

O DIREITO E A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

COORDENAÇÃO
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM
RUBENS CARMO ELIAS FILHO



O DIREITO E A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

COORDENAÇÃO
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM
RUBENS CARMO ELIAS FILHO

AMORIM, José Roberto Neves, et ELIAS FILHO, Rubens Carmo (Org). **Direito e a Incorporação Imobiliária**. São Paulo: Editora sine nomine, 2016. 104p.



SUMÁRIO

Prefácio	06
Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor	09
Distrato dos Compromissos de Compra e Venda a Construir e seus efeitos	27
OPINIÃO: Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão	34
Responsabilidade por Vícios Construtivos Compra e Venda de Imóvel Diferença de Metragem	41
Mediação como Política Pública de Justiça	48
Extinção do Contrato (Noções Gerais)	53
Responsabilidade por Vícios de Construção	63
Função Social da Empresa e o Princípio de sua Preservação	80
Licenciamento Ambiental e o Consequencialismo	90

PREFÁCIO

Passamos por um conturbado momento da economia brasileira, após, alguns poucos anos de bonança, período em que chegamos a ouvir que estaríamos na fase do “Boom Imobiliário”.

Não há dúvida de que entre os anos de 2008 e 2014, o mercado da incorporação imobiliária frutificou por conta de diversos fatores, entres eles a consolidação do marco regulatório com a instituição do patrimônio de afetação e o aperfeiçoamento da alienação fiduciária de bem imóvel, acompanhado do amadurecimento do mercado secundário de recebíveis imobiliários, abertura do capital de vários players do ramo, além de incentivos fiscais relevantes como a instituição do Regime Especial de Tributação, entre outras providencias bastante benéficas para o incentivo da construção civil.

Por outro lado, em decorrência do aumento da oferta e da procura, o volume de ações imobiliárias majorou ensejando uma série de entendimentos, alguns deles, com o devido respeito, desalinhados da compreensão do funcionamento do mercado, de suas vicissitudes e das próprias vontades e expectativas das partes envolvidas.

Diante desse contexto, em que as decisões judiciais geram, indiscutivelmente, efeitos seríssimos no desenvolvimento do mercado, afetando o produtor e o consumidor, implicando inclusive a reavaliação da estratégia de mercado e praxes contratuais, entidades do setor entenderam ser oportuna a realização de seminário contando com profissionais de reconhecimento nacional

para um franco debate sobre temas relevantíssimos, desde a compreensão do ciclo da incorporação imobiliária, a análise do contrato de incorporação à luz do Código de Defesa do Consumidor, a natureza jurídica e os efeitos dos distratos celebrados, a responsabilidade civil por vícios construtivos, sua abrangência inclusive temporal, os efeitos dos licenciamentos ambientais e dos alvarás de construção e ainda a indispensável fomentação da mediação e conciliação como política pública de justiça.

Como se não bastasse o amplo debate, a produção deste compêndio se fez indispensável para que todas as ideias traçadas pelos ilustres palestrantes fossem registradas e pudessem ser divulgadas de forma eficiente, alcançando todos aqueles que militam na área, seja o magistrado, o promotor de justiça, o defensor público, o advogado e, obviamente, o incorporador e o comprador, objeto do estudo.

A coordenação coube à nós, que logramos desenvolver este encontro, agradecendo a todos os palestrantes pelo enorme envolvimento e dedicação, às entidades apoiadoras e participantes, pela oportunidade de, juntos, buscarmos uma solução de equilíbrio, de interesse da sociedade em geral.

A coordenação
JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM
RUBENS CARMO ELIAS FILHO



ALGUNS
ASPECTOS DOS
CONTRATOS DE
COMPROMISSO
DE VENDA E
COMPRA DE
UNIDADES
AUTÔNOMAS
FUTURAS E O
CÓDIGO DE
DEFESA DO
CONSUMIDOR

ALGUNS ASPECTOS DOS CONTRATOS DE COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE UNIDADES AUTÔNOMAS FUTURAS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

1. INTRODUÇÃO

Não tem o singelo trabalho o propósito de esgotar tema tão amplo e rico como os contratos de venda (ou promessa) de unidades autônomas em construção e o Código de Defesa do Consumidor.

Almeja apenas enfrentar três temas polêmicos e atuais relativos à extinção dos contratos, que provocam dúvidas em todos os que operam no mercado imobiliário.

O mercado imobiliário é cíclico, alternando períodos de franco desenvolvimento e demanda crescente, com períodos de fraca procura e, pior, encalhe de unidades já prontas, ou devolução daquelas já prometidas à venda por força do alto índice de inadimplência dos adquirentes.

Os ciclos sucessivos de aquecimento e de crise provocam ondas de ações judiciais que espelham o momento econômico. Entre os anos de 1.011 e 1.014, período de ouro do mercado imobiliário, as ações tiveram por objeto indenização por atraso de obra e cobrança de taxas ou verbas abusivas. A partir de 2.015, ano que o mercado mergulhou em séria crise, as ações tem por objeto a extinção do contrato por inadimplemento dos adquirentes e a restituição dos valores já pagos.

No momento em que escrevo este texto – maio de 2.016 – o mercado imobiliário passa por momento delicado, de manifesta recessão, não somente em razão de fraca demanda de novas vendas, mas, sobretudo, em razão da retomada das unidades já alienadas, ou prometidas à venda, uma vez que os promitentes compradores não reúnem condições de obter financiamento, e muito menos de honrar o pagamento do saldo remanescente do preço com recursos próprios.

Referido quadro levou a uma onda de extinções dos contratos de promessa de compra e venda celebrados no início da segunda década do Século XXI – entre os anos de 2.011 e 2.014. Isso porque milhares de unidades futuras foram adquiridas na planta, ou em fase de início de construção, momento de extraordinário desenvolvimento e valorização do mercado imobiliário, situação de pleno emprego e crédito abundante. Ocorre que parte expressiva do preço é somente paga – ou

financiada – no momento da entrega das chaves, uma vez que o ciclo de maturação do lançamento e construção de edifícios é elevado.

Entre o momento da celebração do contrato e o momento da entrega das chaves – dois a quatro anos depois – o quadro econômico do país se alterou radicalmente. Saltou de extremo aquecimento para profunda recessão, o que levou ao aumento do desemprego, crescimento do índice de inadimplemento, fechamento dos canais de financiamento, encarecimento do crédito e desvalorização dos imóveis.

Houve aumento explosivo do inadimplemento, e, por consequência, das extinções dos contratos de venda e compra das unidades futuras ou em construção.

Passo a examinar três aspectos polêmicos e atuais da extinção dos contratos em virtude do inadimplemento – ou impossibilidade do pagamento do saldo devedor remanescente por parte dos adquirentes, a saber: (i) a resolução pedida pelo próprio adquirente impossibilitado de pagar o preço, inconfundível com a simples opção de desistência unilateral e imotivada do contrato; (ii) a cláusula resolutiva expressa alterada pela L. 13.097/2015 e sua aplicação; (iii) os distratos a abusividade de cláusulas restituições.

2. A RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INICIATIVA DO ADQUIRENTE INADIMPLENTE E A SUA DISTINÇÃO COM A SIMPLES OPÇÃO DE DESISTÊNCIA UNILATERAL DO CONTRATO

A extinção dos contratos é tratada no Código Civil nos artigos 472 a 481. Tais dispositivos não esgotam todas as possibilidades de extinção dos contratos, que também podem ocorrer por força de invalidade, ou, ainda, pela impossibilidade em razão de caso fortuito e força maior, temas regulados em capítulos diversos do Código Civil.

Reguladas neste capítulo do Código Civil (arts. 472 a 481) e de interesse deste estudo estão o distrato, a resilição unilateral e a resolução do contrato. Os arts. 472 e 473 do Código Civil disciplinam as duas hipóteses de resilição, fundadas na vontade de ambas ou, ao menos, de uma das partes do contrato. O distrato é a resilição bilateral (art. 472). Há também a resilição unilateral, mediante denúncia de uma das partes (art. 473). Já os artigos 474 e seguintes regulam as hipóteses de resolução do contrato, fundadas no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

A distinção fundamental entre a resilição e a resolução, por expressa opção do legislador, se encontra na causa da extinção do contrato, a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Afirma-se que a resolução do contrato por inadimplemento se encontra

sujeita a três pressupostos cumulativos: a) existência de contrato bilateral; b) incumprimento definitivo da obrigação; c) a medida seja pedida por credor não inadimplente.

Admitem-se casos especiais nos quais a resolução, em caráter excepcional, é postulada não pelo credor, mas sim pelo devedor. Tomem-se como exemplos a hipótese do artigo 237 do Código Civil, ou se o credor não pratica os atos necessários para a prestação do devedor, inviabilizando-a. Seria o caso de o credor deixar de entregar a documentação indispensável à lavratura da escritura definitiva de venda e compra, ou à obtenção de financiamento junto a agente financeiro. Embora seja credor de parcela do preço, o devedor pode demonstrar que deixou de cumprir por fato atribuível ao credor ¹.

Acrescenta Ruy Rosado de Aguiar Júnior uma segunda possibilidade de resolução postulada pelo devedor: “ainda admissível a ação de resolução proposta pelo devedor quando caracterizada a impossibilidade temporária, desde que imputável, determinante de situação duradoura e indefinida quanto à sua persistência, para o futuro. A extinção será reconhecida se demonstrado concretamente, pelos dados objetivos do negócio, que a demora fez desaparecer o interesse do credor, ou que a persistência do vínculo submete o devedor a situação intolerável” ².

É o caso dos contratos de unidades autônomas futuras, que repete quadro já enfrentado pelos tribunais em períodos de crise anteriores. . No início dos anos 1.980 ocorreu mais um dos ciclos de crise imobiliária. Milhares de adquirentes não conseguiram pagar as parcelas finais do preço, e nasceu daí um impasse. As construtoras retinham as chaves, em razão do inadimplemento da parcela final. Não pediam, porém, a extinção do contrato, porque como efeito ex tunc da resolução deveriam devolver parte significativa do preço atualizado já desembolsado pelo comprador, o que muitas vezes superava o valor atual de mercado da unidade.

Com o propósito de por fim ao impasse e liberar o adquirente, os tribunais (com votos pioneiros do Tribunal de Justiça de São Paulo, de Relatoria do Desembargador José Osório de Azevedo Júnior) passaram a admitir a resolução do contrato sob o seguinte fundamento, bem descrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior: “o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação da circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio, com base nos arts. 317 e 478do Código Civil. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente aos contratos de longa duração para aquisição das unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das

⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾ **RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR**, *Comentários ao Novo Código Civil, diversos autores coordenados por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Gen Forense, vol VI, tomo II, p. 615*

prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para atualização dos salários. Os tribunais de São Paulo foram os primeiros a admitir a procedência dessas ações, e seus acórdãos têm sido confirmados no Superior Tribunal de Justiça”³.

O entendimento acima resumido se encontra absolutamente sedimentado nos tribunais e gerou diversas Súmulas. Reproduzo três delas, elaboradas pelo Tribunal de Justiça de São Paulo:

- Súmula 1: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas 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.;
- Súmula 2: A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição;
- Súmula 3: Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 543, com o seguinte verbete:

- 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. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015)

Em especial os verbetes da Súmula 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ podem criar a falsa impressão que o promitente comprador tem o direito potestativo e imotivado de simplesmente denunciar de modo unilateral o contrato, se este não for mais de seu interesse.

Não é bem assim. São inconfundíveis as figuras da resolução e da rescisão. Ambas levam à extinção do contrato, mas por fundamentos e com efeitos diferentes.

A rescisão unilateral (art. 473 CC), mediante denúncia, consiste na “manifestação de vontade de uma das partes, em contratos de prestações duradouras,

⁽⁴⁾ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 6ª. Edição Almedina, 1.994, p. 263

dirigida à sua não renovação ou continuação”⁴. Tem natureza de negócio jurídico unilateral receptício, de origem contratual ou legal, pelo qual se exerce o poder, livre ou vinculado, de extinguir o contrato, com efeitos ex nunc. Tem a natureza de direito potestativo de um dos contratantes por fim ao contrato, de interferir na esfera jurídica do outro, sem que este nada possa prestar, ou cumprir, para evitar tal fato. Não há pretensão, mas sim sujeição. A denúncia legal, segundo o art. 473, é feita naqueles casos em que a lei expressa ou implicitamente permite, em favor de uma das partes, ou de ambas. Tanto o Código Civil, como diversas leis especiais, contêm dezenas de hipóteses de denúncias por previsão expressa. Tomem-se como exemplos, no Código Civil, os contratos de doação (art. 557), locação de coisas (art. 571), comodato (art. 581), depósito (art. 633), mandato (art. 682, I), distribuição (art. 720), transporte (art. 740), e em leis especiais, a locação urbana (L. 8.245/91, arts. 46, 47), o plano de saúde (L. 9.656/98, art. 13), o arrependimento do consumidor nas aquisições de bens feitos à distância (art. 49, L. 8.078/90), entre outros. A denúncia legal implícita (tácita) a que alude o art. 473 do Código Civil decorre da própria natureza de determinados contratos, típicos ou atípicos. São casos em que a confiança constitui um de seus elementos, ou, então, de contratos de execução diferida e de prazo indeterminado, especialmente os contratos de execução sucessiva, ou continuada⁵. Não deseja o legislador a persistência de vínculos perpétuos, e nem a continuidade do vínculo, se desapareceu a confiança, e exerce esta papel fundamental no fim no negócio.

Já a resolução do contrato tem causa no inadimplemento (474/475) ou na onerosidade excessiva (479/481), como acima visto. Pode ocorrer, ainda, por fato não imputável a qualquer das partes, como, por exemplo, por impossibilidade superveniente do cumprimento da prestação.

Não resta dúvida que a rescisão unilateral, mediante denúncia de uma das partes, constitui exceção ao princípio da força vinculativa dos contratos, pois permite, em razão de previsão legal expressa ou implícita, que um dos contratantes, sozinho, ponha fim a um contrato nascido pelo consenso.

⁽⁵⁾ Cabe aqui classificar o contrato quanto ao modo de execução, que nem sempre tem tratamento homogêneo na doutrina: execução imediata é a que se dá ato contínuo ao nascimento do contrato; execução diferida, a prestação ocorre a termo, só se extinguindo a obrigação com sua solução; na execução instantânea, a solução de faz de uma só vez (a compra e venda à vista é o exemplo de contrato de execução imediata e instantânea); na execução de duração (repartida, ou fracionária), não há prestação única, mas dividida (exemplo, a venda em parcelas, ou a prazo); a execução é distribuída no tempo, mas a obrigação é única; execução sucessiva, ou contínua, persiste a obrigação, embora com soluções periódicas; prestação só tem efeito liberatório quanto a período determinado; ela se renova em prestações singulares, em períodos consecutivos; as prestações estão ligadas a frações de tempo, gozando de certa independência entre si (ex: locação)

O compromisso de compra e venda não é – salvo previsão expressa pactuada entre as partes – daqueles contratos que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

Disso decorre que a cláusula de arrependimento ou a opção de denúncia devem ser expressamente previstas no contrato. Podem importar na perda do sinal pago, como nas arras penitenciais, ou nem isso. O que importa é que, no silêncio do contrato, não há possibilidade de arrependimento unilateral de qualquer das partes. Em relação aos imóveis loteados (art. 25 da Lei n. 6.766/79), norma de ordem pública impõe que os contratos sejam irretroatáveis. Logo, sob tal regime em loteamentos, eventual cláusula se considera não escrita e não impede o registro nem a aquisição do direito real.

A realidade é que o entendimento dos Tribunais, consolidado em centenas ou milhares de Acórdãos e súmulas de jurisprudência, ao afirmarem o cabimento da resolução do contrato de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador inadimplente, partem da premissa da impossibilidade de cumprimento pelo adquirente.

Dizendo de outro modo, os tribunais jamais converteram o contrato preliminar de compromisso de compra e venda em contrato unilateral (art 466 CC), também chamado de opção, no qual somente uma das partes se obriga a celebrar posteriormente o contrato definitivo.

Também não passaram os tribunais a admitir cláusula de arrependimento implícita, ou mesmo decorrente diretamente da lei ou do sistema, pela qual o promitente comprador tem, a qualquer tempo, a opção de, mediante singela denúncia, desligar-se do contrato, sem a aquiescência do promitente vendedor.

Mais uma vez repito que o fundamento para o promitente comprador postular a extinção do contrato é a impossibilidade própria não imputável de seu cumprimento, aferível à luz do caso concreto.

A quem cabe a prova da impossibilidade superveniente? Parece claro que tal prova se encontra a cargo do promitente comprador, por se tratar de eximente de responsabilidade, equiparável ao fortuito ou à força maior.

Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convenicionado no momento da celebração, devidamente atualizado.

Se o caso concreto não é de impossibilidade de cumprimento, mas de mera conveniência, ou de desistência imotivada do adquirente, inexistente direito potestativo de pedir a extinção do contrato.

Lembro, porém, que ainda que a extinção se dê por iniciativa do promitente vendedor, com fundamento no inadimplemento do promitente comprador, o retorno das partes ao estado anterior será inevitável, como efeito natural da resolução de contrato de execução diferida e fracionada. O adquirente perderá os direitos sobre a unidade, e o alienante devolverá as parcelas atualizadas do preço, abatidas as perdas e danos decorrentes do inadimplemento.

Na verdade, quer em razão de inadimplemento, quer em razão de impossibilidade superveniente, haverá a extinção da relação obrigacional. A diferença essencial é quanto aos efeitos dessa extinção. A impossibilidade inimputável libera o devedor e o desonera de reparar os prejuízos, pois inexistente mora de sua parte. A impossibilidade imputável ao devedor faz acompanhar a resolução da composição de perdas e danos contra o devedor. Os efeitos restituitórios da resolução, fazendo as partes retornar ao estado anterior, porém, ocorrerão independentemente de culpa de qualquer dos contratantes.

Um dos mais severos problemas que enfrentam as construtoras e incorporadoras os promitentes vendedoras no momento atual é a menção feita no corpo da Súmula 543 do STJ, no sentido de devolução imediata da totalidade (se quem deu causa foi o alienante) ou de parte (se quem deu causa foi o adquirente) das parcelas do preço. Não resta dúvida que em momento de crise de liquidez e de dificuldade de repor a unidade no mercado, a pronta restituição de parcelas do preço pode comprometer o caixa das empresas. De outro lado, extinto o contrato, deslocar para o adquirente o risco e a demora na revenda da unidade a terceiros seria impropor-lhe severo ônus. Razoável em tal situação a ponderação de interesses e de riscos, mediante fixação de prazo razoável para restituição das parcelas do preço, mas sem condicioná-las à prévia nova comercialização da unidade para terceiros.

3. A CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA E A L. 13097/15

O segundo tema a ser enfrentado nesse breve artigo é da cláusula resolutiva expressa alterada pela L. 13.097/2015 e alguns aspectos de sua aplicação.

A Lei Federal nº 13.097/2015 dispõe em seu artigo 62 o seguinte:

“Art. 62. O art. 1o do Decreto-Lei no 745, de 7 de agosto de 1969, passa a vigorar com a seguinte redação: (Vigência)

“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”.*

A modificação introduzida é de extrema relevância e merece algumas considerações quanto a determinados aspectos polêmicos.

O primeiro aspecto diz respeito à abrangência da alteração legislativa, que atingiu apenas e tão somente os contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados.

Isso porque, como é sabido, o compromisso de compra e venda tem, hoje, tríplex regime jurídico, de acordo com a natureza do imóvel. Lamentavelmente, a disciplina de contrato tão frequente não foi unificada no Código Civil, que regule apenas o direito real de promitente comprador nos artigos 1.417 e 1.418.

O primeiro regime é o dos imóveis urbanos loteados, regulados pela Lei n. 6.766/79, conhecida como Lei do Parcelamento do Solo Urbano, recheada de normas protetivas de ordem pública. Cabe a ressalva de que tal regime jurídico se restringe somente aos imóveis urbanos, pois imóveis situados em loteamentos rurais são regidos por regime diverso (Dec.-Lei n. 58/37). Além disso, somente se aplica aos compromissos celebrados entre o loteador e o primeiro promitente comprador. Caso seja o lote revendido, a relação entre o primeiro e o segundo adquirente se converte, para efeitos de disciplina legal, em imóvel não loteado.

O segundo regime jurídico é o dos imóveis não loteados, regulados por partes de diversas leis especiais, o que em nada facilita o seu estudo. Aplicam-se determinados dispositivos, relativos à adjudicação, constituição em mora e resolução, do Decreto-Lei n. 58/37, que originalmente regulava apenas os imóveis loteados, até o advento da Lei n. 6.766/79. Por força de diversas leis posteriores (Lei n. 649/49, Lei n. 4.380/64 e Dec. n. 745/69), determinadas regras se estenderam aos imóveis não loteados.

