, as situações não solucionadas através de outros métodos renderam consignações extrajudiciais.

Pois bem. O novo código de processo manteve a fórmula do depósito extrajudicial no parágrafo 1º do artigo 539, nada havendo a contrapor à franca utilização em sede das locações.

Por derradeiro, a contagem dos prazos processuais: o novo Código de Processo Civil estabelece, em seu art. 219, que na contagem dos prazos em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis, o que se aplica somente aos prazos processuais (art. 219 e seu parágrafo único). Portanto, os prazos fixados na Lei do Inquilinato se submetem, sem dúvida, a essa forma de contagem, seja para emenda da mora, seja para contestação e também para os prazos de desocupação porque, inegavelmente, o caráter processual dos prazos previstos pela aludida Lei do Inquilinato.

A nova lei foi amplamente debatida, estudada, é resultado de elaboração tenaz e profícua. Sabemos todos que este é somente o início, não sendo exagerado recordar o Sermão da Sexagésima, do Padre Antonio Vieira: “Palavras sem obras são tiros sem balas: atroam, mas não ferem”.

Por isso, certamente, a prática forense, a concretização da obra, consistirá fonte necessária para o aprimoramento da nova legislação, que trouxe algumas inovações corajosas, interessantes, as quais somente nós, advogados, juizes, promotores, a sociedade enfim, poderemos concretizá-las, transformar os textos em Justiça, benéfica a todos.

¹⁰ Nesse caminho, Fernanda Levy: “Como podemos perceber por essas breves pinceladas, há muitas opções em meios de gestão de conflitos para além do Poder Judiciário, ficando esse portfólio sempre em aberto, como um convite permanente para a imaginação e implementação da adequação do meio ao caso concreto, na eterna busca da harmonização das relações”. (Levy, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas Escalonadas – A mediação comercial no contexto da arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2013)

¹¹ “Parágrafo 4º: As remissões a disposições do Código de processo Civil revogado, existentes em outras leis, passam a referir-se às que lhes são correspondentes neste Código”.



POR QUE ESSAS EMPRESAS

Elas possuem a certificação PQE, que tem como objetivo aprimorar a qualificação profissional em prol do comprometimento com a ética, a responsabilidade social e o relacionamento com clientes.

Americana

Triângulo Administração de Imóveis e Condomínios Ltda.

Barueri

Capital Assessoria a Condomínios Ltda.
Sigma Empreendimentos e Administração de Condomínios e Imóveis LTDA.

Bauru

AGM Prestadora de Serviços LTDA.
Aiello Urbanismo LTDA.
Canal Imóveis LTDA.
Chab Imóveis LTDA.
Consiste Condomínios e Serviços LTDA.
Habitar Administração e Serviços LTDA.
Personal Elias Imóveis LTDA.
Portão Consultoria de Imóveis LTDA.
Residex Construtora e Incorporadora LTDA.
Viegas Imobiliária LTDA.

Campinas

Adala & Adala Negócios Imobiliários e Com. Ltda.
Anakel Empreendimentos e Incorporações
Invest Gerenciamento Imobiliário e Serviços LTDA.
Pompeo Imóveis LTDA.
Zelo Administração de Condomínios e Imóveis S/C LTDA.

Cotia

Proinvest Central de Negócios Comercial e Construtora LTDA.

Guarulhos

Sócon Gestão de Serviços LTDA.
Villagua Atividades Imobiliárias LTDA. EPP

Holambra

Toekan Empreendimentos Imobiliários e Comércio LTDA.

Indaiatuba

IGP Consultoria Imobiliária LTDA.
JP Carmello Condomínios LTDA. - ME
Ruman Solutions Consultoria e Administração de Condomínios LTDA.

Jacaré

Amagai Consultoria de Imóveis LTDA.

Jarinu

Sindicoproh Síndicos Profissionais e Serviços LTDA.

Jundiaí

Santa Angela Urb e Constr. LTDA.

Mongaguá

Hamasul Administração de Condomínios S/C Ltda.