O terceiro regime jurídico é o dos imóveis incorporados, regulados pela Lei n. 4.591/64, em especial o art. 63, e L. 4.864/65, que tratam da constituição em mora e da resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidades autônomas em construção.

Além do triplo regime jurídico primário, de acordo com a natureza dos imóveis prometidos à venda – loteados, não loteados e incorporados a preço de custo(retirar) – aplicam-se de modo supletivo as regras ou do Código Civil, ou do Código de Defesa do Consumidor, conforme a natureza da relação jurídica, de direito comum ou de consumo.

A recente Lei Federal nº 13.097/2015 alterou somente forma a resolução do contrato de compromisso de compra e venda dos imóveis não loteados, deixando incólumes os demais regimes jurídicos (imóveis loteados e em incorporação imobiliária). A resolução do contrato, que exigia sentença judicial, passou a ser de “pleno direito”, ou seja, a operar extrajudicialmente.

O artigo 474 do Código Civil diz apenas que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”. A fórmula, sintética, é notoriamente insuficiente para regular tema de tamanha complexidade e relevância, deixando margem a inúmeras dúvidas.

Trata-se da resolução convencional, pela qual os contratantes estipulam a dissolução do contrato, sem necessidade de intervenção judicial, em razão de fatos supervenientes ao negócio. Resolver de pleno direito, na expressão da lei, significa dissolver-se o contrato sem necessidade da parte inocente vir a juízo pleitear a resolução⁶. É mecanismo vigoroso de extinção dos contratos, mas foi ajustado pelas partes com fundamento na autonomia privada. Diante dos claros termos do art. 474, não tem razão parte da doutrina, ao exigir que na hipótese de resolução convencional se exija pronunciamento judicial⁷. Há entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “o contrato com cláusula resolutiva expressa, para ser rescindido por inadimplemento, dispensa a rescisão formal pelo Poder Judiciário”⁸. Eventual necessidade de o credor recorrer ao Poder Judiciário para pedir a restituição da prestação já cumprida, ou devolução da coisa entregue, ou perdas e danos, não tem efeito desconstitutivo do contrato, mas meramente declaratório de relação já extinta por força da própria convenção entre as partes.

Note-se que o contrato, segundo a alteração em estudo, se resolverá de pleno direito, sem interferência judicial. Essa resolução, todavia, não se dá de modo automático, pelo só fato do inadimplemento do promitente comprador, independentemente de qualquer outra providência.

Cláusula resolutiva expressa e condição resolutiva são institutos inconfundíveis entre si. A cláusula resolutiva expressa não extingue automaticamente o contrato, mas apenas abre ao credor o direito de optar entre execução da prestação e a resolução. A condição resolutória, ao contrário, não depende de nova manifestação de qualquer dos contratantes, pois extingue o contrato de modo automático, por força de lei⁹.

⁽⁶⁾ **ARAKEN DE ASSIS**, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, coordenado por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, Rio de Janeiro, vol. 7, p. 591

⁽⁷⁾ *Entre outros*, **CARLOS ROBERTO GONÇALVES**, *Direito Civil Brasileiro*, Saraiva, 2.004, vol. III, p. 158

⁽⁸⁾ *STJ, REsp 64.170-SP, Rel. Min Eliana Calmon*

⁽⁹⁾ **ANTEO E. RAMELLA**, *La resolución por incumplimiento*, 2ª. reimpression Ástrea, Buenos Aires, 1.979, p. 18

Essa a razão pela qual reclama a lei a notificação do promitente comprador, para purgar a mora no prazo de quinze dias. Como diz Caio Mário da Silva Pereira, “descumprido o contrato bilateral, abre-se uma alternativa para ao lesado, para exigir sua execução ou resolvê-lo com perdas e danos”¹⁰. A notificação serve exatamente para transmitir ao devedor a alternativa escolhida pelo credor.

Interessante aqui frisar a frequente confusão que doutrina e jurisprudência fazem no tocante à interpelação para a constituição em mora do devedor e para converter a mora em inadimplemento absoluto. O artigo 398 do Código Civil regula a hipótese da chamada mora “ex persona”, que exige, para sua configuração, nas obrigações sem prazo assinado, a interpelação, notificação ou protesto ao devedor. Muitas vezes, porém, prestações líquidas e a termo são acompanhadas de interpelações, para constituição, segundo a linguagem corrente, do devedor “em mora”. Tomem-se os casos do compromisso de compra e venda e da alienação fiduciária em garantia, de grande utilização na vida econômica. Na verdade, referidas interpelações servem para a conversão da mora, que é “ex re”, em inadimplemento absoluto. Tanto isso é verdade que o pagamento das parcelas fora da data aprazada, mas antes da interpelação, certamente será acrescida dos juros e multa moratórios¹¹. Em termos diversos, essas interpelações, conhecidas como admonitórias, ou cominatórias, são um ônus imposto ao credor que pretenda converter a mora em inadimplemento absoluto e, com isso, abrir caminho para o exercício do direito potestativo de resolução.

Como devem dar-se essas notificações de conversão da mora em inadimplemento absoluto? A própria alteração legislativa é clara a respeito: mediante interpelação judicial ou por oficial de títulos e documentos.

A dúvida que surge é outra. Quem certificará o transcurso do prazo para a purgação da mora? A meu ver, não há necessidade de certificação pelo oficial de títulos e documentos ou pelo juiz, de que o pagamento não foi feito. Isso porque o pagamento não é feito em juízo, ou em cartório, mas sim no domicílio do credor (portable) ou no domicílio do devedor (querable), de acordo com o que ajustaram as partes. No silêncio do contrato, no domicílio do devedor.

Não há necessidade de o credor demonstrar o não pagamento para dar o contrato por extinto, ou pedir a averbação do cancelamento de seu registro junto ao Oficial de Registro de Imóveis. Cabe ao devedor provar que o pagamento foi feito, caso pretenda questionar o cancelamento.

⁽¹⁰⁾ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 11ª. Edição Forense, Rio de Janeiro, vol. III, p. 156

⁽¹¹⁾ JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JÚNIOR, *Compromisso de Compra e Venda*, in *Contratos Nominados – Doutrina e Jurisprudência*, coordenado por Youssef Cahali, Editora Saraiva, 1.995, p. 286.

Não me parece adequada e nem se ajustar à alteração legislativa a proposta de se levar os contratos de compromisso de compra e venda ao tabelião de protestos. O protesto do título representativo da dívida atestaria o não pagamento e abriria caminho para a extinção do contrato e a consequente averbação do cancelamento do registro junto ao Oficial de Registro de Imóveis. A razão de tal inadequação é simples. A notificação deve conter o valor do crédito em aberto, o cálculo dos encargos contratuais cobrados, o prazo e local de pagamento e, principalmente, a explícita advertência de que a não purgação da mora no prazo de quinze dias acarretará a gravíssima consequência da extinção do contrato por resolução.

É manifestamente insuficiente, portanto, o singelo protesto do título representativo da dívida não paga no tríduo legal, sem dele constar o indispensável alerta ao devedor dos severos efeitos da falta de purgação a mora.

Duas outras questões decorrentes da alteração legislativa se colocam e parece adequado enfrentá-las.

A primeira diz respeito à aplicação da lei no tempo. A alteração que modifica a resolução do contrato, permitindo a cláusula resolutiva expressa, alcança os contratos celebrados anteriormente à sua vigência? A resposta é negativa. Ao contrário do que possa parecer a um primeiro e desavisado exame, a norma do artigo 62 da Lei Federal nº 13.097/2015 é de direito material, e não de direito processual. Não regula o processo de resolução, mas sim muda o mecanismo de direito material de resolução. Antes da alteração, existia norma cogente a exigir a resolução judicial do contrato. Após a alteração, se admite a aposição de cláusula resolutiva expressa, que opera sem intervenção judicial.

A mudança se deu com a finalidade de operar o cambio dos mecanismos de extinção do contrato. Exigia a lei resolução judicial, com os mesmos requisitos da cláusula resolutiva tácita (art. 475 CC) e cambiou para a resolução de pleno direito (art. 474 CC), sem intervenção judicial. Como se vê, câmbio de direito material, relativo à extinção dos contratos.

Significa dizer que a alteração legislativa do artigo 62 acima transcrito somente se aplica aos contratos celebrados após a vigência da lei nova, jamais aos contratos celebrados em data anterior.

Pode-se indagar. E os contratos celebrados em data anterior, mas que já continham cláusula resolutiva expressa? Essa cláusula, na verdade, era inoperante e considerada não escrita, pois violava norma de ordem pública. Se a cláusula era nula, evidente que não se convalida pela superveniência de legislação permissiva. O contrato gera ato jurídico perfeito, de modo que se mantém incólume às alterações legislativas supervenientes, não são dotadas de efeito retroativo, pena de violarem garantia constitucional do direito adquirido.

A última questão que merece ser abordada diz respeito a eventual abusividade da cláusula resolutiva expressa, em suposta afronta ao artigo 51, inciso XI do Código de Defesa do Consumidor (autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor). Não parece ocorrer violação a tal dispositivo, uma vez que o cancelamento unilateral do contrato aparentemente se refere à hipótese de rescisão mediante denúncia vazia, e não de resolução por inadimplemento. O que veda a lei é a extinção unilateral do contrato, por ato de vontade unilateral de um só dos contratantes, e não a extinção fundada em inadimplemento.

O que se pode questionar, e com razão, é se ocorrerá desequilíbrio contratual se o contrato contiver cláusula resolutiva expressa somente na hipótese de inadimplemento de prestação devida pelo promitente comprador consumidor, mas não na hipótese de inadimplemento de prestação devida pelo promitente vendedor fornecedor. Tome-se como exemplo o atraso na entrega das obras. Deverá existir simetria de cláusulas resolutórias, para as hipóteses de inadimplementos de ambos os contratantes, no que se refere às respectivas prestações que devam adimplir. Haveria intolerável desequilíbrio se o inadimplemento da prestação de pagamento do preço fosse sancionado com cláusula resolutória expressa, mas o inadimplemento da prestação de entrega da unidade no prazo fosse sancionado com cláusula resolutória mediante intervenção judicial. A severidade dos mecanismos resolutórios deve ser a mesma para os descumprimentos das prestações devidas por ambas as partes no contrato.

Note-se que criou a alteração legislativa mecanismo mais vigoroso e célere de extinção dos contratos de compromisso de compra e venda de imóveis não loteados na hipótese de inadimplemento do pagamento do preço.

Extinto o contrato sem intervenção judicial, não soluciona a mudança legislativa os efeitos *ex tunc* da resolução, especialmente o retorno das partes ao estado anterior.

A resolução do contrato extingue o vínculo e libera os contratantes, com efeito retroativo. Na lição de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, a resolução destrói a relação desde a celebração (*ex tunc*) e tem dois efeitos principais: libera credor e devedor das prestações correspectivas e permite a restituição das prestações efetuadas”¹². Embora os artigos 474 e 475 do Código Civil, lamentavelmente, sejam omissos quanto aos efeitos da resolução, a solução é aceita de modo uniforme pela doutrina e jurisprudência, com inspiração em legislações estrangeiras.

⁽¹²⁾ *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, 2ª. Edição AIDE, p. 257

Dizendo de outro modo, o contrato desaparece, mas nasce automaticamente uma relação de liquidação entre os contratantes, com o escopo de assegurar o retorno ao estado anterior. Discute-se a natureza da liquidação, se simples transformação da relação anterior, ou uma nova relação jurídica. O melhor entendimento é no sentido de se tratar de nova relação, nascida, porém, da resolução, como efeito legal.

Problema de maior relevância se encontra na cláusula penal compensatória, cujo limite cogente é o valor da própria obrigação, nos termos do art. 412 do Código Civil. Comum, nos contratos de execução diferida e fracionada, em especial no compromisso de compra e venda, que a cláusula compensatória, chamada também de decaimento ou de perdimento, corresponda à perda das parcelas do preço já pagas pelo promitente comprador. O mecanismo provoca situação de contradição lógica, pois, quanto mais o promitente comprador paga, mais perde. É por isso que os tribunais, com fundamento nas normas cogentes dos arts. 53 do Código de Defesa do Consumidor e 413 do Código Civil, reduzem a multa, com ou sem pedido do promitente comprador. No direito contemporâneo, a cláusula penal compensatória somou uma terceira finalidade às duas – prefixação de perdas e danos e reforço do vínculo – já consagradas pela doutrina. Passou a ser instrumento de justiça contratual, mecanismo de recuperação do equilíbrio rompido com o inadimplemento. O art. 413 do Código Civil dá a exata dimensão da nova e primordial função da cláusula penal, determinando critérios de redução com base na excessiva onerosidade e cumprimento parcial e útil ao credor.

Se o adquirente estiver já imitado na posse da unidade, a ação judicial se limitará à reintegração. Isso porque a posse do promitente comprador, que tinha a natureza direta e justa (art. 1.198 CC), se tornará injusta, porque precária, em virtude da extinção do contrato (artigo 1.200 CC).

De outro lado, deverá o promitente vendedor restituir as parcelas do preço já recebidas, abatidas as perdas e danos decorrentes do inadimplemento. Como a resolução se operou sem intervenção judicial, quem arbitrará as perdas e danos? Caso não haja consenso entre as partes, a fixação das perdas e danos e das parcelas do preço a serem restituídas será feita mediante ação judicial, por iniciativa do promitente comprador.

Surge então questão final: caso o promitente vendedor não tenha restituído das parcelas do preço, abatidas as perdas e danos, poderá desde logo reintegrar-se na posse do imóvel? Ainda no dizer de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “as restituições devem ser simultâneas, toma lá, dá cá... Na fase de execução da sentença, a parte obrigada a restituir pode recusar-se ao ato até que a outra cumpra, simultaneamente, ou pedir a compensação, quando cabível”¹³. Como

⁽¹³⁾ RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, 2ª. Edição AIDE, p. 261

a simultaneidade das devoluções integra o equilíbrio do contrato, é matéria de ordem pública, cognoscível ex officio pelo juiz. Disso decorre que poderá o promitente comprador invocar em defesa direito de retenção, até que exista decisão de acertamento de devolução das parcelas a serem restituídas. Tal acertamento pode ser feito na própria ação de reintegração de posse, sem necessidade do ajuizamento de ação autônoma.

4. O DISTRATO E A POSSIBILIDADE DE CLÁUSULAS ABUSIVAS NO NEGÓCIO EXTINTIVO

Para encerrar o breve estudo, abordo um último tema atual, que diz respeito aos distratos celebrados para extinguir os contratos de compromisso de compra e venda.

O distrato (artigo 472 CC), nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, nada mais é do que “a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo. É o contrario consensus dos romanos, gerando o contrato liberatório”¹⁴. A mesma vontade que criou o contrato pode atuar em sentido inverso, para dissolver o vínculo e restituir a liberdade às partes, como expressão da autonomia privada. É a dissolução consensual do contrato. A definição de distrato se encontra inserta na própria definição de contrato, como acordo para constituir regular, ou extinguir relações jurídicas patrimoniais.

O distrato – resilição bilateral – está regulado em singelo dispositivo: “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”.

Como contrato liberatório, o distrato se sujeita aos mesmos requisitos de validade do negócio jurídico. A capacidade que se exige para contratar é a mesma para distratar. De igual modo, o objeto do distrato deve ser lícito e a forma a prescrita em lei. Nada impede a celebração de distrato preliminar, ou promessa de distratar, sujeito às mesmas regras dos arts. 462 e seguintes do Código Civil, inclusive ensejando execução específica, com sentença substitutiva de vontade¹⁵.

⁽¹⁴⁾ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, 11^a. Edição forense, Rio de Janeiro, 2.003, vol. III, p. 151

⁽¹⁵⁾ a favor da possibilidade de promessa de distrato, Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de direito Civil, Fontes das obrigações: contratos*, vol III, 6^a. Edição Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1.996, p. 202, também Araken de Assis, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, coordenado por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, Rio de Janeiro, vol. 7, p. 569

O objeto do distrato é amplo: o que pode ser contratado pode ser dissolvido. Necessário, porém, que os efeitos do contrato ainda não se encontrem exauridos pelo cumprimento¹⁶. Afrânio de Carvalho, nesse particular, observa que “o distrato da compra e venda inscrita, com devolução do preço pago, importa em compra e venda regressiva, sujeitando-se aos mesmos requisitos da primeira, inclusive o pagamento do imposto de transmissão e a nova inscrição”¹⁷. Assim, se na compra e venda imobiliária a escritura foi lavrada, registrada e pago o preço, não mais se cogita de distrato, mas sim de revenda, sujeita a nova incidência de ITBI¹⁸.

Cláusulas abusivas que maculam o contrato também maculam o distrato, de modo que podem ser consideradas não escritas, aplicando-se a regra do art. 184 do Código Civil e o princípio da preservação do negócio (*utile per inutile non vitiatur*), respeitada a intenção das partes. Comum a situação de inserção em distratos de cláusulas em que consumidor renuncia à indenização que lhe é devida por norma cogente. Embora persista divergência no Superior Tribunal de Justiça, o melhor entendimento é no sentido de ser “inaceitável transação que contrarie os princípios básicos do direito e as disposições legais vigentes. Não se admite como válido o distrato de promessa de compra e venda segundo o qual o promissário comprador recebe a devolução das parcelas pagas sem correção monetária”¹⁹. Em outro precedente, ficou assentado que “a jurisprudência deste STJ considera abusivo o distrato do contrato de compra e venda de imóvel realizado mediante a entrega de carta de crédito a ser utilizado para aquisição de imóvel da mesma construtora. O adquirente tem direito a devolução, em espécie, dos valores pagos com a retenção de 25% em favor da empresa”²⁰. Em suma, o distrato, como negócio liberatório, também se sujeita aos princípios cogentes da boa-fé objetiva, função social e equilíbrio, assim como normas protetivas ao consumidor, temas cognoscíveis ex officio pelo juiz e, com maior razão, argúveis pela parte prejudicada²¹.

⁽¹⁶⁾ **ARAKEN DE ASSIS**, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, coordenado por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, Rio de Janeiro, vol. 7, p. 555

⁽¹⁷⁾ *Registro de Imóveis*, Forense, 4ª ed., 1998, pág. 92

⁽¹⁸⁾ **CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA**, *Instituições de Direito Civil*, 11ª. Edição forense, Rio de Janeiro, 2.003, vol. III, p. 152

⁽¹⁹⁾ REsp 331346 / MG, Ministra NANCY ANDRIGHI, j. 15/10/2001;

⁽²⁰⁾ AgRg no REsp 525444 / MG, Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 02/04/2009; REsp 437607 / PR, Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, j. 15/05/2007; em sentido contrário, não há nulidade “na cláusula do distrato de que resulte haver a parte transigido, recebendo, como reembolso, importância menor do que a que lhe seria devida. Hipótese que não se confunde com a disposição contratual em que se estabeleça não ter a parte direito ao reembolso integral, em caso de desfazimento do contrato” (REsp nº 158.036/DF, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 22/3/99); REsp 556656 / PR Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 28/06/2004)

⁽²¹⁾ Gustavo Tepedino, Heloísa Helena Barbosa e Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, Renovar, Rio de Janeiro, 2.006, volII, p. 113

Do que acima se disse pode-se tirar a conclusão que os distratos, como contratos liberatórios, também podem conter cláusulas abusivas, a merecer questionamento e eventual invalidação pelo Poder Judiciário.

Não resta dúvida que os distratos, especialmente os celebrados por ocasião da parcela inadimplida de entrega das chaves, são precedidos de intensa negociação a respeito do retorno das partes ao estado anterior. Nada impede as partes de ajustar o valor e o modo de restituição das parcelas, assim como as perdas e danos derivadas do inadimplemento.

O que não se tolera é a imposição de perdas muito superiores àquelas decididas usualmente pelos tribunais, especialmente levando em conta a vulnerabilidade do consumidor. Dizendo de outro modo, não é o distrato válvula de escape para fazer valer cláusulas penais de perdimento de prestações já pagas que seriam reduzidas judicialmente, porque excessivas ou abusivas, ou mesmo a consolidação da cobrança de verbas de duvidosa legalidade (SATI, comissão de corretagem, etc.).

De todo recomendável que os distratos, ao fixarem as perdas e danos, o façam de modo discriminado, especificando a quais verbas se referem e quais os respectivos valores. Relevante conhecer quais os prejuízos realmente sofridos pelo promitente vendedor, que serão compensados com as parcelas do preço a serem devolvidas. A ausência de tal cuidado quanto a tal ponto pode violar dois direitos básicos do consumidor – informação e transparência – que pode macular de invalidade o que foi ajustado entre as partes.

Devem ter as construtoras e incorporadoras em mente que as mesmas regras consideradas abusivas e invalidadas pelos tribunais no momento do nascimento do contrato padecerão dos mesmos vícios se ajustadas no momento da extinção, mediante acordo liberatório.

São estas, em resumo, as breves e práticas considerações que me propus fazer sobre três temas atuais que afetam os contratos de compromisso de compra e venda de unidades autônomas futuras.

BIBLIOGRAFIA

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor – resolução – de acordo com o novo Código Civil*, 2ª. Edição AIDE Editora, Rio de Janeiro, 2.003

Aguiar Júnior, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil, diversos autores coordenados por Sálvio de Figueiredo Teixeira, Editora Gen Forense, vol VI, tomo II*

Almeida Costa, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*, 6ª. Edição Almeida, 1.994

Assis, Araken de. *Comentários ao Código Civil Brasileiro, coordenado por Arruda Alvim e Thereza Alvim, Forense, Rio de Janeiro, vol. 7, p. 562*

Carvalho, Afrânio de. *Registro de Imóveis, Forense, 4ª ed., 1998*

Gonçalves, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 2.004, vol. III*

Grasso Biagio. *Eccezione D'inadempimento e Risoluzione del Contrato*, Jovene Editore, 1.993,

Loureiro, Francisco Eduardo. *Responsabilidade civil no compromisso de compra e venda, in Responsabilidade civil e sua repercussão nos tribunais, diversos autores coordenados por Regina Beatriz Tavares da Silva, 2ª. Edição Saraiva, 2.009*

Miranda, Francisco Cavalcante Pontes de. *Tratado de direito Privado, 3ª, Edição, 2ª. Reimpressão RT, São Paulo, 1.984, vol. 38, par. 4.248, p.337*

Mosco Luigi. *La Resolución de los Contratos por Incumplimiento*, Dux Ediciones e Publicaciones S/A, Barcelona,

Pereira, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, 11ª. Edição forense, Rio de Janeiro, 2.003, vol. III*

Pisciotta, Giusepipna. *La Risoluzione per Inadempimento, Serie Il Diritto Privato Oggi, a cura di Paolo Cendon, Giuffrè Editora, Minano, 2.000*

Ramella, Anteo E. *La resolución por incumplimiento, 2ª. reimpression Ástrea, Buenos Aires, 1.979,*

Roppo, Vincenzo. *Il contratto, in Trattato di Diritto Privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti, Giuffrè Editore, Milano, 2.001*

Tepedino, Gustavo. Barbosa, Heloísa Helena e Bodin de Moraes, Maria Celina. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República, Renovar, Rio de Janeiro, 2.006, vol II*



DISTRATO DOS
COMPROMISSOS
DE COMPRA
E VENDA A
CONSTRUIR E
SEUS EFEITOS

DISTRATO DOS COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA A CONSTRUIR E SEUS EFEITOS

CARLOS ALBERTO GARBI

DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO

A compra da casa própria continua sendo um sonho brasileiro. As dificuldades para aquisição do imóvel persistem na economia brasileira. São inúmeras as causas dessa dificuldade e entre elas está certamente a baixa renda, as constantes oscilações das políticas de crédito e o estímulo do Governo à construção civil. Tudo somado aos problemas econômicos e sociais de um grande país em desenvolvimento levam a um déficit habitacional resistente a todas as políticas implementadas nos últimos anos ao lado de uma demanda de consumo reprimida, muito embora se verifique alguma melhora nesse quadro, especialmente em relação às moradias de baixa renda.

De acordo com estudo feito pela Fundação Getúlio Vargas para o Sinduscon-SP, embora o programa “Minha Casa, Minha Vida” tenha reduzido, em cinco anos, o déficit habitacional do país em 8%, o número de famílias de baixa renda sem habitação adequada continuará crescendo, estimando-se em R\$ 76 bilhões ao ano o volume de recursos necessários para atender um milhão de famílias ao ano. Em 2012 o déficit habitacional das famílias de baixa renda foi calculado em 5,2 milhões (fonte Jornal Valor por Juliana Elias: <http://www.valor.com.br/brasil/3733244/fgv-brasil-precisa-de-r-76-bi-ao-ano-para-zerar-deficit-habitacional>). Esses números são suficientes para indicar a dimensão do problema que representa hoje para a sociedade brasileira a questão da moradia.

Pressionadas pela necessidade, famílias empenharam todas as suas economias para a compra de imóveis nos últimos anos, motivadas pelo aumento da oferta e as facilidades de crédito que em certo momento o mercado apresentou. Ocorre que a economia brasileira mudou substancialmente e os adquirentes de imóveis perderam renda e emprego, tornando o sonho da casa própria mais distante. Decorre desta dramática situação uma patologia jurídica que afeta a economia das empresas do setor da construção civil, com reflexos diretos nos Tribunais, que é o inadimplemento dos contratos.

Todos sabemos que entre os imóveis mais procurados nos grandes centros urbanos estão os apartamentos por construir e sobre os negócios desses imóveis é que tem se manifestado mais fortemente o inadimplemento, que levou as construtoras e incorporadoras a pedir a resolução dos contratos e aos próprios adquirentes a procurar desfazer esses contratos. Em muitos casos as partes chegaram a fazer o *distrato*.

No entanto, temos visto chegar ao Tribunal muitas causas envolvendo o *distrato*. São adquirentes que não aceitam as perdas que sofreram quando assinaram o acordo de desfazimento do contrato, levando o Tribunal a decidir sobre os efeitos desse negócio.

No direito brasileiro se verifica alguma incerteza sobre o direito das partes nessas relações de compra e venda e respectivo compromisso de imóveis oferecidos no mercado de consumo. De um lado o Código de Defesa do Consumidor estabelece no art. 53 que “*nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado*”. E de outro lado o Código Civil é claro ao afirmar no art. 389 que “*não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos*”.

Portanto se ao adquirente é assegurado não perder tudo o que pagou, ao compromissário vendedor é garantida a reparação dos danos causados pelo inadimplemento. Aqui estão os elementos da equação que deve ser resolvida no *distrato*. Integra essa equação a natureza cogente e a ordem pública inerente às disposições do Código de Defesa do Consumidor, que prevalece sobre a própria vontade manifestada pelo adquirente nas relações de consumo.

O *distrato* é um acordo de vontades dirigido a desfazer o contrato e está previsto expressamente no art. 472 do Código Civil. A mesma vontade que atuou para formar o contrato, pode agora atuar para desfazer o negócio. É expressão da autonomia privada. Exige o Código Civil somente que o *distrato* se faça pela mesma forma exigida para o contrato. É uma espécie de simetria relativa de forma que o Código Civil adotou.

É necessário para o *distrato* que se observem os mesmos requisitos de validade dos negócios jurídicos em geral, especialmente a capacidade e o poder de disposição patrimonial das partes. Outro requisito de validade do *distrato*, que se mostra evidente, é que ele se faça pelas mesmas partes do contrato.

O *distrato* não pode ser admitido se o contrato já se encontra cumprido. Nesse caso voltar a situação anterior representa um novo negócio, como se fora uma venda regressiva, de forma que de *distrato* não se trata.

Os efeitos produzidos pelo *distrato* são “*ex nunc*”, valendo para o futuro, mas as partes podem lhe dar efeitos retroativos, desde que respeitados os direitos de terceiros.

A validade do *distrato* também está ligada diretamente ao cumprimento das normas de ordem pública, à boa-fé objetiva, à função social do contrato e ao equilíbrio nas relações. É necessário, portanto, conciliar o interesse de ambas as partes no desfazimento do negócio.

Em geral os contratos de compromisso de compra e venda de unidades futuras estabelecem cláusulas penais para o adquirente inadimplente. Ao desfazer esses contratos os compromissários vendedores pretendem fazer incidir essas disposições penais. Algumas delas são muito severas com o adquirente e mesmo aceitas podem ser revistas pelos Tribunais, que têm efetivamente decidido sobre a validade das cláusulas penais e do próprio *distrato* nas relações de consumo.

É comum o argumento em favor da confirmação do *distrato* de que ele representa a vontade das partes, que não pode se arrepender. Sucede que o adquirente é consumidor nessa relação e, portanto, reconhecido pelo CDC como vulnerável, de forma que as obrigações e disposições que assume estão sujeitas ao regulamento legal desses contratos, definido pelo CDC, especialmente no rol de cláusulas abusivas previsto no seu art. 51. Entre as disposições abusivas podem ser lembradas aquelas que *subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga e que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*.

Diante do que estabelece o Código de Defesa do Consumidor os Tribunais estão autorizados e legitimados a rever o *distrato* e conferir validade somente àquelas disposições que se encontram de acordo com a Lei.

É certo que há entendimento no sentido de que o direito é disponível e que não há limite à retenção de parcelas do que foi pago. É o que se afirmou recentemente em julgado do Tribunal de São Paulo de relatoria do Desembargador Beretta da Silveira, cuja ementa diz o seguinte: “*Compromisso de Compra e Venda. Rescisão extrajudicial. Pretensões de declaração de nulidade de cláusulas contratuais, de devolução, em dobro, das quantias pagas e de indenização por dano mora. Desistência do autor compromissário comprador, que não conseguiu financiamento, e recebeu, no distrato, quantia equivalente a cerca de 50% dos valores que havia pago. Pedidos indevidos. Tratando-se de direito disponível, não havendo lei de ordem pública a impor determinado percentual em devolução das quantias pagas, o autor-apelante desistiu do negócio, recebendo determinado valor em restituição e dando plena e irrevogável quitação. Não tem, portanto, direito de pretender receber mais, ao velado pensamento de que recebeu pouco. Ação improcedente. Sentença mantida. Recursos Desprovido.*” [Ap. nº 1040796-65.2014.8.26.0506, de 08/04/2016]

O Tribunal de São Paulo, em outro julgado, relatado pelo Desembargador Salles Rossi, reconheceu, ao contrário, a possibilidade de revisão do *distrato*: “*Restituição de valores pagos – Distrato realizado. Possibilidade de revisão dos valores devolvidos. Matéria de ordem pública aquela referente ao reconhecimento de cláusulas abusivas que coloquem o consumidor em situação de extrema desvantagem – Sentença que determinou a restituição de mais 30% dos valores pagos. Majoração para que sejam devolvidos, além da metade dos valores pagos em distrato, mais 40%, impondo uma retenção de 10% em favor da ré, para recompor as despesas administrativas e de*

propaganda, visto que poderá novamente negociar o imóvel Juros de mora que devem ser contados apenas da citação, mantida a correção monetária do distrato Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o montante a ser restituído - Sentença reformada – Recursos parcialmente providos.” [Ap. n. 1012356-89.2014.8.26.0011, de 29/03/2016]

Afirmando este controle judicial sobre o *distrato* decidiu recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

“DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. *DISTRATO*. DEVOLUÇÃO ÍNFIMA DO VALOR ADIMPLIDO. ABUSIVIDADE. RETENÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR PAGO. SÚMULA 7 DO STJ. 1. “O *distrato* faz-se pela mesma forma exigida para o contrato” (art. 472 do Código Civil), o que significa que a resilição bilateral nada mais é que um novo contrato, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo. Assim, o fato de que o *distrato* pressupõe um contrato anterior não lhe desfigura a natureza contratual, cuja característica principal é a convergência de vontades. Por isso, não parece razoável a contraposição no sentido de que somente disposições contratuais são passíveis de anulação em virtude de sua abusividade, uma vez que “onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito”. 2. A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador. 3. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador. 4. No caso, o Tribunal a quo concluiu, de forma escorreita, que o *distrato* deve render ao promitente comprador o direito à percepção das parcelas pagas. Outrossim, examinando o contexto fático-probatório dos autos, entendeu que a retenção de 15% sobre o valor devido seria suficiente para indenizar a construtora pelos prejuízos oriundos da resilição contratual. Incidência da Súmula 7 do STJ. 5. Recurso especial não provido” [REsp n. 1132943 / PE, rel. LUIS FELIPE SALOMÃO, DJe 27/09/2013].

Ainda persiste nos meios sociais e jurídicos uma resistência à ideia de que nos contratos, especialmente naqueles que sofrem direta regulação da ordem jurídica, a vontade das partes nem sempre prevalece. Recorre-se frequentemente àquela velha máxima – *pacta sunt servanda* – para justificar o cumprimento do que foi contratado, custe o que custar. Esse pensamento é decorrente da herança liberal que recebemos e dos Códigos oitocentistas que reconheciam máximo valor à vontade e força coercitiva absoluta às declarações das partes. A justiça do contrato recaia sobre a manifestação de vontade e não sobre o conteúdo das suas disposições.

A passagem do *Estado Liberal* ao *Estado Social* promoveu forte impacto nas relações contratuais de forma a impor cada vez mais a intervenção do Estado nas relações privadas para promover a igualdade e equilíbrio dessas relações. A justiça contratual passou a outro campo de observação, o que levou o grande economista Keynes a afirmar, em trabalho que veio a público em 1926 [“O Fim do Laissez-Faire”, reproduzido pela Editora Ática in “Economia”], que não há nenhum direito contratual que se possa dizer absoluto.

Diante do *vulnerável* – consumidor – não pode se surpreender o contratante com a solução que dê prevalência à Lei sobre a vontade manifestada no contrato. Essa é a base do moderno direito contratual que distingue os *contratos paritários dos contratos não paritários*.

A questão que se coloca, portanto, assentado que o Tribunal pode rever o *distrato*, é saber quais são as perdas e danos que, em caso de inadimplemento dos compromissos de unidades por construir, podem ser exigidas dos adquirentes.

Há em curso Projeto de Lei do Senado nº 774/2015 de iniciativa do Senador Romero Jucá que procura disciplinar os efeitos da “resilição unilateral” e “inadimplemento” do adquirente, excluindo-se qualquer disciplina para o “*distrato*”. Entendeu o Projeto em referência que no *distrato* vale o que as partes convencionaram. Com o devido respeito, ignora-se o entendimento firmado no sentido de que o *distrato* está sujeito a controle judicial. Melhor seria que o Projeto tivesse incluído na disciplina proposta também o *distrato*.

É sabido que para a realização da venda é necessário o serviço do corretor e outros profissionais. Há uma divergência na jurisprudência de São Paulo sobre a responsabilidade do pagamento dessas despesas e hoje a matéria está em julgamento perante o Superior Tribunal de Justiça em rito dos recursos repetitivos. A tendência mais forte em julgamento de primeiro grau é no sentido de reconhecer que cabe ao vendedor este pagamento, que não pode ser repassado ao adquirente, entendimento que tem reflexo na maioria dos julgados do Tribunal de São Paulo.

Em caso de *distrato* esses valores pagos a título de corretagem e serviço de assistência técnica imobiliária (SATI) ganham importância. Se o adquirente pagou essa verba ele terá a sua restituição? Se o pagamento foi feito pelo compromissário vendedor ele poderá considerar esse pagamento como perdas e danos e o deduzir da restituição devida ao adquirente?

Há uma tendência nos Tribunais em considerar que o pagamento feito a título de corretagem e SATI faz parte do preço e deverá ser considerado na restituição. Todavia, as perdas e danos devem ser compensadas em razão do inadimplemento do adquirente.

Outras verbas são deduzidas frequentemente no *distrato*. São despesas administrativas, de publicidade, e impostos incidentes sobre o negócio. Também há dúvida sobre a regularidade dessa retenção.

A solução que tem sido admitida nos Tribunais é a simples retenção de um percentual de tudo que foi pago. Esse percentual se situa entre 10% e 25%. O que é considerado normalmente na fixação da retenção é o valor do que foi pago e o prejuízo que sofreu o compromissário vendedor. A partir desse exame o Tribunal julga casuisticamente a retenção.

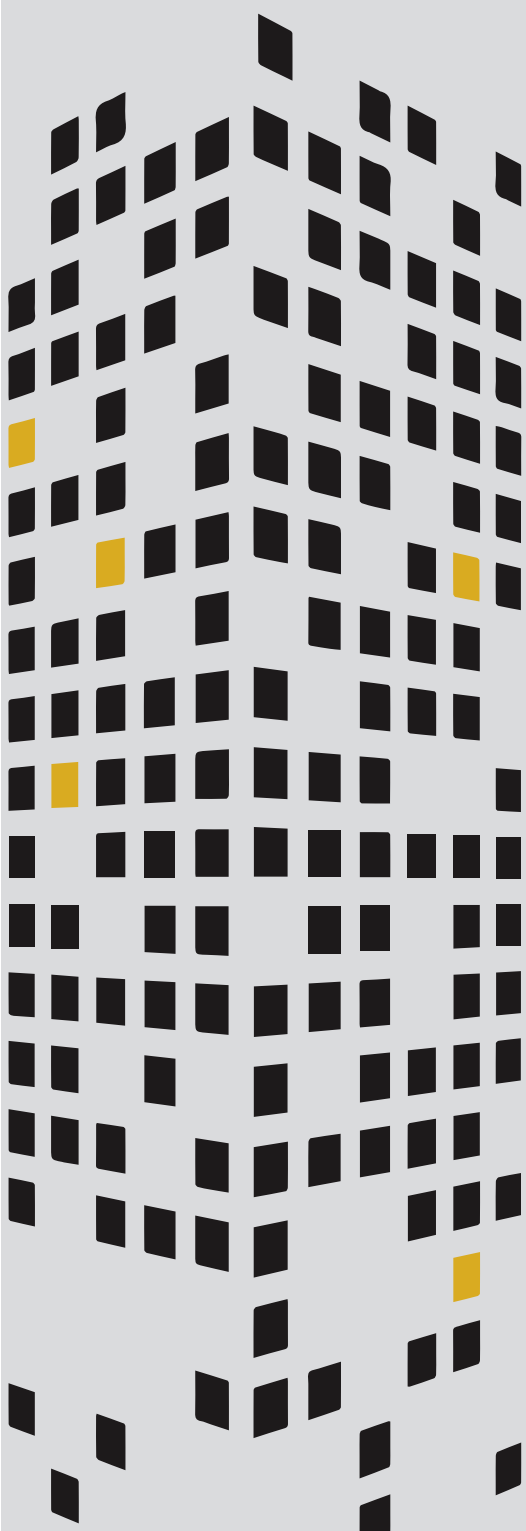
Embora a jurisprudência formada seja no sentido de exame casuístico dos efeitos do *distrato*, *resilição* e *resolução* dos contratos, o mencionado Projeto de Lei do Senado admite cláusula penal de até 25% de retenção da quantia paga e ainda imputa ao adquirente o pagamento de corretagem (5%), ocupação do imóvel e outras despesas, cumulativamente. Neste ponto, a solução proposta no Projeto de Lei destoa da jurisprudência formada, como bem foi apontado pela Senadora Marta Suplicy em voto em separado na Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que propõe cláusula penal limitada a 10% do que foi pago em vista da cumulação de indenização pela corretagem, ocupação e outros danos sofridos pelo incorporador. Melhor seria que a Lei apenas fixasse limites, deixando ao exame judicial ajustar os excessos em face do caso concreto.

Infelizmente os processos que trazem essa questão relativa ao *distrato* não são instruídos adequadamente. Faltam esclarecimentos e provas a respeito do dano causado pelo inadimplemento, dificultando o julgamento pelo Magistrado do valor correto da retenção aplicada no *distrato*.

Nota-se também que muitas vezes são mal elaborados os documentos que instrumentalizam o *distrato*, deixando de indicar com precisão o quanto foi pago e o que efetivamente é objeto de retenção. Não se deve olvidar que ao consumidor é assegurado o *direito à informação*, o que também deve ser observado no *distrato*. O adquirente tem direito a ser informado sobre o que se propõe a deduzir no *distrato* e a razão que justifica essa retenção para que ela não seja reputada abusiva. Melhor que a informação seja lançada no próprio instrumento do *distrato*.

Outra importante questão diz respeito ao tempo de pagamento da restituição. Entendo que, não havendo abuso, é razoável aceitar que as partes convençionem o pagamento em parcelas, muito embora a jurisprudência dominante se mostre refratária a esta solução. Caso as partes não possam acordar sobre esse ponto, a solução só pode ser pela restituição imediata. Registro que a esse respeito o referido Projeto de Lei prevê carência e parcelamento para a restituição. No meu modo de ver essa disposição representa uma vantagem excessiva que o Código de Defesa do Consumidor não autoriza.

Nesse momento de crise econômica, quando o inadimplemento do contrato ganha dimensão epidêmica, essas relações contratuais tendem a se judicializar e é necessário encontrar o ponto de equilíbrio dos interesses em jogo para assegurar o direito de cada uma das partes, o que exige de ambas a boa-fé e antes de tudo bom senso.