Piracicaba

Bevi Administradora de Condomínios
Padre Cícero LTDA.
Frias Neto Consultoria e Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Schiavuzzo Negócios Imobiliários LTDA.

Presidente Prudente

Nabileque Incorporadora LTDA.

Santa Bárbara d'Oeste

Folster Negócios Imobiliários LTDA.

Santo André

G.I. Negócios Imobiliários LTDA.
Memphis Consultoria e Administração de Condomínios LTDA.
Pantera Imóveis LTDA.

Santos

Besmon Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Carlos Meschini Assessoria Imobiliária

São Bernardo do Campo

Atipass Consultoria Imobiliária LTDA.
Casari Imobiliária e Administração de Bens S/C Ltda.
Jacques Gassmann Imóveis SS LTDA.
M. Bigucci Comércio e Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Neon Imóveis e Administração S/S LTDA.
Vitória Consultoria de Imóveis Empr. e Adm. LTDA.

São Caetano do Sul

Aparecido Imóveis LTDA.
Viana Negócios Imobiliários Ltda.

São José do Rio Preto

Ale Imóveis Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Imobiliária Cidade Imóveis Ltda.
Imobiliária Gurupi LTDA.
Imobiliária Magnum e Gestão Negócios LTDA.
Locall Imóveis S/S LTDA.
Nadruz Assessoria Imobiliária S/C LTDA.
Redentora Corretora de Imóveis LTDA.
Rio Preto Renascer Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Tarraf Construtora LTDA.
Via Réggia Imóveis LTDA.

São José dos Campos

Advale Assessoria e Administração LTDA.

Venâncio Serviços para Condomínios Ltda. ME
Agência Adyana Serviços Auxiliares ao Síndico LTDA.
Alexandre Imóveis LTDA.
Camargo & Nogueira Contabilidade e Administração de Condomínios
Condivale Administração de Condomínios S/C LTDA.
Dinâmica Condomínios LTDA.
Ética Assessoria e Administração S/C LTDA.
Fenix Incorporadora e Construtora LTDA.
Figueiredo & Filhos Processamento e Digitação LTDA. ME
Geração Imóveis LTDA.
Grupo Terra Negócios Imobiliários e Consultoria S/C LTDA.
Independence Negócios Imobiliários LTDA.
Keiko & Alencar Serviços Administrativos LTDA. ME
Nova Freitas Imóveis LTDA.
OK Adm. Condomínios
Pirâmide Queop's Imóveis LTDA.
Sigecon Franquias LTDA.
Vasconcelos Imóveis LTDA.

São Paulo

A Conde Consultoria Imobiliária S/S LTDA.
Acer Consultores em Imóveis LTDA.
Adaplan – Administração, Assessoria e Adbens Imóveis LTDA.
Adcip Administradora e Corretora de Imóveis Paulista LTDA.
Adventos Imoveis Empreendimentos e Negócios Imobiliários LTDA.
Advocacia Bushatsky
Alfa Realty Desenvolvimento Imobiliário LTDA.
ARD Consultoria Imobiliária.
Arrojo – Empreendimentos Imobiliários S/C LTDA.
Ativa Administração Predial LTDA.
Auxiliadora Predial LTDA.
Ávilla & Manno Imóveis LTDA.
Baeta Ippolito Administração e Assessoria Imobiliária S/C LTDA.
Base Line Negócios Imobiliários LTDA.
BBC Imóveis.
Bernardes Administração de Bens LTDA.
Brasilincorp Empreendimentos LTDA.
Caetano Empreendimentos e Urbanismo LTDA.
Campo Belo Administradora de Condomínios LTDA.
Caresia Adm. de Bens e Condomínios LTDA.
Cassiporés Imóveis Administração e Vendas LTDA.
Catita Imóveis.
Città Patrimônio, Empreendimentos



PROGRAMA
QUALIFICAÇÃO
ESSENCIAL

SE DESTACAM NO MERCADO?