OPINIÃO:
JURISPRUDÊNCIA
CONSOLIDADA NA
SÚMULA 543 DO
STJ NECESSITA DE
REVISÃO

OPINIÃO: JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA NA SÚMULA 543 DO STJ NECESSITA DE REVISÃO*

MELHIM CHALHUB
ADVOGADO

Fato marcante na grave crise que atravança a economia nacional nos últimos anos é a avalanche de quebras de contratos de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias, que no ano de 2015 superou a marca de 40% dos contratos.

O fenômeno põe em destaque a necessidade de harmonização do interesse individual do promitente comprador inadimplente e do interesse comum da coletividade dos contratantes, visando afastar ou mitigar o risco de colapso da incorporação.

O risco existe porque o capital de uma incorporação imobiliária limita-se às receitas da comercialização das unidades, que, em regra, se faz mediante contratos de promessa de compra e venda.

Dada essa limitada capacidade de levantamento de capital, o direito positivo contempla normas de proteção do patrimônio da incorporação, com a preservação do fluxo das receitas geradas pelos contratos de promessa e sua vinculação à realização do objeto da incorporação — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Para enfrentamento dos riscos decorrentes da quebra de contratos de promessa no curso da operação, a Lei 4.591/1964 preconiza a pronta recomposição do capital da incorporação mediante revenda em leilão do imóvel do inadimplente, de modo a viabilizar a captação de recursos necessários ao resgate do débito pendente e possibilitar o aporte de recursos pelo novo adquirente. Resgatado o débito, entrega-se o saldo ao adquirente inadimplente.

Alternativamente, a solução para o inadimplemento da obrigação do promitente comprador pode ser alcançada mediante ação judicial de resolução da promessa, mas nesse caso a eventual restituição ao adquirente antecede à recomposição do capital da incorporação, que permanece deficitário ao longo de todo o curso da ação. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se nesse sentido no enunciado da Súmula 543, publicada em 31 de agosto de 2015, do seguinte teor: *Súmula 543*. “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

(*) Este artigo é a síntese do estudo publicado na *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, Editora Revista dos Tribunais, n. 7, abr-jun/2016

— integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

A divergência entre o critério instituído pela Lei 4.591/1964 — recomposição do capital mediante venda em leilão e posterior restituição do saldo daí resultante — e o construído pela jurisprudência — restituição imediata, de uma só vez, antes e independente da recomposição do capital — suscita reflexão sobre os efeitos da quebra de contratos de promessa sobre o interesse comum da coletividade dos contratantes.

Caracterizada como negócio jurídico pelo qual se convencionou a transmissão de direito aquisitivo sobre imóvel (Código Civil, artigo 1.417), a promessa de compra e venda tem também função de captação de recursos para formação do capital da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, artigos 28 e seguintes).

A promessa sujeita-se ainda ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) quando caracterize relação de consumo, mas suas normas não interferem na tipicidade e funcionalidade do contrato, pois incidem “nos limites da realidade do contrato, sua estrutura, tipicidade e funcionalidade” para evitar que se chegue “ao ponto de transformar um contrato de compra e venda em doação, ou desfigurar um contrato de seguro ou de transporte sob pena de fazer direito alternativo.”¹

É que em relação à legislação que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos, como observa Cláudia Lima Marques, o CDC é lei geral, pois regula as relações de consumo sem tratar “exaustivamente ou especificamente de nenhuma espécie de contrato em especial, mas impondo novos patamares gerais de equilíbrio e boa-fé”.²

Suas normas convivem com as normas especiais, prevalecendo estas sobre as do CDC naquilo que têm de peculiar.

É como tem reconhecido a jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, que reafirma a incidência do CDC sobre os contratos bancários, quando caracterizem relação de consumo, mas ressalva a preponderância das normas especiais de tipificação e funcionalidade dessa espécie de contrato³.

Alinhado a essa interpretação, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a prevalência da lei especial sobre o CDC, no que tange à tipificação da promessa de compra e venda e da alienação fiduciária de bens imóveis, contratos empregados com frequência na atividade da incorporação imobiliária.

⁽¹⁾ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO, *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, RTDC, v. 2, p. 128.

⁽²⁾ MARQUES, CLÁUDIA LIMA, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 618.

⁽³⁾ Destaque-se do voto do Ministro Cezar Peluso: “o CDC não tende a disciplinar as relações entre as instituições integrantes do sistema financeiro nacional e seus clientes, sob o prisma estritamente financeiro...”

É nesse sentido o acórdão do Recurso Especial 80.036-SP, relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, segundo o qual “o contrato de incorporação, no que tem de específico, continua regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64)”. No mesmo sentido, ao julgar os quatro Recursos Especiais submetidos ao STJ até o final de 2015, relativos a eventual restituição de quantias pagas em razão de execução de dívida garantida por propriedade fiduciária de imóveis (REsps 932.750-SP, 1.160.549-RS, 1.172.146-SP e 1.230.384-SP), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o valor a ser restituído corresponderá ao que sobejar do leilão, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/1997, regra especial “que deve preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor [art. 53]”⁴.

No que tange especificamente à promessa de compra e venda articulada à incorporação imobiliária, importa ter presentes suas singularidades com vistas à identificação dos âmbitos de incidência das normas do CDC e daquelas instituídas pela legislação especial, particularmente no que tange aos efeitos da quebra do contrato pelo promitente comprador sobre o conjunto dos adquirentes.

Registre-se, por relevante, que as normas da Lei 4.591/1964 consubstanciam um sistema de proteção dos adquirentes de imóveis pelo regime da incorporação imobiliária, fundado nos mesmos princípios em que se fundamenta o CDC, e esse sistema confere primazia ao interesse da coletividade sobre o interesse individual do inadimplente, visando garantir a conclusão do conjunto imobiliário e entrega das unidades a todos os adquirentes⁵.

Assim é porque a incorporação imobiliária estrutura-se como uma unidade econômica autônoma, que se realiza com os recursos gerados por ela própria, à semelhança de um project finance, cujo pilar de sustentação é “uma rede de contratos coligados que, buscando uma adequada alocação de riscos, viabilize o desenvolvimento de um empreendimento com base nos recursos por este gerados e nas garantias dele exclusivamente derivadas”⁶.

Do mesmo modo que um project finance, a incorporação imobiliária somente terá êxito se os recursos por ela captados, mediante comercialização e financiamento garantido pelo seu próprio ativo, tiverem ingresso regular e forem direcionados ao cumprimento do seu objeto — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

⁽⁴⁾ REsp 1.230.384-SP.

⁽⁵⁾ *Permitimo-nos remeter ao nosso Da Incorporação Imobiliária (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 3. ed., 2010) e ao artigo Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção dos adquirentes de imóveis, in Revista de Direito Imobiliário (RT), ano 36, vol. 75, jul-dez/2013, p. 141-166.*

⁽⁶⁾ *MUNIZ, IGOR, et alii, Temas de direito bancário e do mercado de capitais. Coordenadores: Luiz Leonardo Cantidiano e Igor Muniz. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 195.*

Entre as disposições da Lei 4.591/1964 que caracterizam a incorporação como unidade econômica dependente de suas próprias forças merece atenção o artigo 34, que confere ao incorporador a faculdade de confirmação do negócio somente após constatar que as vendas efetuadas no prazo de carência de seis meses contado do lançamento demonstrarem a capacidade do empreendimento de gerar receitas em montante suficiente para sua realização.

Para garantir a efetividade do direito individual do adquirente e, ainda, para assegurar a preservação da estabilidade do capital da incorporação, a Lei 4.591/1964 qualifica a promessa de venda como contrato irrevogável (artigo 32, § 2º), pois esses contratos têm, também, função de captação de recursos para formação do capital da incorporação.

Essas promessas são ligadas por um nexo funcional que as faz operar de forma coordenada visando a realização do empreendimento e, dado que elas constituem a fonte de alimentação financeira da incorporação, as vicissitudes de qualquer uma delas influem nas demais e, em consequência, podem expor a risco a incorporação, em prejuízo do interesse comum da coletividade dos contratantes, subjacente a cada uma das promessas.

É exatamente porque a incorporação realiza-se com suas próprias forças que seu regime jurídico prioriza o interesse comum da coletividade dos contratantes mediante (i) blindagem patrimonial de cada incorporação em um patrimônio de afetação (Lei 4.591/1964, artigos 31-A e seguintes), (ii) irrevogabilidade das promessas de venda (Lei 4.591/1964, § 2º do artigo 32), (iii) blindagem das receitas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas (novo CPC, artigo 833, XII), (iv) recomposição do capital da incorporação, em caso de inadimplemento, mediante leilão (Lei 4.591/1964, artigo 63), dentre outras normas de proteção do patrimônio da incorporação.

Esses elementos de caracterização da incorporação imobiliária, entre outros, evidenciam que a questão da quebra de contratos dos quais proveem seu capital não se esgota na apreciação das matérias de fato e de direito circunscritas exclusivamente à esfera da relação jurídica individual neles constituída.

Na medida em que o inadimplemento e a consequente quebra do contrato importam em redução do capital da incorporação, e este é limitado ao montante das receitas das vendas, os efeitos da quebra extrapolam a esfera da relação jurídica individual e atingem o interesse comum subjacente a cada promessa e comprometem a consecução do empreendimento, justificando o exame dessas peculiaridades para evitar que, ao se proteger individualmente um adquirente, se exponha a risco os demais adquirentes integrantes da incorporação, como observa o Desembargador Werson Rego, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “[...] quando às vezes pensamos proteger o adquirente ‘visível’, desconsiderando o efeito econômico do pronunciamento judicial, sem desejarmos ou até

mesmo sem percebermos, deixamos desprotegido o consumidor ‘invisível’. Por isso, fundamental o cuidado com as particularidades do caso concreto — matéria de prova, nada obstante, afastada da análise da Corte Superior (Súmula 7, STJ).”⁷

O risco de desaparecimento da base objetiva do negócio provocado pela redução do capital da incorporação tem sido agravado pelo desfazimento imotivado de promessas, reconhecido pela jurisprudência como um “direito de desistência” do promitente comprador,⁸ ou resilição unilateral por parte do promitente comprador;⁹ basta que o promitente comprador postule seu “direito de desistência” para que seja decretado o desfazimento sem apreciação das nuances da situação e até mesmo deferido liminarmente, inaudita altera pars.

A isso acresce que a “resilição unilateral” da promessa irrevogável, a par de atender, por meio transversal, o interesse individual de adquirentes que efetivamente não mais reúnam capacidade de pagamento, vem sendo aproveitada por promitentes compradores-investidores, que adquirem imóveis “na planta” com o propósito de revendê-los com lucro por ocasião do “habite-se”; ao verem frustrada sua expectativa de lucro em situações de crise (como a que ocorre nos anos 2014/2016), se socorrem do “direito de desistência” ou da “resilição unilateral” do contrato irrevogável, aproveitando-se da proteção que a jurisprudência confere ao adquirente, enquanto destinatário final do imóvel que se encontra em situação de desvantagem técnica e econômica.

Efetivamente, nada justifica a aplicação, em benefício do promitente comprador-investidor, da jurisprudência protetiva do adquirente qualificado como consumidor, pois, na aquisição para fins de investimento o risco é do investidor; é dele o lucro, que embolsa ao revender o imóvel por ocasião do “habite-se”, do mesmo modo que é dele o prejuízo, decorrente de eventual não valorização, tal como em qualquer investimento.

⁽⁷⁾ **RÊGO, WERSON**, *Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão do Recurso Especial nº 1.300.418-SC (2012/0000392-9)* – Revista do Superior Tribunal de Justiça – Edição comemorativa dos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor.

⁽⁸⁾ AgRg no AREsp 437642-RJ, AgRg no AREsp 474503-MG, AgRg no AREsp 18316-PE, entre outros.

⁽⁹⁾ AgRg no AREsp 730520-DF, REsp 1132943-PE, EAg 1138183-PE, entre outros. Melhim Chalhub é advogado. Autor dos livros “Direitos Reais” (RT) e “Negócio Fiduciário” (Renovar), entre outros.

Essas breves considerações suscitam reflexão sobre os distintos critérios de liquidação de haveres resultante da quebra de promessas de venda, isto é, a regra do artigo 63 da Lei 4.591/1964, que confere primazia ao interesse da coletividade dos contratantes sobre o interesse individual do inadimplente, ao determinar a recomposição do capital da incorporação antes de eventual restituição ao inadimplente, e, de outra parte, a construção jurisprudencial, que inverte essa ordem de preferência, ao priorizar o direito individual do promitente comprador (inadimplente ou não) em detrimento da coletividade dos contratantes, ao tornar exigível a restituição independente de se recompor o capital.

Não se questiona o direito à eventual restituição de parte das quantias pagas, deduzido o quantum da indenização das perdas e danos causados pela quebra do contrato, mas o risco de obstaculizar ou inviabilizar a incorporação, em razão de redirecionamento de recursos do seu orçamento para restituição imediata das quantias pagas pelo inadimplente, independente de recomposição do fluxo financeiro, suscita reflexão sobre a necessidade de revisão da jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ, com a atenção voltada para o sistema de proteção da coletividade dos contratantes instituído pela Lei 4.591/1964 e reforçado pelo novo Código de Processo Civil.



RESPONSABILIDADE
POR VÍCIOS
CONSTRUTIVOS
COMPRA E VENDA
DE IMÓVEL
DIFERENÇA DE
METRAGEM

RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS CONSTRUTIVOS COMPRA E VENDA DE IMÓVEL DIFERENÇA DE METRAGEM

PAULO DIAS DE MOURA RIBEIRO
MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. PREÂMBULO

Honrou-me o Desembargador JOSÉ ROBERTO NEVES AMORIM com o convite para participar do Seminário Direito e Incorporação Imobiliária dirigindo o meu olhar para o tema da Responsabilidade por Vícios Construtivos sob a perspectiva da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Sabe-se que a matéria tem domicílio no art. 618 do novo Código Civil, que guarda semelhança com o art. 1.245 do Código Civil anterior.

Dispõe a regra em comento que nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo.

Parágrafo único. Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.

Duas alterações se notam na nova regra: o empreiteiro não mais pretender se isentar de responsabilidade por ter alertado o dono da obra sobre a falta de solidez do solo e o prazo de garantia passou a ser irredutível, de modo que a vontade das partes não será suficiente para reduzi-lo.

Como não se trata de regra supletiva da vontade das partes, nada impede que o empreendedor acrescente à garantia legal uma garantia contratual, a fim de conquistar a confiança do dono da obra, como adverte Nelson Rosenwald¹.

Em arremate, vale a pena lembrar que a regra aqui destacada, na lição de Flávio Tartuce, traduz uma responsabilidade objetiva do empreiteiro em face do dono da obra pelo que consta do Código de Defesa do Consumidor, pelo fato do produto e do serviço, à luz dos seus arts. 18 e 14. Mencionado autor, em respaldo à

⁽¹⁾ **CÓDIGO CIVIL COMENTADO**. Manole. Coordenador Ministro Cezar Peluso, 2007, pág. 484

sua posição, traz à colação a orientação do Superior Tribunal de Justiça, alertando que é preciso estar configurada a relação de consumo, ou seja, que o empreiteiro seja profissional na sua atividade e o dono da obra o destinatário final dos serviços (STJ, REsp 706.417/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 13.02.2007, DJ 12.03.2007, pág. 221) ².

Pondo um ponto final neste preâmbulo, a lição de Carvalho Santos afigura-se imprescindível já que ele esclarece que se deve entender por edifício a obra que, uma vez concluída, sirva de morada ao homem, tomando-se essa expressão no seu significado amplo de servir ao homem, para qualquer finalidade que seja. Já quanto ao termo construções consideráveis, o mesmo Carvalho Santos pontifica que apesar de não haver uniformidade conceitual, o traço distintivo será a durabilidade da obra, porque ninguém se abalança a erigir obras consideráveis por pouco tempo ³.

2. AS MOLDURAS DOS CASOS ESTUDADOS

O primeiro caso trazido ao estudo retrata uma ação de reparação de danos, com abatimento no preço, pela qual os autores sustentaram que os encartes publicitários sobre determinado empreendimento imobiliário traziam informações sobre imóveis e plantas de cada apartamento detalhando suas áreas e metragens.

Segundo os adquirentes, atraídos pela propaganda, acabaram por adquirir uma das unidades do empreendimento, com a área total de 134,51m² e área privativa de 66,00m², tudo conforme constou do folder publicitário.

Entretanto, como após a assinatura do compromisso de compra e venda perceberam que a metragem total do imóvel seria de 118,99m², requereram o abatimento proporcional do preço ou a complementação da área, além da condenação da empreendedora ao pagamento de danos morais.

Em primeira instância a ação foi julgada procedente em parte, para condenar a empreendedora ao abatimento proporcional da metragem faltante de 15,52m² com correção monetária.

Por seu turno, o Tribunal de Justiça do Paraná condenou a empreendedora também ao pagamento de dano moral.

O Recurso Especial destacado, do qual foi Relator o Ministro Villas Bôas Cueva (REsp 1.488.239-PR), acabou por dar parcial provimento ao inconformismo da construtora para reconhecer a decadência do direito dos adquirentes.

⁽²⁾ **DIREITO CIVIL – TEORIA GERAL DOS CONTRATOS E CONTRATOS EM ESPÉCIE.** Gen/Forense. 11ª edição, revista, atualizada e ampliada, vol. 3, pág. 523.

⁽³⁾ **CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO INTERPRETADO. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES.** Livraria Editora Freitas Bastos, 3ª edição, 1945, vol. XVII, págs. 346 e 347.

Eis a íntegra da ementa do caso que foi tratado como vício redibitório sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. VENDA E COMPRA DE IMÓVEL. METRAGEM. PROPAGANDA. CONTRATO. DIFERENÇA. VÍCIO. PRODUTO DURÁVEL. PRAZO DECADENCIAL. ART. 26, II, DO CDC. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL.

1. O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu limites temporais diferentes para a responsabilização civil do fornecedor. O art. 27 prevê o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para a pretensão indenizatória pelos danos causados por fato do produto ou do serviço; e o art. 26, o prazo decadencial de 30 (trinta) ou 90 (noventa) dias para a reclamação, conforme se trate de vícios aparentes ou de fácil constatação de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, se o produto apresenta vício quanto à quantidade ou qualidade, ou que lhe diminua o valor, estar-se-á diante de vício aparente ou de fácil constatação, de acordo com o art. 26 do Código Consumerista.

3. No caso, decaiu em 90 (noventa) dias o direito de os autores reclamarem da diferença entre a metragem do imóvel veiculada em propaganda e a área do apartamento descrita na promessa de compra e venda.

4. A pretensão de indenização pelos danos morais experimentados pelos autores pode ser ajuizada no prazo prescricional de 5 (cinco) anos. Precedentes.

5. Recurso especial parcialmente provido.

(REsp 1.488.239/PR, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Terceira Turma, julgado em 1/3/2016, DJe 7/3/2016)

O segundo caso trazido à baila é da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (REsp 1.352.227-RN) e se traduz em ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal contra a Caixa Econômica Federal buscando indenização ou resolução de contratos de arrendamento residencial celebrado pelos moradores de determinado conjunto residencial tendo em vista a existência de sérios vícios construtivos nos imóveis objeto do Programa de Arrendamento Residencial disciplinado pela Lei 10.188/2001.

A sentença julgou a ação procedente, pondo em relevo a enorme série de defeitos na construção e ausência de saneamento adequado, e ela acabou mantida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte.

Fixada ficou a responsabilidade da Caixa Econômica Federal pelos defeitos da construção porque é dela a gestão do fundo que adquire o terreno e nele constrói as casas para pessoas de baixa renda, até que firmem os contratos de arrendamento com opção de compra no seu final.

A ementa é esclarecedora. Veja-se:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CONSUMIDOR. VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO DE IMÓVEIS. PROGRAMA DE ARRENDAMENTO RESIDENCIAL (PAR). RESPONSABILIDADE DA CAIXA ECONÔMICA FEDERAL.

1. Controvérsia em torno da responsabilidade da Caixa Econômica Federal (CEF) por vícios de construção em imóveis vinculados ao Programa de Arrendamento Residencial, cujo objetivo, nos termos do art. 10 da Lei nº 10.188/2001, é o atendimento da necessidade de moradia da população de baixa renda, sob a forma de arrendamento residencial com opção de compra.

2. Como agente-gestor do Fundo de Arrendamento Residencial, a CEF é responsável tanto pela aquisição como pela construção dos imóveis, que permanecem de propriedade do referido fundo até que os particulares que firmaram contratos de arrendamento com opção de compra possam exercer este ato de aquisição no final do contrato.

3. Compete à CEF a responsabilidade pela entrega aos arrendatários de bens imóveis aptos à moradia, respondendo por eventuais vícios de construção.

4. Farta demonstração probatória, mediante laudos, pareceres, inspeção judicial e demais documentos, dos defeitos de construção no "Conjunto Residencial Estuário do Potengi" (Natal-RN), verificados com menos de um ano da entrega.

5. Correta a condenação da CEF, como gestora e operadora do programa, à reparação dos vícios de construção ou à devolução dos valores adimplidos pelos arrendatários que não mais desejem residir em imóveis com precárias condições de habitabilidade.

6. Inexistência de enriquecimento sem causa por se cuidar de medidas previstas no art. 18 do CDC 7. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(REsp 1.352.227/RN, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Terceira Turma, julgado em 24/2/2015, DJe 2/3/2015)

O terceiro caso trazido a exame é da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão (REsp 186.571-SC) e diz respeito a vícios de construção que devem ser sanados pelo seguro habitacional.

A hipótese narra ação movida contra a seguradora objetivando o recebimento de indenização decorrente de danos havidos nos imóveis adquiridos da COHAB/SC com recursos do SFH que contavam com cobertura securitária específica contra “riscos de danos físicos.”

A primeira instância julgou a ação procedente e condenou a seguradora a reparar amplamente os adquirentes quanto ao conserto dos imóveis e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina acolheu o recurso que eles manejaram para afastar limite no cálculo das astreintes.

O Recurso Especial da seguradora foi acolhido apenas para limitar a multa decedencial ao valor da obrigação principal.

A ementa também é auto-esclarecedora. Ei-la:

RECURSOS ESPECIAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. IMPRESCINDÍVEL A OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO, A FIM DE SANAR EVENTUAIS VÍCIOS. SEGURO HABITACIONAL. ALCANCE DA COBERTURA. MATÉRIA DECIDIDA COM BASE NAS PROVAS DOS AUTOS E INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. SUMULAS 5 E 7/STJ. A MULTA DECEDENCIAL LIMITA-SE AO VALOR DA OBRIGAÇÃO PRINCIPAL.

1. À falta do prequestionamento, não há como analisar as assertivas de violação dos arts. 178, § 6º, II, do CPC; 1.062, 1457 e 1460 do CC/16. Imprescindível, no caso, a oposição dos embargos de declaração, para suprir as omissões do acórdão.

2. Havendo as instâncias ordinárias interpretado as cláusulas contratuais e as provas dos autos para concluir pela existência da cobertura dos vícios de construção, não há como infirmar tais fundamentos sem incorrer nas vedações contidas nos enunciados nºs 5 e 7/STJ.

3. De todo modo, é orientação pacífica nesta Corte que a seguradora é responsável quando presentes vícios decorrentes da construção, não havendo como se sustentar o entendimento de que assim examinada a questão haveria negativa de vigência do art. 1.460 do antigo Código Civil.

4. A multa decedencial pactuada para o atraso do pagamento da indenização limita-se ao valor da obrigação principal.

Recurso conhecido, em parte, e provido.

(REsp 186.571/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Quarta Turma, julgado em 6/11/2008, DJe 1/12/2008)

O último caso trazido a exame se refere à contagem do prazo de prescrição para a ação de indenização de cobrança de seguro de mútuo habitacional, no âmbito do SFH.

O Agravo Regimental no Recurso Especial 1.297.557-SP, da pena do Ministro Raul Araújo, concluiu pela não existência de dies a quo para a contagem de prazo prescricional em ações de tal natureza, iniciando-se ela com a comunicação formal do fato autorizador da pretensão à seguradora, acrescido à negativa da indenização.

Aqui também, a ementa esclarece e assenta a lição realçada. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE SEGURO VINCULADO AO SISTEMA FINANCEIRO HABITACIONAL. PREJUDICIAL DE PRESCRIÇÃO AFASTADA. CARÊNCIA DE AÇÃO EM VIRTUDE DA QUITAÇÃO E DO TÉRMINO DO CONTRATO. SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Inicialmente, no tocante à alegação de prescrição da pretensão autoral, é importante esclarecer que, na linha dos julgados desta Corte, os danos decorrentes de vício da construção se protraem no tempo e, por isso, não permitem a fixação de marco temporal certo, a partir do qual se possa contar, com segurança, o termo inicial do prazo prescricional para a ação indenizatória correspondente a ser intentada contra a seguradora. Logo, deve ser afastada a prejudicial de prescrição.

2. Quanto ao argumento de carência de ação em virtude da quitação e do término do contrato de financiamento, verifica-se que o acórdão recorrido apreciou a matéria em questão com fulcro no instrumento contratual firmado entre as partes e nos elementos fático-probatórios constantes dos autos. Dessa forma, nos termos da jurisprudência desta Corte, dissentir do entendimento cristalizado no âmbito da instância originária se revela, na hipótese dos autos, inviável, haja vista o teor das Súmulas 5 e 7 do STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.297.557/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, Quarta Turma, julgado em 18/2/2016, DJe 2/3/2016)

3. CONCLUSÕES

Os casos trazidos à colação bem demonstram que o Tribunal da Cidadania, em tema de vícios da construção, não titubeia em conferir ao lesado a devida compensação, embora não aceite a postulação reparatória por diferença de metragem, quando esta puder ser constatada facilmente e, em assim sendo, adotou o exíguo prazo de decadência do Código de Defesa do Consumidor (90 dias).

Nas demais situações trazidas a exame, também o Tribunal da Cidadania não flexibilizou o direito à indenização securitária, assentando jurisprudência que forma precedente de firme orientação aos jurisdicionados.

Agradecendo a oportunidade, cumprimento os idealizadores do Seminário “Direito e Incorporação Imobiliária.”



MEDIAÇÃO
COMO
POLÍTICA
PÚBLICA DE
JUSTIÇA

MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA DE JUSTIÇA

JOSE ROBERTO NEVES AMORIM

DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO.

A Emenda Constitucional 45/2004 criou o Conselho Nacional de Justiça–CNJ, inserindo-o entre os órgãos do Poder Judiciário, no artigo 92 da Constituição Federal (inciso I-A), logo após o Supremo Tribunal Federal.

Muitas foram as polêmicas instaladas e, entre críticas e apoios, em 2005 sobreveio a primeira composição, sob o comando do então Presidente do STF, ministro Nelson Jobim.

Importante ressaltar que antes do CNJ, o Poder Judiciário carecia de políticas públicas de justiça, ou seja, cada tribunal cuidava de si e de seus interesses, sem qualquer integração e com poucas trocas de experiência.

Assumindo a postura de criar diretrizes para a justiça brasileira, o CNJ mostrou a sua importância e o acerto em sua criação, implementando políticas e projetos capazes de nortear o Judiciário Nacional, inicialmente com o mapeamento das atividades dos tribunais, o que conduziu à imposição de metas nacionais a serem atingidas, fazendo com que os serviços prestados pelo Poder Judiciário melhorassem e pudessem atender os cidadãos de forma melhor e mais ágil.

Durante o tempo em que lá estive como conselheiro (2011 a 2013), uma das comissões que integrei foi a de acesso à justiça e à cidadania, justamente onde se enquadravam a conciliação e a mediação, políticas públicas que abracei com determinação por entender que o seu desenvolvimento traria muitos benefícios, não só ao Poder Judiciário, mas a toda a população que necessitasse do acesso rápido à justiça.

Percebendo o nosso atraso em relação aos países da América Latina, muitos já com políticas de conciliação e mediação avançadas, como a Argentina; na América do Norte, onde os Estados Unidos fazem a mediação há mais de vinte anos; e na Europa, onde a prática subsiste no Reino Unido há, pelo menos, 15 anos, sem se considerar a Itália e Alemanha, dentre outros, o CNJ deu especial atenção ao tema e o impulsionou, iniciando em 2006 com a 1ª Semana Nacional da Conciliação, onde todos os tribunais participariam conjuntamente, impulsionando a prática, que tomou corpo ainda maior quando do advento da Resolução–CNJ 125/10.

Para se comprovar o sucesso dessa política pública, nas últimas nove edições realizadas (2007 a 2015), foram, em todo o país, designadas 192.471 audiências; realizadas 142.206 audiências; efetuados 68.119 acordos; 48% de acordos; e movimentados R\$ 362.301.661,52. Note-se, em apenas uma semana por anos.

Passou-se então a disseminação da paz, do diálogo, da harmonia, da pacificação, vale dizer, efetiva-se uma real mudança de cultura, migra-se da cultura do litígio para a cultura da paz.

Mas, para que isso ocorra, como vem ocorrendo, há necessidade que os tribunais e seus dirigentes se conscientizem da importância de criar estruturas de atendimento aos cidadãos, como os Centros Judiciários de Solução Alternativa de Conflitos em todas as suas unidades e capacitem mediadores e conciliadores, dentro dos programas estabelecidos pelo CNJ, porque só com técnicas próprias o atendimento poderá ser eficiente e solucionador.

Os magistrados são indispensáveis à realização da justiça, pondo fim aos processos a eles submetidos, mas nem sempre terminando o conflito entre envolvidos, ao contrário da mediação, em que o mediador capacitado é um facilitador do entendimento entre as partes, fazendo com que elas mesmas encontrem a solução do seu conflito, saindo após, uma ou mais sessões, pacificadas. Já o conciliador é aquele que ajuda no entendimento das partes, inclusive com oferta de soluções, apontando os caminhos do possível composição.

Muitas vezes a intervenção do Estado-Juiz é absolutamente necessária, mas a influência do Estado na vida das pessoas deve ser reduzida ao máximo, podendo o Poder Judiciário oferecer sua estrutura para o encontro de cidadãos, colocando à disposição pessoas capacitadas, de todas as áreas (advogados, médicos, psicólogos, assistentes sociais etc), para solucionar os conflitos, que serão homologados por um juiz, vale dizer, obter-se uma decisão judicial sem processo e com a agilidade que se espera.

Na última estatística da Justiça em Números do CNJ (2015), temos hoje do Brasil mais de 105 milhões de processos em andamento, mais de 50% deles de responsabilidade das áreas públicas (União, Estados, Municípios e entidades a eles vinculadas), portanto, não é mais possível se pensar em judicialização desmedida de demandas, mas sim procurar-se ou estimular-se soluções alternativas, colocando-se à disposição novos conceitos, novas vias, como a mediação e a conciliação.

Justamente pensando nisso, que foi enviada ao Senado e depois à Câmara Federal o Projeto de Lei nº. 7169/2014, transformando-se na Lei nº 13.140/2015 que normatiza a mediação entre particulares como o meio adequado de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A transformação do projeto em lei elevou a justiça brasileira aos patamares internacionais, além de permitir que, não só os particulares, mas a administração pública, possa se valer da mediação, agora regulamentada, para solucionar seus conflitos, sem a judicialização incontida e desnecessária que tanto abarrotava as prateleiras das varas judiciais.

Não é só, o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), na linha da evolução da cultura da paz, inseriu artigos específicos sobre a mediação e concilia-

ção, autorizando-a expressamente e trazendo benesses aos que dela lançarem mão, em quatro passagens preponderantemente.

A primeira se apresenta logo no art. 3º, §§ 2º e 3º (NCPC), que trata das normas fundamentais do processo civil, o que significa que a mediação e conciliação são principiológicas, ou seja, antes da judicialização deve haver a tentativa de autocomposição.

A segunda versa sobre os conciliadores e mediadores (NCPC, arts. 166 a 176), apontando suas participações nos processos, as condutas, os princípios a eles inerentes, a obrigatoriedade do sigilo, a criação de câmaras privadas, o cadastro, a remuneração e, principalmente, a criação de câmaras administrativas para apreciação de conflitos envolvendo a União, os Estados e os Municípios.

A terceira trata das audiências de conciliação e mediação (NCPC, arts. 334 e 335), propondo a designação do ato processual pelo juiz, a utilização de meios eletrônicos, a penalidade imposta à parte que não comparecer, a participação obrigatória do advogado, dentre outras.

Outra atitude sensata é a remuneração dos mediadores, que quando atuarem nos centros judiciários de solução de conflitos deve percebê-las, haja vista a obrigatoriedade de preparação própria, por meio de capacitação. Há no Estado de São Paulo, lei prevendo o pagamento daqueles que atuarem como mediadores, embora não sejam funcionários públicos.

A quarta, na área de família (NCPC, arts. 693 a 699), onde se determina que a mediação e conciliação serão obrigatórias, portanto, numa área sensível o legislador quis ver o judiciário valendo-se da humanização em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nos termos da Resolução 125/10 do CNJ e do art. 165 do NCPC, todos os Estados devem implantar Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC, responsáveis pela coordenação e instalação dos centros judiciários de solução de conflitos, trazendo a aproximação do judiciário e do cidadão.

Os centros judiciários atendem para a conciliação e mediação nas formas pré-processual e processual, ou seja, antes do ajuizamento da ação ou com ações já ajuizadas. Na fase pré-processual, o interessado dirige-se ao Centro Judiciário, expõe o seu problema e indica a outra parte, que será chamada para uma audiência, onde se efetivará a mediação ou conciliação; na fase processual, o interessado apenas indica o processo e será designada audiência.

Apenas para exemplificar o sucesso da referida política pública, nos varemos da estatística dos Centros Judiciários – CEJUSC's de São Paulo, que atualmente conta com 159 unidades espalhadas pelo Estado, no ano de 2015: 1) fase

pré-processual – cível: 58% de acordos nas audiências; família: 83% de acordos nas audiências; 2) fase processual – cível: 35% de acordo nas audiências; família: 64% de acordo nas audiências. O CEJUSC Central, na fase-processual na área de família, equivale a 15 Varas de Família em número de acordos obtidas.

Os números apresentados demonstram o acerto das políticas públicas de conciliação e mediação, restando-nos o trabalho de divulgação para a população, no sentido de que antes de judicializar uma ação, dirigir-se a um Centro Judiciário, onde certamente o conflito será solucionado com mais agilidade e muito menor custo, quer ao interessado, quer ao Estado.

Assim, vemos que as culturas da paz, da harmonia e da pacificação chegaram definitivamente ao sistema de justiça brasileiro, representadas pela mediação e conciliação.



EXTINÇÃO DO
CONTRATO
NOÇÕES
GERAIS

EXTINÇÃO DO CONTRATO (NOÇÕES GERAIS)

ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO
ADVOGADO

SUMÁRIO: 1. CONCEITO – 2. ESPÉCIES – 3. CÓDIGO CIVIL DE 2002 – 4. CÓDIGO CIVIL ALEMÃO – 5. QUEBRA DA BASE DO CONTRATO E ESTIPULAÇÃO DE PERDA RAZOÁVEL – 6. MINHA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À TEORIA DA IMPREVISÃO E A LESÃO ENORME

1. CONCEITO

Iniciando pelo significado do vocábulo extinção, vemos que ele provém do latino *extinctio*, *onis* ou *exstinctio*, *onis* (supressão, destruição, morte, apagamento), do verbo *extinguo* ou *extingho*, *is*, *tinxi*, *tinctum*, *ere* (extinguir, apagar, destruir, esgotar, matar, exceder), derivado de *ex* (prefixo) acrescido do verbo *stingho*, *is*, *stinxi*, *stinctum*, *ere*, com o mesmo significado do anterior.

Desse sentido etimológico, temos que a extinção do contrato opera seu desaparecimento do mundo jurídico.

Resta indagar, porém, se o apagamento, tão-só, da possibilidade de exigir o objeto da prestação contratual pode considerar-se como extinção do negócio.

Parece-me que, nesse caso, ocorre mera neutralização, pois, embora o contrato exista, as obrigações nele assumidas já não podem ser exigidas. É o caso, por exemplo, da ocorrência de prescrição, em que o credor já não pode exigir do devedor o cumprimento da prestação, embora a obrigação de pagar continue a existir como obrigação natural. Assim, a obrigação contratual, que, antes, era civil, não se extingue, mas se transforma em natural, permanecendo, pois, o contrato; ocorrendo futuramente o cumprimento obrigacional espontâneo, ele é válido e, aí sim, restará extinto o negócio.

2. ESPÉCIES

Sem o intuito de polemizar, em que pesem as opiniões contrárias de doutos juristas, declinarei, nessa oportunidade, as espécies de extinção do contrato, na classificação que proponho.

Assim, o contrato extingue-se: (a) por imperfeição a ele anterior, que causa sua nulidade ou anulabilidade; (b) pela execução, com o cumprimento de todas as obrigações contratuais; (c) pela inexecução culposa, quando ocorre rescisão unila-

teral ou bilateral; (d) pela inexecução não culposa voluntária, no caso de rescisão unilateral e bilateral; ou, finalmente, (e) pela inexecução não culposa involuntária, quando se trata de resolução.

Analisando cada uma das classes propostas, sentimos, na primeira, que o contrato pode nascer já gravado de uma causa de nulidade ou anulatória, até, às vezes, de inexistência, que provoque sua extinção. Basta, então, que um menor de 16 anos firme um contrato, ou que, neste, o objeto seja ilícito, para que se decrete sua nulidade; ou, ainda, que um menor, com 17 anos, assim atue, sem estar, devidamente, assistido por seu representante legal, para que possa ser anulada a avença. A inexistência do contrato ocorrerá quando faltar qualquer de seus elementos essenciais, como, por exemplo, a vontade dos contratantes.

Por outro lado, quando o contrato se extingue pelo cumprimento de todas as obrigações nele assumidas pelas partes, alcança ele suas finalidades, restando cada interessado com o que lhe é devido. Veja, desse modo, que o meio mais comum de extinção obrigacional e, conseqüentemente, do contrato é o pagamento, seja puro e simples, seja forçado ou por execução judicial, seja, ainda, por outras modalidades previstas em nossa legislação, como a consignação em pagamento, a novação, a sub-rogação, a imputação, a remissão, a dação, a compensação, a transação, o compromisso arbitral (hoje, arbitragem) e a confusão.

Quanto à inexecução da obrigação contratual, entretanto, há que perquirir-se sobre a existência, ou não, de culpa, que acarrete o evento extintivo do negócio, pois, sem ela, a regra é de que voltem as partes contratantes ao estado primitivo, anterior à avença; ao passo que, com ela, é preciso ressarcir as perdas e danos e cumprir as demais conseqüências desse inadimplemento. Tudo porque o princípio vigente, em nosso sistema legislativo das obrigações, é o de que, não havendo culpado, o dono deve sofrer as perdas e os prejuízos (*res perit domino*, a coisa perece para o dono).

Aliás, lembre-se de que esse princípio, que se grava na sistemática obrigacional de nossos dias, inspirado nos textos romanos, já se fazia presente no Código do monarca da Babilônia, Hamurabi, que reinou de 1728 a 1686 a.C. e que, em seu § 244, estatui: “Se alguém alugou um boi, ou um asno, e, se nos campos, o leão os matou, a perda é para o dono.” Aqui, bem se pode perceber que a obrigação é de restituir um boi, ou um asno, por quem os tomou em locação de seu dono; e que o leão, matando o objeto dessa locação, simboliza a ausência de culpa por parte do locatário, que, dificilmente, à época, com as armas de que dispunha, poderia proteger aqueles ditos animais contra esse ataque, ainda com maiores dificuldades se fosse em campo aberto.

Quando a inexecução da obrigação contratual dá-se culposamente, encontramos em face da rescisão, ou seja, da ruptura do negócio, que pode ser unilateral ou bilateral, quer exista descumprimento obrigacional por uma das partes, ou por ambas, respectivamente.

Se, entretanto, essa inexecução for ausente de culpabilidade, cuida-se de rescisão ou de resolução, conforme o caso.

A rescisão pode ocorrer por vontade bilateral dos contratantes, tomando o nome de distrato, ou por um só deles, sendo, nesse caso, unilateral. No primeiro caso, por exemplo, podem as partes, por suas vontades, de comum acordo, distatar uma compra e venda; no segundo, suponhamos ser as arras (ou sinal) penitenciais, qualquer dos interessados pode desistir do negócio, exercendo seu direito de arrepender-se, restituindo-as, em dobro, se for quem as recebeu, ou as perdendo, se for quem as deu, caso não exista outra estipulação contratual.

Na rescisão não há pagamento de indenização, em face da denúncia, porque esta é autorizada.

Quem resile ou denuncia exerce regularmente esse direito de resilir ou de denunciar.

A resolução, ao seu turno, é a extinção do contrato, por inexecução de suas obrigações, mas independentemente da vontade dos contratantes, que, por não a manifestarem, estão isentos de culpa.

Tal acontece, por exemplo, quando ocorre impossibilidade total, definitiva, da execução obrigacional, como na obrigação de dar coisa certa, infungível, pelo perecimento do objeto (incêndio de um automóvel), como, também, na obrigação do ato prometido (pintor que não pode pintar um quadro, porque quebrou seu braço). Pode acontecer, ainda, que o contrato seja extinto pela morte do devedor, quando sua obrigação não se transferir a seus herdeiros ou sucessores, e não for, pois, personalíssima.