e Desenvolvimento LTDA.
Clavy Administração de Imóveis S/S LTDA.
CMarqx Imóveis – Conde Marques Neg. Imobiliários LTDA.
Colares Adm. de Imóveis e Condomínios
Conciva – Negócios Imobiliários
Condovel Administradora e Imobiliária LTDA.
Construtora e Incorporadora Santa Helena LTDA.
Cronate – Condomínios e Imóveis LTDA.
Directa Administração Integrada LTDA.
Display Imóveis LTDA.
E.F.E Serviços Administrativos LTDA.
Embrac LTDA.
Engas S/S Engenharia, Administração de Bens e Corretagem de Seguros
Eterna Imóveis LTDA.
Feldman Assessoria de Negócios LTDA..
Ferreira Santos Assessoria e Serviços em Condomínios Ltda.
FL Administração de Condomínios LTDA.
Freua Administração de Bens e Participações LTDA.
Galicia Imóveis LTDA.
GD8 Construção, Incorporação e Administração de Bens
Gerencer Administração e Consultoria Condominial
Grifo Empreendimentos LTDA.
Habitacional Comercial e Administradora LTDA.
Hai Administração Patronal LTDA.
Holos Administração e Consultoria S/C LTDA.
Hubert Imóveis e Administração LTDA.
Imob. Nova São Paulo LTDA.
Imobitec Consultoria Imobiliária S/S Ltda EPP
Imobiliária Novolar LTDA.
Ivo Consultoria de Imóveis S/S LTDA.
J. Sallum Imóveis S/S Ltda.
Jare Assessoria e Consultoria Empresarial LTDA.
JRXH Empreendimentos Ltda.
King Imóveis LTDA.
Krisos Corretora de Imóveis LTDA.
Lello Locação e Vendas S/S LTDA.
Lloyd Imobiliário LTDA.
Manager Sistemas e Serviços LTDA.
Marc Negócios Imobiliários LTDA.
Marco Baroni Consultores Associados S/C LTDA.
Mario Dal Maso Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Mave Engenharia, Consultoria e Representação Comercial LTDA.
Max Gran Negócios Imobiliários S/C LTDA.
Michel Rosenthal Wagner Advogados Associados.
Monte Alegre Empreendimentos Imobiliários e Participações LTDA.

Nasi Administração e Consultoria LTDA.
Newpart Participações e Investimentos LTDA.
Nuclear Organização Imobiliária S/C LTDA.
Odebrecht Realizações Imobiliárias S.A..
Oma Administração de Imóveis e Corretagem LTDA.
Pacheco Imóveis LTDA.
PB Imóveis
Pereira de Queiroz Administração de Bens LTDA.
Planur - Construtora e Urbanizadora LTDA.
Practical Soluções Imobiliárias LTDA.
Predial Casa Branca LTDA.
Predial De Lucca LTDA.
Prop Starter – S.F. Gabriel'S Associados LTDA.
Pulse Administração de Bens S/A.
Rylko Serviços Administrativos LTDA.
Scano Piva Imóveis e Administração LTDA.
Scopel Desenvolvimento Urbano S/A.
Solamax Imobiliária Comércio e Consultoria LTDA.
Souza & Reis Gestão de Recursos Imobiliários
Spadoni & Hirsh Participações LTDA.
Starbusiness Negócios & Network Imobiliários LTDA.
Taty - Gestão de Condomínios e Cobranças
Tecad – Técnica em Administração S/S LTDA.
Torriani Nutti Administradora de Bens S/C LTDA.
Tufik Misiara & Cia LTDA.
Verti Administração e Assessoria Imobiliária LTDA.
WW Mantovani Negócios Imobiliários LTDA.
Zangari Administradora de Bens S/S LTDA.