3. CÓDIGO CIVIL DE 2002

Não tendo o Código Civil anterior cuidado, em local apropriado, dos casos de extinção do contrato, a matéria encontra-se, nele, espalhada, existindo, por exemplo, referência ao distrato, em seu art. 1.093, no capítulo dos contratos bilaterais.

O atual Código Civil, ao contrário, agrupou, em capítulo próprio à extinção do contrato, o distrato, nos arts. 472 e 473; a cláusula resolutiva, nos arts. 474 e 475; a exceção de contrato não cumprido, nos arts. 476 e 477; e a resolução por onerosidade excessiva, nos arts. 478 a 480.

Embora não residam, aí, todas as causas extintivas do contrato, preocupou-se o pré-legislador desde 1975 em regular, destacadamente, algumas de significativa importância.

Cuidando, inicialmente, do distrato, o art. 472 do novo Código, com melhor redação, reproduz a 1ª parte do art. 1.093 do Código Civil, de 1916, eliminando a 2ª parte deste, que atesta a validade da quitação, realize-se pela forma que for.

Diga-se, aliás, que foi benéfica tal supressão, pois que deslocada a matéria. Por isso, assim agindo, o legislador do novo Código inseriu-a no limiar do art. 318, no capítulo do pagamento, onde assenta que a quitação poderá, sempre, existir em instrumento particular.

O art. 473 do mesmo Código admite que a “resilição unilateral” se faça, “nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita”, por “denúncia notificada” ao outro contratante. Só que, em seu parágrafo único, atesta que, conforme a natureza do contrato, tendo um dos contratantes realizado investimento de monta a possibilitar a execução a que se propôs, fica sobrestado o efeito dessa denúncia, até que transcorra um prazo compatível com a “natureza” e o “vulto” desses investimentos.

A novidade desse artigo está em seu parágrafo único, que atenua o princípio *pacta sunt servanda*, com o sobrestamento do efeito de denúncia, podendo o juiz determinar a continuidade do prazo contratual pelo tempo necessário à recuperação do investimento feito.

Com relação à cláusula resolutiva, enuncia o art. 474 do Código que, sendo expressa, “opera de pleno direito”, e que, sendo tácita, só por meio de interpelação judicial.

Podemos claramente perceber, entretanto, que essa cláusula está vinculada ao inadimplemento contratual, o que, ao meu ver, e dentro do espírito da classificação que propus, impede-a de chamar-se resolutiva ou resolutória. Melhor seria que a cognominássemos cláusula rescisória. Entre nós, por exemplo, o Decreto-lei nº 745, de 7 de agosto de 1969, que dispõe sobre os contratos disciplinados no art. 22 do Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, de compra e venda de lotes, com pagamento em prestações, estabeleceu, em seu art. 1º, a impossibilidade de sua rescisão, ainda que deles conste “cláusula resolutiva expressa”, forçando a interpelação judicial ou extrajudicial, do comprador, em mora, com o prazo mínimo de 15 dias, antes do qual não será considerado inadimplente, se cumprir, nele, suas obrigações então vencidas.

O Código Civil de 1916 não cuidou, especificadamente, em uma de suas seções, da cláusula “resolutória” expressa, mas regulou o pacto comissório, no capítulo da compra e venda, no art. 1.163. Por esse dispositivo, tendo comprador e vendedor ajustado o desfazimento da venda, ante o não-pagamento do preço, até certo dia, poderá o vendedor declarar extinto o contrato, ou exigir o cumprimento dessa obrigação. Pelo parágrafo único do mesmo artigo, deverá manifestar-se o vendedor, no prazo de 10 dias, se quiser reclamar o preço, sob pena de restar, inevitavelmente, resilido o negócio.

Como bem pudemos sentir, as partes contratam, no pacto comissório, a resilição, pura e simples, do contrato. O evento futuro e incerto é a realização ou não do pagamento, que confere ao vendedor a opção mostrada, independentemente de pagamento das perdas e danos; daí, a resilição e não a rescisão da avença.

O pacto comissório é, assim, verdadeiramente, uma espécie de cláusula resilitiva expressa, pois nele não há prática de negócio ilícito, inadimplemento culposo, mas a autorização das partes ao exercício de um direito.

Já a cláusula resolutória, ou resolutiva, como tratada no novo Código, não existe sem lesão e sem consequente ressarcimento de prejuízos.

Acentua Darcy Bessone de Oliveira Andrade (Do contrato, teoria geral, Ed. Saraiva, São Paulo, 4ª ed., 1997, p. 251, nº 168) que a cláusula resolutória expressa é sempre estimulada por um pressuposto: “O inadimplemento culposo (culpa presumida) de um dos contratantes”; por isso, entendo que essa cláusula deveria rotular-se de rescisória.

Quanto à exceção do contrato não cumprido, o novo Código repete, em seus arts. 476 e 477, as duas partes do art. 1.092 do Código Civil anterior, com ligeira modificação redacional, mas sem qualquer alteração do sentido, eliminando, contudo, o parágrafo único deste. A matéria deve ser encarada ante os contratos bilaterais.

Lembre-se de que, nos contratos unilaterais, somente uma das partes tem obrigação, como acontece no mútuo, em que, realizado o empréstimo, por exemplo, de uma soma em dinheiro, nasce tão-somente a obrigação do mutuário de devolver a soma emprestada.

Já nos contratos bilaterais, ambas as partes atribuem-se obrigações, como na compra e venda, em que o vendedor obriga-se a entregar o objeto vendido ao comprador e este ao pagamento do preço avençado.

Só nesses contratos bilaterais caberá a exceção de inadimplemento (*exceptio non adimpleti contractus* - exceção de contrato não cumprido), contida no mencionado art. 476 do novo Código Civil, em que se estipula que o contratante que não cumprir sua obrigação não poderá exigir o cumprimento da do outro.

Pode acontecer, ainda, que exista o cumprimento da obrigação, mas de modo insatisfatório, o que possibilita a utilização do mesmo princípio (*exceptio non rite adimpleti contractus*).

Completando essa matéria, possibilita o art. 477 do novo Código (2ª parte do revogado art.1.092) que, concluído o contrato e sobrevindo a diminuição do patrimônio de uma das partes comprometendo ou tornando duvidosa a sua prestação, possa a outra recusar-se a cumprir a obrigação o que lhe incumbe até que aquela cumpra ou dê garantia do seu cumprimento obrigacional.

Relativamente à resolução do contrato por onerosidade excessiva, o atual Código firmou como princípio a possibilidade de devedor, em desvantagem, nos contratos de execução continuada ou diferida, pedir a resolução do contrato, caso não se modifiquem, equitativamente, as condições contratuais, toda vez que ocorrer o desequilíbrio econômico na posição das partes contratantes, “em virtude de acontecimen-

tos extraordinários e imprevisíveis”, segundo se depreende de seus arts. 478 e 479.

O citado art. 478, em seu parágrafo único, declara: “Os efeitos da sentença que decretar a resolução do contrato” deverão retroagir à data da citação.

É certo que a resolução por onerosidade excessiva só pode ocorrer nos contratos comutativos de execução continuada ou diferida, o que quer dizer que a previsão inicial das partes, de saberem o que iriam ganhar e perder, resta quebrada, no correr do tempo, por substancial aumento valorativo no objeto da prestação contratada, do momento da perfeição do negócio ao de sua efetiva execução.

O atual Código introduziu esse instituto dos mais louváveis, porém com muita parcimônia, com excesso de cautela, pois entendo que a apontada onerosidade deve ser admitida, judicialmente, quando flagrante, pelo próprio juiz, independentemente de provocação da parte interessada.

Como venho acentuando, a lei reduz indevidamente, a aplicação do princípio da onerosidade excessiva, só possível em face de acontecimentos imprevisíveis. A teoria da imprevisão engessa o art. 478, que deveria aplicar-se sempre que houvesse desequilíbrio contratual, independentemente de qualquer causa, previsível ou não.

No art. 479 do Código Civil, o legislador procura salvar da extinção o contrato, mostrando que sua resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o demandado a modificar equitativamente as condições do contrato.

Se juiz vier a decidir essa demanda, ele o fará como árbitro, sujeita a decisão à concordância das partes contratantes, pois o juiz não pode ser parte no contrato.

Por outro lado, há certas circunstâncias em que seria desastroso considerar o contrato resolvido, sem uma oportunidade concreta de sua revisão, podendo no meu entender, o juiz encaminhar as partes à decisão arbitral (arbitragem), em cujo processo elas possam livremente defender suas posições junto ao árbitro ou árbitros.

Por sua vez, o art. 480 do atual Código admite que, sendo leonino o contrato (com obrigações só para uma das partes), a parte prejudicada possa pedir a redução do quantum devido, ou, ainda, a modificação do modo de seu pagamento, no intuito, sempre, de que se evite a resolução pelo excesso oneroso.

4. CÓDIGO CIVIL ALEMÃO

Quando realizei palestra em Roma, durante o encerramento de Curso de Pós-Graduação de Direito Romano (4 anos) da Faculdade de Direito Tor Vergata, de que participei, fui advertido de que o então novo BGB (na reforma do Direito das Obrigações, que teve início de vigência no dia 1º de janeiro de 2002) tivesse acolhido meu posicionamento, então exposto sobre a teoria da imprevisão, em verdade isso não ocorreu.

Realmente, em sua primeira alínea, o § 313 acentua que “Havendo mudanças graves nas circunstâncias que integram a base do contrato, depois de sua celebração” (alea extraordinária), “em razão das quais os contratantes não o celebrariam ou o fariam com outro conteúdo, se tivessem podido prever as mudanças” (aqui a questão da previsibilidade), “pode-se requerer a adaptação do contrato, desde que uma das partes considere as circunstâncias do caso concreto, principalmente sobre a divisão de riscos contratuais ou legais, não se podendo exigir a manutenção do contrato celebrado”.

Vê-se, nitidamente, nesse artigo, que as alterações nos termos do contrato devem ocorrer depois de sua celebração, como eventos futuros e que as partes não tivessem podido prever essas mudanças. Deste modo, sendo previsíveis essas mudanças, não será aplicável o aludido dispositivo legal.

Reitero, nesse passo, meu posicionamento doutrinário de que basta o desequilíbrio econômico do contrato, para que possa ele ser modificado ou resolvido, em razão da simples ocorrência da onerosidade excessiva.

5. QUEBRA DA BASE DO CONTRATO E ESTIPULAÇÃO DE PERDA RAZOÁVEL

Ocorrendo o desequilíbrio contratual, com a conseqüente quebra da base do contrato, tal situação levará à inevitável necessidade de reequilibrar a avença, sob pena de quebra da natureza jurídica do contrato comutativo, que se transforma em aleatório, trazendo prejuízo a uma das partes contratantes e lucro para a outra, com quebra ainda do princípio do enriquecimento indevido ou injusto, defendido em capítulo específico do Código Civil.

Um contrato comutativo, com prestações equipolentes, não pode desvirtuar-se em aleatório, sob pena de enriquecer-se uma das partes injustamente, sem que tenha havido participação de vontade de qualquer dos contratantes.

Seria o caso, talvez, de fixar-se no contrato uma margem razoável de perda, a ser suportada pelos contratantes, em face de desequilíbrio econômico, ou ainda, na falta dessa fixação, a própria lei fixá-la até o limite de 20% (vinte por cento), por exemplo.

6. MINHA POSIÇÃO DOUTRINÁRIA QUANTO À TEORIA DA IMPREVISÃO E À LESÃO ENORME ¹

Ao Direito repugna a atuação ilícita e mesmo o enriquecimento indevido, pois a lesão está presente neles.

O fenômeno da lesão, no Direito contratual, deve ser encarado objetivamente. Causado o prejuízo, estabelecido o nexos de causalidade e ocorrendo o desequilíbrio nas prestações, deve ser restabelecida a igualdade entre os contratantes.

Isso porque o agravamento unilateral da prestação de uma das partes contratantes torna excessivamente onerosa sua obrigação e, por via de consequência, insuportável o cumprimento desta.

Resumindo, nessa oportunidade, meu entendimento, julgo que a cláusula *rebus sic stantibus* pode ser admitida sem a moderna teoria da imprevisão, que reduz a sua intensidade, possibilitando sua aplicação somente em situações futuras e imprevisíveis.

Para mim, portanto, a lesão enorme ocorre, quando existe mero desequilíbrio contratual, desde que presentes graves modificações no contrato, pressupondo, assim, a *alea extraordinária*.

O fundamental é não transformar contrato comutativo em aleatório. Naquele, as partes têm plena noção do que vão ganhar e do que vão perder. Desse modo, nascendo o contrato já portador desse desequilíbrio, ou surgindo, após esse desequilíbrio, com sérios prejuízos (graves) a uma das partes, por acontecimentos alheios à vontade dos contratantes, dá-se a resolução contratual, por onerosidade excessiva, independentemente de ser previsível, ou não, a brusca e anormal alteração dos fatos. Isto, se o contrato não puder ser revisto.

Se não for assim, ninguém poderá contratar seguramente, em regime de inflação, por exemplo, pois o agravamento desta, ou, ainda, a deflação, sendo previsíveis, estarão sempre, a ameaçar os contratantes, com insegurança constante e em verdadeiro clima de risco, como nos contratos aleatórios.

Minha sugestão, portanto, é a de que se elimine essa situação de imprevisibilidade, constante do art. 478 do novo Código Civil Brasileiro, riscando-se do seu texto a palavra, imprevisíveis.

⁽¹⁾ Posição por mim defendida, também em Roma, desde 1995 e reafirmada no dia 26 de maio de 2006, na palestra que proferi em Roma, Itália, no Palazzo Santacroce

Desse modo, o art. 480 cuidará, como cuida, do desequilíbrio econômico, com inspiração no Direito Justiniano, no nascimento do contrato, coibindo cláusulas leoninas e abusivas.

Por outro lado, o art. 478, sem a palavra imprevisíveis, será aplicado nos graves desajustamentos contratuais, surgidos após a contratação, em decorrência de fatos supervenientes. Aqui, estará por analogia o ensinamento de Justiniano.

E o art. 479 estará presente para possibilitar o salvamento do contrato, por meio de revisão judicial, já atrás analisada.

Veja-se, finalmente, que o art. 317, do Código Civil, no Direito das Obrigações, cogitando do objeto do pagamento, assenta que, ocorrendo desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, por motivos imprevisíveis, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

Ao meu ver, deve excluir-se a palavra imprevisíveis, pois qualquer motivo de desequilíbrio deve ser considerado, independentemente de qualquer imprevisibilidade.

Assim, deve ser, para que se evite o enriquecimento injusto ou indevido.

O Direito moderno não pode possibilitar esse enriquecimento injustificado, contra o princípio da comutatividade dos contratos, transformando os negócios comutativos em aleatórios.

São Paulo, 28 de março de 2016.



RESPONSABILIDADE
POR VÍCIOS DE
CONSTRUÇÃO

RESPONSABILIDADE POR VÍCIOS DE CONSTRUÇÃO

“Sem que se estabeleça a noção de dano, não se pode ter uma ideia exata da responsabilidade civil num determinado país.”¹

ARAKEN DE ASSIS
ADVOGADO

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO – 1. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR: PRAZO DE GARANTIA – 2. OBJETO DA RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR NO PRAZO DE GARANTIA – 3. RESPONSÁVEIS E BENEFICIÁRIOS DO PRAZO DE GARANTIA – 4. PRAZOS DE DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES ORIGINADAS PELA GARANTIA – CONCLUSÃO

INTRODUÇÃO

Dispõe o art. 618, caput, do CC: “Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de 5 (cinco) anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo”. Essa disposição corresponde, essencialmente, ao art. 1.245 do CC de 1916.

A correspondência, entretanto, não é absoluta. Em dois aspectos de suma importância há diferenças.

Por imperativo de ordem pública, o prazo quinquenal não comporta exceção em contrário dos figurantes no contrato de empreitada, quer para excluí-lo, quer para reduzi-lo. Ponderável opinião, no direito anterior, preconizava natureza dispositiva a semelhante preceito². O legislador brasileiro preferiu a linha da indisponibilidade, seguindo os passos do vigente art. 1.792, n.º 5, do Código Civil francês³. A autonomia privada poderá aumentar o prazo e o âmbito da garantia, ficando interdito, porém, sua redução quantitativa e qualitativa.

⁽¹⁾ Clovis do Couto e Silva, *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*, pp. 217/234. DE FRADERA, Vera Maria Jacob. *O direito privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997

Ademais, a responsabilidade do empreiteiro abrange a firmeza do solo, ordinariamente objeto de sondagem a cargo do dono da obra. No direito anterior, aviso em contrário do empreiteiro, quanto à firmeza do solo, transferia o risco da edificação em local impróprio. Ao empreiteiro incumbe, desconfiando do terreno ou da sondagem preliminar do incorporador, sondá-lo “não somente até onde vão ficar as fundações, mas até mais embaixo, onde possa influir sobre a segurança da obra, a construir sobre o solo. Se assim não procede, age com culpa, devendo responder pelas consequências que dela resultarem”⁴. E, com efeito, a concepção antiga, responsabilizando o dono da obra pelos vícios do solo (*vitium soli*) e o construtor pelos vícios da construção (*vitium operis*) encontra-se superada, razão bastante para modificar a redação do art. 618, caput, do CC. Presentemente, atribui-se ao construtor a as falhas da construção em virtude das condições do solo, porque só este dispõe da capacidade técnica para avaliar o assunto⁵. Claro está que o contrário pode resultar da condição dos figurantes do contrato. É comum o dono da obra, geralmente empresa de engenharia, mandar realizar a sondagem, por meio de empresa especializada, por sua conta, assumindo a responsabilidade pelos resultados e da edificação em conformidade com o exame. Tal não exclui, todavia, a responsabilidade do construtor perante os adquirentes da obra, objeto de considerações no item próprio.

O preceito atualmente constante do art. 618, caput, do CC, sempre suscitou controvérsias. A esse respeito, destacam-se os seguintes aspectos, relativamente à relação direta entre o empreiteiro e o dono da obra, subentendendo-se superados os dois pontos resolvidos na lei civil em vigor e há pouco aventados: (a) a natureza do prazo de cinco anos; (b) o objeto dos vícios garantidos no curso desse prazo; (c) o prazo de prescrição da pretensão daí originada, uma vez apurado o defeito; (d) a quem compete essa pretensão; (e) quem responderá nos termos do art. 618, caput, do CC. E há outro pormenor de alta significação. Segundo o art. 618, parágrafo único, do CC, “decairá do direito assegurado neste artigo o dano da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito”. Impõe-se definir qual a natureza e a abrangência desse prazo.

⁽²⁾ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.847, p. 405. Em sentido contrário, entretanto, Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 240

⁽³⁾ Jérôme Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, n.º 32.431, p. 1.483.

⁽⁴⁾ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 17, p. 365

⁽⁵⁾ Heinrich Honsell, *Römisches Recht*, p. 52, 6.ª ed. Berlim: Springer Verlag, 2006, in verbis: “Gründungsmängel bei Bauwerken infolge schwieriger Bodenverhältnisse gehen nach heutiger Auffassung zu Lasten des Unternehmers, der im Unterschied zum Bauherren über die notwendige Sachkunde verfügt”.

É o que se passará a examinar, justificando-se, deste logo, a citação feita na epígrafe. À base do art. 618 do CC descansa a noção de dano. Ela é indispensável para desvelar a inteligência da regra

1. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR: PRAZO DE GARANTIA

O dano indenizável resulta tanto de fatos ilícitos, quando de fatos lícitos ⁶— nesse último caso, conforme se constata do art. 188, II ⁷, e do art. 929⁸ do Cód. Civil de 2002 ⁹. Não há entre o fato lícito e o ilícito diferença ontológica. Ambos resultam da previsão de determinado esquema de fato na norma jurídica. Lícito ou ilícito o fato é jurídico, porque previsto, ou não interessa ao direito. Comparativamente ao fato lícito, o fato ilícito é desconforme ao direito; portanto, há frisante diferença axiológica entre ambos.

Em sentido largo, os ilícitos dividem-se em duas espécies: (a) relativo, ensejando a responsabilidade contratual; e (b) absoluto, assoalhando a responsabilidade extracontratual, também chamada, em virtude de romanismo tardio, de responsabilidade aquiliana. Convém não confundir as duas órbitas, porque a disciplina não é inteiramente coincidente.

Pois bem. Firmou-se o entendimento de que o prazo de cinco anos não respeitava à pretensão decorrente da incidência da norma, ou seja, não se cuidava de prazo de prescrição ou de decadência. Era prazo de garantia. Conforme ensinava HELY LOPES MEIRELLES, no direito anterior, “o prazo quinquenal é de garantia e não de prescrição... Desde que a falta de solidez ou segurança da obra apresente-se dentro de cinco anos do seu conhecimento, a ação contra o construtor e os demais participantes do empreendimento subsiste pelo prazo prescricional comum...” ¹⁰. Em outras palavras, não importa se o defeito surgiu antes ou depois da aquisição da obra por terceiro, mas que haja se manifestado no interstício de cinco anos após a entrega da obra, com ou sem ressalva do respectivo dano. Por óbvio, o recebimento da obra não exime o construtor da ga-

⁽⁶⁾ Neste sentido, Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 26, § 3.107, p. 23.

⁽⁷⁾ *Equivalente ao art. 160, II, do CC de 1917.*

⁽⁸⁾ *Equivalente ao art. 1.519 do CC de 1917, que rezava: “Se o dono da coisa, no caso do art. 160, II, não for culpado do perigo, assistir-lhe-á direito à indenização do prejuízo, que sofreu”.*

⁽⁹⁾ *Reza o art. 929 do CC de 2002: “Se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, no caso do inciso II do art. 188, não forem culpados do perigo, assistir-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram”.*

⁽¹⁰⁾ *Hely Lopes Meirelles, Direito de construir*, p. 240. No mesmo sentido, *Serpa Lopes, Curso de direito civil*, v. 4, n.º 472, pp. 180-181.

rantia legal. O Supremo Tribunal Federal reconheceu essa natureza do prazo ¹¹. E acentuou que, nascida a pretensão na oportunidade em que surgisse o defeito abrangido na regra, a prescrição era a comum. Posteriormente, a Súmula do STJ, n.º 194, consagrou, na vigência do CC de 1916, o prazo de vinte anos (prescrição comum) para essa pretensão.

Nada se modificou, substancialmente, perante o art. 618, caput, do CC. O prazo quinquenal é de garantia e, como visto, de ordem pública, insuscetível de convenção em contrário.

Porém, urge definir precisamente a natureza da responsabilidade, a respeito da qual dividiram-se as opiniões. Por um lado, cuidar-se-ia de eficácia da relação contratual, definida no art. 618, caput, como empreitada de labor e materiais, razão por que “o ter havido empreitada é pressuposto indispensável” ¹². E, por outro lado, entendeu-se tratar de responsabilidade extracontratual, presumindo-se a culpa do empreiteiro ou construtor ¹³. Ora, não parece razoável a coextensão do art. 618, caput, à do art. 186 do CC, fonte genérica da responsabilidade extracontratual. O Superior Tribunal de Justiça entendeu, corretamente, não se inserir a garantia, *ex lege*, atribuída ao construtor nos quadrantes da responsabilidade extracontratual ¹⁴. Tecnicamente, o art. 618, caput, do CC consagra hipótese de responsabilidade pós-contratual, cujo termo final é o vencimento do prazo quinquenal. Logo, não é ilícito absoluto, na definição antes apresentada.

Essa questão não é, absolutamente, ociosa. De acordo com a natureza da responsabilidade aplicar-se-á, ou não, o prazo de três anos previsto no art. 206, § 3.º, V, para a pretensão de reparação civil.

E, como percebeu julgado do Superior Tribunal de Justiça ¹⁵, ainda cumpre distinguir duas hipóteses. Relativamente aos vícios de construção abrangidos no art. 618, caput, do CC, sem pejo da interpretação mais ou menos elástica no que concerne à segurança e à solidez, a responsabilidade pós-contratual do construtor é objetiva,

⁽¹¹⁾ 2.ª T. do STF, RE 105.835-SP, 17.06.1988, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 26.08.1988, p. 21.037.

⁽¹²⁾ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.847, p. 467. No mesmo sentido, José de Aguiar Dias, *Da responsabilidade civil*, v. 1, n.º 138, p. 330.

⁽¹³⁾ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 17, p. 350.

⁽¹⁴⁾ 3.ª T. do STJ, REsp. 706.424-SP, 11.10.2005, Rel. Min. Humberto de Barros, DJU 07.11.2005, p. 279.

⁽¹⁵⁾ 3.ª T. do STJ, REsp. 1.290.383-SE, 11.02.2014, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 24.02.2014.

decorrendo de preceito de ordem pública¹⁶, prescindindo do exame da culpa; porém, nada pré-exclui pretensão fundada em lícito contratual (art. 1.056 do CC de 1916; art. 389 do CC de 2002), uma vez demonstrada a culpa. Em tal hipótese, há autêntico concurso de normas¹⁷, subordinadas a pressupostos diferentes. Ademais, a incidência da regra não afasta a pretensão ao desfazimento do negócio, por vício de objeto, hipótese de importância na interpretação do art. 618, parágrafo único, do CC.

2. OBJETO DA RESPONSABILIDADE DO CONSTRUTOR NO PRAZO DE GARANTIA

O art. 618, caput, erige como objeto da responsabilidade peculiar do construtor os vícios concernentes à solidez e à segurança da obra. Parece evidente cuidarem-se, em princípio, de vícios ocultos, porque insuscetíveis de verificação incontinenti pelo profano na área da construção. Por exemplo, a insegurança das fundações, seja em virtude da execução fora do projetado, ou com o emprego de materiais inidôneos (v.g., o uso de areia do mar), seja em virtude da fragilidade do solo, não constituem defeitos que o leigo verifique à primeira vista, nem sequer produzem seus efeitos deletérios imediatamente, senão em tempo indeterminado. Nesse sentido, portanto, a regra excepciona a disciplina própria dos vícios ocultos ou redibitórios, nos contratos comutativos (art. 441 do CC). Fica subentendida, ainda, a contemporaneidade dos vícios à realização da obra. Quer dizer, ainda que ocultos os vícios de construção, a disciplina é outra e subsumida integralmente à regra especial.

Como quer que seja, o art. 618, caput, abrange vícios ocultos e aparentes, “mesmo porque a gravidade do vício pode só de revelar muito depois da entrega, ou, durante algum tempo, afirmar o empreiteiro que não se tornaria de relevância, ou ter prometido a reparação, ou acabar por desaparecer”¹⁸. Não se limita, seguramente, aos vícios de construção ocultos¹⁹, ou seja, insuscetíveis de apuração sem o concurso de especialista. Existirão, decerto, vícios atinentes à solidez e à segurança que surgem de pronto, a exemplo das fissuras verticais. Esses defeitos aparentes indicam, ordinariamente, incapacidade das fundações para suportar a carga das paredes.

⁽¹⁶⁾ *Hely Lopes Meirelles, Direito de construir*, p. 240.

⁽¹⁷⁾ *Vide, Araken de Assis, Processo civil brasileiro*, v. 1, n.º 274, pp. 771-773.

⁽¹⁸⁾ *Pontes de Miranda, Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.847, p. 409.

⁽¹⁹⁾ *Em sentido contrário, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, Instituições de direito civil*, v. 3, n.º 136, p. 351.

O objeto da responsabilidade envolve, preliminarmente, (a) edifícios e (b) outras construções consideráveis. Entende-se por edifícios a obra destinada ao uso da pessoa, como as residências unifamiliares e coletivas, escolas, tempos e hospitais²⁰. E, por construções, “toda realização material de dominação da natureza, tais como estradas, pontes, usinas, as quais, embora visando à satisfação de necessidades humanas, não são ocupadas diretamente pelo homem”²¹. A rigor, a “construção”, posto que considerável, abrange o “edifício”, compreendendo quaisquer acessões materiais de uso permanente

É mais difícil precisar o sentido dos conceitos juridicamente indeterminados “solidez” e “segurança”. Em relação à solidez, logo acode à mente o risco de ruína, e, portanto, trata-se de receio relacionado ao objeto. Vícios dessa natureza envolvem a parte estrutural da edificação, comprometendo-lhe a integridade, e, conseqüentemente, provocando risco imediato ao objeto e risco mediato às pessoas. Não há dúvida que os defeitos na fundação, provocando fissuras de maior ou menor vulto, calham perfeitamente à rubrica. Também abrange desabamentos, parciais ou totais, rompimento de paredes e tetos, e “arrebentamento de escadas”²².

Elemento mais duvidoso concerne à “segurança”. Cuida-se de risco eminentemente subjetivo, embora decorrente da construção, e aparentemente atinente à possibilidade de ruína. Convida à pré-exclusão dos vícios relativos à perfeição da obra ou vícios de acabamento. Os vícios de acabamento resultam da comparação entre o feito e o previamente descrito. Para essa finalidade, há memorial, criado pelo dono da obra ou pelo autor do projeto, especificando a natureza e a qualidade dos materiais. Responderá o construtor pelo emprego de materiais diferentes (v.g., cerâmica nos pisos, em vez de granito) e pelos erros na execução (v.g., o assentamento frágil de azulejos e pisos cerâmicos; cerâmicas de origem heterogênea, implicando descontinuidade de cores ou de tamanho das peças). A mais das vezes, erros de execução são de responsabilidade dos prepostos do empreiteiro. Não se eximirá da responsabilidade, todavia, alegando que o vício de construção decorre de culpa dos prepostos, inclusive dos terceirizados para execução de partes específicas (v.g., as instalações elétricas e hidráulicas, bem como da colocação de pisos e revestimentos em geral). Em caso de vícios de acabamento, importaria a natureza do defeito, se (a) aparente ou (b) oculto: no primeiro caso, cessaria a responsabilidade do construtor com o recebimento da obra sem ressalva; no segundo, aplicar-se-iam os prazos próprios do art. 445 do CC²³, ou seja, um ano ou seis meses, conforme o caso. Não

⁽²⁰⁾ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 3, p. 351.

⁽²¹⁾ Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 240.

⁽²²⁾ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.847, p. 410.

⁽²³⁾ Nesse sentido, com referência ao prazo do direito anterior, Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 238.

faltam vozes defendendo a aplicação subsidiária da disciplina dos vícios redibitórios²⁴. Não é esta, entretanto, o entendimento usual nessa matéria²⁵, dilatando a abrangência do art. 618, caput, do CC.

Segundo lição muito acatada, o vício de construção abrange os que, “*sem comprometer a segurança do edifício, ou sua duração, torna-o, não obstante, impróprio ao uso de era destinado*”, a exemplo da “*umidade prejudicial à saúde e à habitualidade do prédio, ou se a fumaça das chaminés entre casa a dentro tornando intolerável a permanência de qualquer pessoa em determinados cômodos*”²⁶. Esse último exemplo não perdeu atualidade: lareiras são comuns nas regiões mais frias do país. A despeito de antigo julgado do Supremo Tribunal Federal repelir a responsabilidade do construtor nos casos em que o vício decorre do projeto²⁷, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça orienta-se no sentido que o art. 618, caput, do CC, abrange as “condições de habitabilidade” da edificação²⁸. Em particular, a responsabilidade do art. 618, caput, do CC, não se limita ao risco de ruína²⁹. Vícios de acabamento encontram-se incluídos na garantia quinquenal. Não é firme, todavia, porque outro julgado entendeu como excluídos “o tamanho das vagas de estacionamento ou vazamentos, defeitos no revestimento e trincas superficiais”³⁰. No entanto, a dilatação do campo de incidência da responsabilidade quinquenal se harmoniza com o desenvolvimento da indústria da construção civil e a incolumidade patrimonial do adquirente de unidades habitacionais³¹.

É particularmente delicado esse assunto no tocante às edificações construídas para populações de baixa renda. Nesse caso, ordinariamente empregam-se os materiais mais baratos, e, portanto, de qualidade inferior, e nem sempre a mão de obra, pelo mesmo motivo, exibirá a desejável proficiência. Nada obstante a devida

⁽²⁴⁾ Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, n.º 172, pp. 216-217.

⁽²⁵⁾ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 3, p. 352.

⁽²⁶⁾ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 17, p. 363.

⁽²⁷⁾ 1.ª T. do STF, RE 110.023-RJ, 30.09.1986, Rel. Min. Rafael Mayer, DJU 31.10.1986, p. 20.924.

⁽²⁸⁾ 3. T. do STJ, REsp. 1.172.331-RJ, 24.09.2013, Rel. Min. João Otávio de Noronha, RJSTJ, 240/772. No mesmo sentido, 3. T. do STJ, REsp. 706.424-SP, 11.10.2005, Rel. Min. Gomes de Barros, DJU 07.11.2005, p. 279; 3.ª T. do STJ, AgRg no Ag 446.071-PR, 30.08.2002, Rel. Min. Nancy Andrighi, RT, 809/225; 4.ª T. do STJ, REsp. 66.565-MG, 21.10.1997, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RJSTJ, 104/334; 4.ª T. do STJ, REsp. 1.882-RJ, 06.03.1990, Rel. Min. Athos Carneiro, RJSTJ, 12/330.

⁽²⁹⁾ 4.ª T. do STJ, REsp. 595.239-SP, 06.04.2004, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJU 13.09.2004, p. 259; 3.ª T. do STJ, REsp. 82.472-RJ, 02.12.1997, Rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 16.02.1998, p. 86.

⁽³⁰⁾ 4.ª T. do STJ, AgRg no Ag 37.056-SP, 12.09.2004, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 24.10.2004, p. 28.761.

⁽³¹⁾ Carlos Roberto Gonçalves, *Responsabilidade civil*, p. 414.

ressalva, a responsabilidade quanto à perfeição da obra, conforme a interpretação prevalecente do art. 618, caput, do CC, subsistirá integralmente. Uma coisa é utilizar cerâmica de baixa qualidade nos revestimentos de banheiros e cozinhas, ou nos pisos, e outra bem diferente consiste em assentá-las sem a necessária aderência. Ou realizar fundações insuficientes para suportar a carga da edificação, fatalmente provocando fissuras, ou empregar dutos e fios impróprios às suas finalidades costumeiras, gerando infiltrações, haja vista o rompimento dos canos, ou problemas elétricos. Em todas essas hipóteses existirá responsabilidade do construtor pelo prazo de garantia de cinco anos. O que não é dado ao dono da obra, e, a fortiori, ao adquirente do imóvel, é pretender mudanças qualitativas, a exemplo da substituição das cerâmicas de segunda linha pelas de primeira linha, e assim por diante. Assim defeitos de pequena monta não se situam fora ou aquém da garantia quinquenal³². O conceito juridicamente indeterminado “segurança” envolve outros atributos da construção.

Pode-se dizer que a responsabilidade do art. 618, caput, abrange a integridade da obra e quaisquer vícios ocultos e aparentes, de maior ou menor gravidade, exigindo-se apenas que comprometa seus fins próprios, ou seja, no caso dos edifícios, as condições normais de habitabilidade. Não é possível repelir do seu âmbito vícios que afetem a higiene (v.g., infiltrações), a estética (v.g., fissuras) e a função (v.g., descolamento dos revestimentos). Disciplinando a relação jurídica entre o incorporador e o adquirente a Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor), parece fora de dúvida que fornecedor responde pela conformidade e qualidade da coisa na perspectiva da sua durabilidade e utilidade³³.

3. RESPONSÁVEIS E BENEFICIÁRIOS DO PRAZO DE GARANTIA

Talvez não haja área tão propensa à divisão do trabalho, preservando-se a especialização de cada participante da cadeia produtiva, que a construção civil. Em geral, e sem embargo de o objeto do art. 618, caput, do CC estender-se a outras edificações, na construção predial urbana distinguem-se quatro participantes distintos: (a) o dono da obra, eventualmente pessoa natural ou pessoa jurídica, empresária ou não, cuja atividade é exercida “com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações, ou conjunto de edificações, compostas de unidades autônomas” (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591, de 16.12.1964), caso em que assume a qualidade de incorporador, haja ou não a constituição de patrimônio de afetação (art. 31-A da Lei 4.591/1964); (b) o autor

⁽³²⁾ *Opinião de Nancy Andrighi, Sidnei Beneti e Vera Andrighi, Comentários ao novo Código Civil, v. 9, p. 323.*

⁽³³⁾ *Sérgio Cavalieri Filho, Programa de responsabilidade civil, n. 109.4.4, p. 396.*

do projeto, via de regra mais de um, consoante a capacitação técnica, sendo usual, ao menos, a autoria autônoma dos projetos (ba) arquitetônico, (bb) estrutural, (bc) hidráulico, (bd) elétrico e de (be) climatização; (c) o executor da obra, dito empreiteiro ou construtor, também mais de um, consoante o âmbito da atividade, compreendendo (ca) as escavações porventura necessárias, frequentemente em solo rochoso; (cb) o assentamento das fundações; (cc) a estrutura física do edifício; (cd) as instalações das redes de esgoto, água e luz; e (ce) os acabamentos internos e externos, incluindo pinturas, paisagismo e adereços diversos; (d) o fiscal da obra, responsável pela coordenação dos trabalhos e a fiscalização da atividade atribuída a cada um dos participantes do empreendimento.

O art. 618, caput, do CC, imputa a responsabilidade por vícios de construção, nesse universo, ao “empreiteiro de materiais e execução”. Não é impróprio o uso da palavra “empreiteiro” nesse contexto. A relação jurídica entre o dono da obra, ou incorporador, e o executor é realmente de empreitada. Porém, outra é a relação entre os autores dos projetos e o fiscal da obra, porque a prestação que lhes incumbe não é a de edificar e construir a obra. Empreitada é, por definição, o negócio jurídico pelo qual o empreiteiro assume perante o empreitante, ou dono da obra, a obrigação de “executar e entregar, ou fazer executar e entregar, por si ou com auxílio de outros, determinada obra específica”³⁴. Por sinal, o art. 610, § 1.º, do CC, declara que a elaboração de projeto não implica a obrigação de executá-lo ou de fiscalizá-lo. Logo, entre o dono da obra, ou incorporador, e o autor dos projetos, há vínculo diferente: a locação de serviços³⁵, se o próprio incorporador não se encarregou, por meio de corpo técnico próprio, da elaboração dos projetos.

O primeiro problema suscitado pelo art. 618, caput, do CC, no concernente à subjetivação da responsabilidade, respeita à natureza da empreitada. Não é só na empreitada mista, na qual o empreiteiro se obriga a fornecer o material e a mão de obra, que incidirá o prazo de garantia³⁶. Também na empreitada unicamente de labor o empreiteiro responderá, porque “incumbe-lhe rejeitar tudo quanto for visivelmente impróprio ou insuficiente para a obra, a fim de não comprometer a sua solidez e segurança”³⁷, salvo vícios ocultos e, nesse caso, apenas os que escaparem à sua expertise natural. Em sentido contrário, argumenta-se que o ofício requer conhecimentos especiais, motivo por que o empreiteiro responderá por

⁽³⁴⁾ Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, *Instituições de direito civil*, v. 3, n.º 127, p. 337.

⁽³⁵⁾ Fábio Ulhoa Coelho, *Curso de direito civil*, v. 2, p. 328.

⁽³⁶⁾ Nesse sentido, porém, Arnaldo Rizzardo, *Contratos*, p. 645. Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade civil*, n.º 173, p. 218.

⁽³⁷⁾ Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 239.

todos os vícios dos materiais adquiridos e entregues pelo dono da obra, quer aparentes, quer ocultos³⁸. Ao nosso ver, fornecendo o dono da obra, ou incorporador, os materiais, selecionados a seu critério, a responsabilidade do empreiteiro sofre considerável temperamento, limitando-se pelo quod plerumque accidit: por exemplo, os encanamentos fabricados por X são mais propensos ao rompimento que os fabricados por Y. Em outras palavras, a lei preestabeleceu dever de exame dos materiais e, nessa contingência, “só se pode admitir exceção se tal exame foi feito por pessoa ou pessoas de indicação do empreitante” – ou seja, pelo fiscal da obra –, “caso em que – vê-se, pois, que não há propriamente exceção – o empreiteiro não fica isento de prevenir o empreitante, se discorda da perícia”³⁹. Também envolve o art. 618 do CC a construção sob administração, na qual o dono da obra subministra os recursos ao construtor, conforme o andamento da obra, recebendo o construtor um percentual fixo sobre tal montante, e, não, mediante o pagamento de preço fixo, como sucede na empreitada. É que, nessa espécie de negócio, aplica-se, subsidiariamente, o regime da empreitada.

Em seguida, sobrevém o problema da distribuição das responsabilidades na cadeia produtiva. Os vícios abrangidos no art. 618, caput, do CC, podem se originar do(s) projetos(s), dos materiais ou da execução propriamente dita. Nada obstante a assunção formal de responsabilidade em cada área de especialização, mediante anotação no órgão de classe, em princípio “a responsabilidade pela perfeição da obra e pela solidez e segurança é integral e única do construtor, mas pode ser transferida ao autor do projeto ou partilhada com os que nele interferiram, conforme a culpa de cada um”⁴⁰.