Zardeto Administração de Bens
São Sebastião
Engimóveis Engenharia e Imobiliária LTDA.
Sorocaba
Bersi Administradora de Condomínios LTDA.
Casabranca Imóveis, Administração e Vendas S/C LTDA.
Del Rios Administradora de Condomínios Ltda. ME
Julio Casas Imóveis, Consultoria e Vendas LTDA.
Renato Amary Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Tatuí
Ellenco Empreendimentos Imobiliários LTDA.
Taubaté
Ato Administradora de Condomínios LTDA.
Valinhos
Valicon Serviços para Condomínios LTDA.
Vargem Grande
GP & Associados S/C LTDA.
Vinhedo
Remo Imóveis LTDA.
Vicorp Empreendimentos Imobiliários LTDA.

Putini



Nossos articulistas

ALBERTO GOSSON JORGE JUNIOR

Formado em Direito pela Universidade de São Paulo, Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, ex-conselheiro e diretor da Associação dos Advogados de São Paulo. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

ANDREA BOARI CARACIOLA

Doutora em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Mestre em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, professora adjunta de Direito Processual Civil da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogada em São Paulo.

ÂNGELA ROMITI

Doutoranda e Mestre em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professora de cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito Civil e Processo Civil. Palestrante. Autora de artigos jurídicos em livros e revistas especializadas. Advogada em Santos.

ANTONIO CARLOS DA PONTE

Procurador de Justiça. Mestre, Doutor e Livre Docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor dos Programas de Pós-Graduação da PUC-SP e da Instituição Toledo de Ensino.

CARLOS AUGUSTO DE ASSIS

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual). Advogado em São Paulo.

CAROLINA RAFAELLA FERREIRA

Advogada, sócia do escritório Ferreira, Maluf e Moraes Advogados, pós-graduada em Direito Imobiliário e Empresarial pela Fadis e Universidade Secovi-SP. Coordenadora Geral do Grupo de Novos Empreendedores do Secovi-SP (Sindicato da Habitação), membro da

Comissão de Direito Imobiliário da OAB/SP e do Comitê do Jovem Empreendedor da Fiesp (Federação das Indústrias do Estado de São Paulo).

DANIEL BUSHATSKY

Mestre e Doutorando em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor assistente da Pós-graduação em Direito Empresarial da PUC (Cogeae) e Professor de Direito Empresarial da FMU. Professor convidado do Curso de Especialização em Direito Negocial Comparado da Sorbonne/Brasil. Advogado.

DANIEL CARNIO COSTA

Juiz Titular da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo; Mestre (Fadis) e Doutor (PUC-SP) em Direito; Master on Comparative Law pela Samford University/EUA (in progress); Pós-doutorando na Universidade de Paris 1 – Panthéon/Sorbonne (França).

HENRIQUE CÉSAR GALLO

Superintendente Jurídico da Brookfield Incorporações S.A.; Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e Especialista em Administração de Empresas pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); Membro da OAB/SP.

HUBERT GEBARA

Engenheiro civil e eletricista; fundador e primeiro presidente da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo - AABIC (1978/1980); fundador e presidente da Fenadi (1984/1990); vice-presidente de Administração Imobiliária e Condomínios do Secovi-SP desde 2004; diretor adjunto do Centro do Comércio do Estado de São Paulo (desde 1990); membro do Conselho Interministerial para Elaboração da Atual Lei do Inquilinato (1991). Diretor do Grupo Hubert.

JAQUES BUSHATSKY

Advogado; foi Procurador do Estado de São Paulo e Procurador Chefe da Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo; fundador e diretor da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário); conselheiro jurídico da Presidência e coordenador do PQE (Programa Qualificação Essencial) do Secovi-SP.

JORGE ELUF NETO

Advogado, Procurador do Estado aposentado. É diretor da Caixa de Assistência dos Advogados de São Paulo (CAASP) e presidente da Comissão de Controle Social dos Gastos Públicos da OAB/SP.

JOSÉ HORÁCIO CINTRA GONÇALVES PEREIRA

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (aposentado). Presidente e vice-presidente do extinto 2º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo. Doutor pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Ex-Professor da graduação e da pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Atualmente, professor convidado.