Cabe distinguir, a bem da clareza, a responsabilidade (a) perante o dono da obra e a (b) responsabilidade perante terceiro, em especial o adquirente da edificação. É certo, e objeto de notável precedente do Supremo Tribunal Federal, não se cingir a responsabilidade do art. 618, caput, do CC, apenas o dono da obra, ou incorporador, “mas transmite-se aos adquirentes das unidades, que ficam sub-rogados nos direitos daquele”⁴¹, não importando que o incorporador haja se encarregado da construção por seu próprio pessoal. Ora, no primeiro caso, o dono da obra, principalmente no caso de incorporação, exhibe condições técnicas para realizar a correta imputação, identificando qual a causa eficiente do vício de construção: projeto, material ou execução. O fiscal da obra responderá em qualquer

⁽³⁸⁾ J. M. Carvalho Santos, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. 17, p. 362.

⁽³⁹⁾ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.487, p. 411.

⁽⁴⁰⁾ Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 242.

⁽⁴¹⁾ 2.^a T. do STF, RE 105.835-SP, 17.06.1988, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 26.08.1988, p. 21.037.

hipótese, pois sua prestação consiste, justamente, em assegurar a integridade da obra, avaliando a qualidade do material, a excelência do seu emprego e a adequação ao projeto. No segundo caso, firmou-se a tese da solidariedade.

O Superior Tribunal de Justiça afirmou a responsabilidade do incorporador, pois é “o principal garantidor do empreendimento no seu todo, solidariamente responsável com outros envolvidos nas diversas etapas da incorporação”, invocando-se o art. 31 da Lei 4.591/1964⁴². É a lição da doutrina⁴³. Também reconheceu a responsabilidade do autor do projeto e fiscal da construção⁴⁴. Não é por outra razão, convém notar, que se confia o acompanhamento dos trabalhos a um técnico com habilitação legal⁴⁵. E a tese de harmoniza com a possibilidade de cumulação de funções no empreendimento. Não escapou esse pormenor à doutrina francesa, assinalando que, assumindo o arquiteto a condição de executor, responderá pelo vício de execução material, e se o construtor assume a função de projetista, responderá pelos defeitos do projeto⁴⁶. O art. 622 do CC é claro: se o projetista não executar a obra, confiada a terceiro, responderá nos termos do art. 618⁴⁷.

Ocorre que a construção civil de prédios urbanos é objeto de financiamento, atribuindo-se o agente financeiro o direito de fiscalizar o emprego dos recursos porventura liberados consoante o cronograma físico-financeiro da obra. Lícito conjecturar se de tal fiscalização não lhe advém a responsabilidade do art. 618, caput, do CC. Não é sem importância a questão, concebendo-se a insolvência de todos os figurantes da cadeia produtiva (incorporador, autor do projeto, executor e fiscal da obra) antes do vencimento do prazo quinquenal de garantia. Segundo julgado antigo do Superior Tribunal de Justiça, “a obra iniciada mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade financeira pela respectiva solidez e segurança”⁴⁸. Em sentido contrário, julgado mais recente entendeu irresponsável o agente financeiro, por falta de disposição contratual ou legal, e, ainda, “porque o agente financeiro não possui ingerência na escolha de materiais ou avaliação do terreno na qual que se pretende erguer a edificação”⁴⁹. Em outras palavras, ao agente

(42) 3.^a T. do STJ, REsp. 884.367-DF, 06.03.2012, Rel. Min. Raul Araújo, RJSTJ, 226/537.

(43) Sérgio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, n.º 109.3, pp. 391-392.

(44) 4.^a T. do STJ, REsp. 8.410-SP, 23.10.1991, Rel. Min. Athos Carneiro, RT 676/195.

(45) Hely Lopes Meirelles, *Direito de construir*, p. 242.

(46) Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, v. 11, n.º 952, p. 201.

(47) Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, v. 4, t. 2, p. 277.

(48) 3.^a T. do STJ, REsp. 51.169-RS, 09.12.1999, Rel. Min. Ari Pargendler, DJU 28.02.2000, p. 76.

(49) 4.^a T. do STJ, REsp. 104.062-MG, 08.06.2010, Rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro, DJE 09.09.2010.

financeiro é dado dissipar seus recursos, despreocupando-se com a ruína ulterior na edificação, e, conseqüentemente, o perecimento parcial da sua garantia real. Pouco razoável que seja o entendimento, há um pano de fundo econômico a explicá-lo. Aos contratos de financiamento imobiliário agregam-se contratos de seguro, contratados pelo adquirente da unidade habitacional, cujo prêmio é pago a seguradoras privadas, e dentre os riscos cobertos localiza-se os vícios de construção. A má qualidade das edificações ensejou o vertiginoso aumento de ações de responsabilidade contra as seguradoras que, antevendo a insuficiência dos recursos depositados no fundo comum para cobertura desses sinistros, administrado pelo principal agente financeiro – a Caixa Econômica Federal –, lograram persuadir o legislador a editar norma repassando o encargo ao erário. Lucros privados, prejuízos socializados, ou transferidos ao adquirente, eis o mote da orientação adotada no último julgado.

Conforme já se assinalou, a pretensão derivada do prazo de garantia do art. 618, caput, do CC, incumbe ao dono da obra, ou incorporador, e havendo alienação, ao adquirente final, a exemplo do promitente comprador⁵⁰. Jamais de pôs em causa a extensão da responsabilidade aos herdeiros e aos sucessores, causa mortis ou por negócio inter vivos, do empreitante⁵¹. Verdade que julgado do Supremo Tribunal Federal afastou a responsabilidade do dono da obra, posteriormente alienante do prédio residencial, porque “a aceitou como concluída a contento”⁵². Mas, julgado posterior do mesmo Tribunal alterou a orientação⁵³.

É difícil, senão impossível ao adquirente da unidade habitacional estabelecer, a priori, a causa ao vício de construção, ou seja, se decorreu do projeto, dos materiais ou da execução em si, salvo em termos gerais (v.g., as infiltrações, caso em que inexistirá responsabilidade do projetista elétrico). Não é obrigado a constituir prova antecedentemente, apurando a causa do vício e, assim, definindo o responsável. Essa é razão bastante para admitir sejam demandados quaisquer dos responsáveis da cadeia produtiva, em litisconsórcio passivo facultativo, a saber: o dono da obra, ou incorporador, e alienante; o(s) autor(es) do(s) projeto(s); o(s) executor(es); e o fiscal da obra. Por sua vez, os demandados podem chamar em garantia uns aos outros, a fim de mesma sentença distribuir a responsabilidade como de direito entre eles. Legítima-se, ativamente, o condomínio para pleitear a indenização, relativa às partes indivisas e unidades autônomas⁵⁴.

⁽⁵⁰⁾ Carlos Roberto Gonçalves, *Direito civil brasileiro*, v. 3, p. 353.

⁽⁵¹⁾ Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, v. 44, § 4.847, p. 412.

⁽⁵²⁾ 2.^a T. do STF, RE 94.251-PR, 27.09.1983, Rel. Min. Décio Miranda, RTJSTF, 108/232.

⁽⁵³⁾ 2.^a T. do STF, RE 105.835-SP, 17.06.1988, Rel. Min. Aldir Passarinho, DJU 26.08.1988, p. 21.037.

⁽⁵⁴⁾ 4.^a T. do STJ, Resp. 215.832-PR, 06.03.2003, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 07.04.2003, p. 289.

4. PRAZOS DE DECADÊNCIA E DE PRESCRIÇÃO DAS PRETENSÕES ORIGINADAS PELA GARANTIA

Antes de se firmar a tese de a regra precedente ao atual art. 618, caput, do CC, estabelecer prazo de garantia, sendo comum a prescrição da pretensão daí originada, muito se controverteu sobre a matéria. Segundo doutrina francesa antiga, fundada em julgado da Corte de Cassação do Século XIX, o prazo de responsabilidade do empreiteiro seria o mesmo da pretensão do dono da obra, podendo ser nulo se o acidente ocorrer no último dia do prazo de garantia, oferecendo-se como paliativo o ingresso em juízo tão logo o vício se revele, mas antes da ruína do edifício⁵⁵. Atualmente, reformado duas vezes, o art. 1.792 do CC francês, há dois prazos de garantia, um dez anos para grandes obras, outro de dois anos para obras menores, bem como um prazo especial de um ano para o funcionamento de equipamentos, e as soluções são bem diferentes. Essas disposições colocam em pé de igualdade todos os participantes da cadeia produtiva da construção⁵⁶. Seja como for, entre nós jamais ocorreu confusão entre o prazo de garantia e o inter-regno adequado para exercer a respectiva pretensão. CLOVIS BEVILAQUA, na primeira hora, rejeitou a interpretação imprópria, entrevendo a incidência do prazo de prescrição comum⁵⁷. Logo, na vigência do CC de 1916, surgindo o vício no prazo quinquenal de garantia, nascia respectiva pretensão, prescrevendo em vinte anos, conforme a diretriz da Súmula do STJ, n.º 194. Por um lado, o recebimento da obra, sem ressalva, não pré-exclui a garantia; de outro, o vencimento do prazo encerra a responsabilidade pós-contratual dos responsáveis⁵⁸.

A primeira alteração do panorama legislativo do direito brasileiro originou-se da Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). Existindo vícios aparentes, a responsabilidade ou cessa com o recebimento da obra, sem ressalva, ou há de ser reclamado no prazo de noventa dias, contado do aparecimento do defeito, nos termos do art. 26, II, c/c art. 18, caput, da Lei 8.078/1990, tratando-se de bens duráveis, como é o caso das unidades habitacionais⁵⁹. E, por outro lado, a pretensão para obter a reparação do dano prescreve em cinco anos, iniciado o prazo “a partir do conhecimento do dano e da sua autoria” (art. 27 da Lei 8.078/1990)⁶⁰.

⁽⁵⁵⁾ Marcel Planiol e Georges Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, v. 11, n.º 959, p. 211. No mesmo sentido, Théophile Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, v. 10, n.º 428, p. 594.7.

⁽⁵⁶⁾ Jérôme Huet, *Les principaux contrats spéciaux*, n.º 32.431, p. 1.483.

⁽⁵⁷⁾ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, v. 4, p. 433.

⁽⁵⁸⁾ Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, *Instituições de direito civil*, v. 3, n.º 136, p. 351.

⁽⁵⁹⁾ 3.ª T. do STJ, REsp. 1.172.331-RJ, 24.09.2013, Rel. Min. João Otávio de Noronha, RJSTJ, 240/772.

⁽⁶⁰⁾ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito civil*, v. 3, n.º 11.7, p. 227.

Em seguida, sobreveio o CC de 2002. Em item anterior, assinalou-se o caráter especial do art. 618, caput, relativamente aos prazos do art. 445 do CC, concernente aos vícios ocultos ou redibitórios nos contratos comutativos, a exemplo da compra e venda imóveis. E isso, porque os vícios relativos à solidez e à segurança de edificações e de construções não se percebem à primeira vista, em geral, e, nada obstante, encontram-se cobertos pelo prazo quinquenal de garantia. E, além disso, vícios dessa gravidade são contemporâneos à entrega da edificação, embora repercutam ou apareçam mais tarde. Ora, o art. 618, parágrafo único, estipula o prazo de decadência de cento e oitenta (180) dias para o dono da obra propor a ação contra o empreiteiro, contado do “aparecimento do vício ou do defeito”. No que tange às pretensões derivadas do vício oculto, tendentes ou ao desfazimento do negócio (art. 441, caput, do CC) ou ao abatimento do preço (art. 442), também chamada de quantum minoris, traduzindo autêntico concurso eletivo de pretensões, inexistente coincidência temporal. Se o vício é contemporâneo à obra, prazo para essas pretensões, é de um ano, contado da efetiva entrega, ou de seis (6) meses, se o adquirente já se encontrava na posse do imóvel, contado da data da alienação (= acordo de transmissão, e, não, a data do registro no álbum imobiliário), a teor do art. 445, caput, do CC, mas seis meses não é rigorosamente igual a cento e oitenta (180) dias. Ao invés, surgindo o vício posteriormente, o prazo decadencial é de um ano para os imóveis (art. 445, § 1.º, do CC). Essa falta de coincidência reafirma o caráter especial do art. 618, ao menos no que tange aos prazos.

Porém, há importante ponto de contato. O objeto da decadência é o direito formativo gerador, e o art. 618, parágrafo único, emprega o verbo “decair”. A rigor, cuida-se de prazo preclusivo⁶¹, mas essa qualidade não altera o raciocínio. Logo, o prazo de cento e oitenta (180) dias para exercitar o direito decorrente da garantia quinquenal envolve só as pretensões ao desfazimento do negócio ou ao abatimento do preço, eminentemente constitutivas negativas⁶², e, não, as pretensões de indenização, porque essas sujeitam-se a prazos de prescrição⁶³.

O prazo de prescrição da pretensão à indenização, fundada na garantia prevista no art. 618, caput, é de dez anos – prescrição comum (art. 205 do CC) –, consoante julgado do Superior Tribunal de Justiça⁶⁴. E, com efeito, não se aplica o

⁶¹ *Vilson Rodrigues Alves, Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002, § 4.º, 2, p. 89.*

⁶² *Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, Instituições de direito civil, v. 3, n.º 134, p. 351; Teresa Ancona Lopes, Comentários ao Código Civil, v. 7, pp. 299-300. Em sentido contrário, Maurício Scheinman, Comentários ao Código Civil brasileiro, v. 6, p. 540.*

⁶³ *Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, Novo curso de direito civil, v. 4, t. 2, p. 275.*

⁶⁴ *3.ª T. do STJ, Resp. 1.290.383-SE, 11.02.2014, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJE 24.02.2014. No mesmo sentido, 3.ª T. do STJ, AgRg no Ag 1.308.663-DF, 18.11.2010, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJE 30.11.2010. Em doutrina, Yussef Said Cahali, Prescrição e decadência, n.º 46.14, p. 229.*

prazo de três anos, contemplado no art. 206, § 3.º, V, para a pretensão de reparação civil ⁶⁵, porque não se cuida de responsabilidade extracontratual. O termo inicial de dez anos para propor a ação de indenização é a data em que apareceu o vício de construção ⁶⁶.

CONCLUSÃO

O prazo de garantia previsto no art. 618, caput, do CC suscita várias questões de importância prática. Aqui examinou-se, em síntese, a natureza desse prazo, o objeto, o alcance objetivo e os prazos para o exercício da pretensão derivada do surgimento de danos compreendidos no seu âmbito. Existem outras questões, todavia: as causas de exclusão da responsabilidade e as modalidades da indenização, em natura (reparação) ou pelo equivalente pecuniário. Porém, o essencial é aqui examinado, de acordo com o entendimento prevalecente no direito brasileiro.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR DIAS, José de. *Da responsabilidade civil*. 7.ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ALVES, Vilson Rodrigues. *Da prescrição e da decadência no Código Civil de 2002*. 4.ª Ed. Campinas: Servanda, 2008.

ANDRIGHI, Nancy; BENETI, Sidnei; ANDRIGHI, Vera. *Comentários ao novo Código Civil*. V. 9. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ASSIS, Araken de. *Processo civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2015.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 7.ª ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1946.

CAHALI, Yussef Said. *Prescrição e decadência*. 3.ª tiragem. São Paulo: RT, 2008

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11.ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 10.ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.777

⁽⁶⁵⁾ Nesse sentido, porém, Paulo Nader, *Curso de direito civil*, v. 3, n.º 119, p. 380.

⁽⁶⁶⁾ Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, *Novo curso de direito civil*, v. 4, T. 2, p. 275.

- COELHO, Fábio Ulha.** *Curso de direito civil*. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- COUTO E SILVA, Clovis.** *O conceito de dano no direito brasileiro e comparado*, pp. 217/234. **DE FRADERA, Vera Maria Jacob.** *O direito privado brasileiro na visão de Clovis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo.** *Novo curso de direito civil*. 2.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto.** *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Responsabilidade civil*. 7.^a Ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HONSELL, Heinrich.** *Römisches Recht*. 6.^a ed. Berlin: Springer Verlag, 2006.
- HUC, Théophile.** *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*. Paris: F. Pichon, 1892.
- HUET, Jérôme.** *Les principaux contrats spéciaux*. **GHESTIN, Jacques.** *Traité de droit civil*. 2.^a ed. Paris: LGDJ, 2001.
- LOPES, Teresa Ancona.** *Comentários ao Código Civil*. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes.** *Direito de construir*. 3.^a Ed. São Paulo: RT, 1979.
- NADER, Paulo.** *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson.** *Instituições de direito civil*. São Paulo: RT, 2016.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva.** *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- PLANIOL, Marcel; RIPERT, Georges.** *Traité pratique de droit civil français*. Paris: LGDJ, 1932.
- PONTES DE MIRANDA.** *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsói, 1963.
- RIZZARDO, Arnaldo.** *Contratos*. 11.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- SCHEINMAN, Maurício; LISBOA, Roberto Senise; MORATO, Antonio Carlos; GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios; THEODORO JÚNIOR, Humberto, MELLO, Adriana Mandim Theodoro de.** *Comentários ao Código Civil brasileiro*. V. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SERPA LOPES, Miguel Maria.** *Curso de direito civil*. 3.^a Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- VENOSA, Sílvio de Salvo.** *Direito civil*. 7.^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.



FUNÇÃO SOCIAL
DA EMPRESA E O
PRINCÍPIO DE
SUA PRESERVAÇÃO

FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E O PRINCÍPIO DE SUA PRESERVAÇÃO

MARCELO TERRA
ADVOGADO

1. ALGUMAS PALAVRAS INTRODUTÓRIAS

Assistimos diariamente uma grande profusão de ações civis públicas e ações populares com questionamentos sobre a validade de licenças administrativas, urbanísticas e ambientais, de diferentes empreendimentos, quer da iniciativa privada, ou até mesmo governamentais.

As causas de pedir são fundamentadas em alegações de invalidade da licença (i) ou por não atendimento a algum requisito legal, (ii) ou por aparente inconstitucionalidade da lei autorizadora da licença, (iii) ou, até mesmo, porque, sob a ótica do autor popular ou da ação civil pública, a lei, embora legal, legítima e constitucional, teria feito uma errônea escolha ao permitir aquele determinado empreendimento.

Muitas vezes, a tutela de urgência é concedida, com determinação de suspensão da eficácia da licença e embargo das obras, sob alegado fundamento de obediência aos princípios da prevenção e da precaução, abandonando-se os princípios da presunção de legitimidade da lei e da validade e regularidade das licenças administrativas.

Em contraponto à concessão da tutela de urgência, alega-se a possibilidade do dano reverso.

Pretendemos, neste estudo, abordar um enfoque do dano reverso, que é o risco muitas vezes trazido à própria sobrevivência empresarial, com efeitos danosos não somente ao empresário, mas, também e principalmente, a todos seus trabalhadores diretos e indiretos, fornecedores de bens e de serviços, aos consumidores por ela atendidos.

Se, por qualquer razão, uma empresa se vir obrigado a requerer recuperação judicial ou até mesmo ter sua falência requerida, a lei falimentar, a Lei Federal n.º 11.101/05, tem comandos indutores de sua preservação.

Belo contrassenso: na seara civil, ambiental e urbanística, inexistente qualquer preocupação quanto à sobrevivência empresarial; mas, depois do mal feito, induz a lei falimentar a busca por sua recuperação e continuidade dos negócios.

2. O PRINCÍPIO DA PRESERVAÇÃO EMPRESARIAL E SUA FUNÇÃO SOCIAL

A questão da recuperação das empresas em crise tem recebido respostas diferentes dos direitos que dela se ocuparam. Cada país, assim, procura dar ao problema solução própria, que atende aos seus interesses e peculiaridades culturais e econômicas. O Banco Mundial, em 2001, publicou as diretrizes básicas a serem observadas pelo legislador, tendo tais orientações sido observadas para elaboração da nova lei de falências e recuperações judiciais.

Assim, com o advento da Lei Federal n.º 11.101/2005, o legislador brasileiro definiu nova postura em relação ao tratamento dispensado às empresas em crise, apresentando um novo sistema que possibilita a real preservação da fonte produtiva de riqueza, no sentido mais amplo da palavra, como forma de proteger os interesses sociais em benefício da comunidade e até como forma de tutela dos direitos humanos, em particular, da dignidade da pessoa humana, no caso de manutenção da fonte de trabalho dos empregados da empresa em crise.

Dessa forma, a Lei Federal n.º 11.101/2005 tem como princípios basilares a **preservação da empresa, a proteção aos trabalhadores** e também os **interesses dos credores**.

Isto é, a lei tenta evitar que dificuldades financeiras aniquilem e afastem do mercado empresas produtivas que gerariam empregos e receitas. O eventual desaparecimento de qualquer empreendimento econômico causa inúmeros transtornos para a sociedade, trazendo como consequências inevitáveis o