LUIZ DELLORE

Mestre e Doutor em Direito Processual pela USP. Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, da Escola Paulista de Direito (EPD) e de outras instituições. Membro da Comissão de Direito Processual Civil da OAB/SP, do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual) e diretor do CEAPRO (Centro de Estudos Avançados de Processo). Advogado.

MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS

Doutor e Mestre em Direito Comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito Largo São Francisco (USP), da PUC-SP, da Uninove e da Faculdade de Direito de Bauru. Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo.

MARC STALDER

Advogado graduado pela FMU; Associado de KLA - Koury Lopes Advogados; Especialista em Direito Registral e Notarial pela PUC-MG/IRIB; Especialista em Direito Empresarial pela FMU.

MARCOS PAGAN

Juiz de Direito, titular da 2ª Vara do Juizado Especial Cível da Comarca de São José dos Campos (Entrância Final); Professor da Escola Superior da Magistratura e da Escola Nacional de Direito do Consumidor;

Audit Business Administration - Arthur Andersen (Chicago/USA); formado em Direito pela USP/SP e em Administração Pública (Fundação Getúlio Vargas); pós-graduado em Direito Privado e em Especialização em Métodos Alternativos de Solução de Conflitos (Conciliação e Mediação) e Aplicação no Direito do Consumidor (Escola Paulista da Magistratura).

MONICA MARIA RUSSO ZÍNGARO FERREIRA LIMA

Graduada pela Universidade Mackenzie, Especialização em Direito Agrário pela Universidade Mackenzie, Promotora de Justiça do Estado de Minas Gerais (1990/1991), Procuradora do Estado de São Paulo, Juíza do Tribunal de Impostos e Taxas (TIT).

MOIRA REGINA DE TOLEDO ALKESSUANI

Advogada em São Paulo. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela PUC/Cogear-SP, com especialização em Direito Imobiliário Empresarial pela Universidade Secovi-SP. Mestranda pela Faculdade de Direito da USP, sócia fundadora da Toledo e Rocca Advogados Associados, coordenadora adjunta do Grupo de Novos Empreendedores do Secovi-SP, membro da diretoria de Imóveis Usados do Secovi-SP e do Jurídico da Rede Secovi. Diretora de Locação da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (AABIC).

OLIVAR LORENA VITALE JR.

Advogado, conselheiro jurídico do Secovi-SP e do SindusCon-SP, professor e coordenador pedagógico do curso de Especialização em Direito Imobiliário Empresarial da Universidade Secovi, do curso de pós-graduação em Gestão em Negócios Imobiliários da ESPM. Professor no curso de Especialização/MBA da Poli-USP, na Pós-graduação em Direito Empresarial da Escola Paulista de Direito, do curso Estruturação de Empreendimentos Imobiliários da Abecip/Ibrafi, nas Business School "Saint Paul" e UBS, membro da MDDI (Mesa de Debates de Direito Imobiliário), advogado na área de Real Estate no Brasil pela Chambers Latin America - Latin America's Leading Lawyers for Business (The Client's Guide) desde 2012.

PEDRO CORTEZ

Advogado graduado pela USP; sócio de KLA - Koury

Lopes Advogados; Membro do Conselho Jurídico do Secovi-SP; Membro da Comissão de Direito Imobiliário e Urbanístico da OAB/SP; Membro da MDDI (Mesa de Debates do Direito Imobiliário).

RÂMILTON SACAMOTO

Advogado graduado pela Pontifícia Universidade Católica (PUC-SP).

RODRIGO CURY BICALHO

Advogado, formado pela Universidade de São Paulo (Largo de São Francisco, em 1990). Integrante do Conselho Jurídico da Presidência do Secovi-SP e do Comitê de Produtos Imobiliários da BM&FBovespa. Coordenador geral e professor do curso de Especialização em Direito Imobiliário Empresarial da Universidade Secovi-SP. Coordenador da Comissão de Produtos Financeiros Imobiliários do Secovi-SP. Professor de Direito Imobiliário do curso de Pós-Graduação MBA da Escola Politécnica da USP – “Tecnologia e Gestão na Construção Civil”.

RUBENS CARMO ELIAS FILHO

Advogado graduado em Direito (1995) e Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (1996). Mestre (2004) e Doutor (2012) em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Sócio de Elias e Laskowski Advogados Associados, atualmente Nogueira, Elias, Laskowski e Matias Advogados, desde 2000. Professor da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie e da FAAP, palestrante em instituições de ensino (Cogeae/PUC, FGV, INSPER, EPD, IICS, e outras), presidente da Associação das Administradoras de Bens Imóveis e Condomínios de São Paulo (AABIC), diretor eleito do Secovi-SP, membro da OAB/SP, do Instituto dos Advogados de São Paulo e da Comissão de Direito Urbanístico da OAB/SP. Autor de obras e artigos jurídicos na área de direito civil e imobiliário.

RUBENS LEONARDO MARIN

Superintendente Jurídico da Brookfield Incorporações S.A. Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Negócios Imobiliários pela Fundação Armando Álvares Penteado (FAAP); professor palestrante em cursos de pós-graduação, autor de artigos jurídicos. Conselheiro Jurídico da vice-presidência de Incorporação e Terrenos Urbanos do Secovi-SP; membro associado da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI).

RUTH MARIA JUNQUEIRA DE ANDRADE PEREIRA E SILVA

Doutora, Mestre e Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting academic da Phanthéon-Assas/Université Paris 2. Professora convidada da Universidade de Montpellier 1. Professora de Direito Comercial da Faculdade de Direito de Bauru. Advogada.

SERGIO SHIMURA

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo. Mestre, Doutor e Livre Docente pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor nos programas de graduação e pós-graduação da PUC-SP e da Escola Paulista da Magistratura.

VICENTE DE ABREU AMADEI

Desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Professor assistente e/ou palestrante em cursos de Especialização ou de Extensão na PUC-SP/Cogeae, na Escola Paulista da Magistratura e na Universidade Secovi-SP.

Ficha Técnica

Presidente

Claudio Bernardes

Coordenação geral

Jaques Bushatsky

José Horácio Cintra Gonçalves Pereira

Edição e Revisão

Maria do Carmo Gregório

Assessoria de Comunicação do Secovi-SP

Direção de Arte

João Paulo Palmieri

Departamento de Marketing do Secovi-SP

Diagramação

Marcos Vinicius Pellegrini

Departamento de Marketing do Secovi-SP

Curador

Jaques Bushatsky

Secretaria

Keila Souza

Jornalista responsável

Maria do Carmo Gregório

MTb: 23.732

Agradecimentos

Adelmo Felizati

Janaína Jardim de Almeida

Juliana Crepaldi

Márcio Valeriano

Monica Andrade

Patrícia Beli de Oliveira

Para anunciar

(11) 5591-1290 / parceiros@secovi.com.br

Contatos Secovi-SP

PABX: (11) 5591-1300

Disque Síndico (11) 5591-1234

PQE (11) 5591-1198/1250

Universidade Secovi: (11) 5591-1221/1172/1284

Câmara de Mediação: (11) 5591-1214

Secovi no Interior

Bauru (14) 3227-2616, Campinas (19) 3252-8505,

Grande ABC (11) 4121-5335, Jundiaí e região (11)

4523-0833, Santos (13) 3321-3823, São José do Rio

Preto (17) 3235-1138, Sorocaba (15) 3211-0730

Vale do Paraíba (12) 3942-9975

A Revista Opinião Jurídica – Direito Imobiliário

é uma publicação da Universidade Secovi-SP

e do PQE (Programa Qualificação Essencial)

Fale conosco

opiniojuridica@secovi.com.br

Os artigos assinados são de exclusiva responsabilidade de seus autores. A reprodução das matérias é admitida, desde que destacadamente citados o autor e a fonte.

Os informes publicitários são de inteira responsabilidade dos anunciantes.

Realização:

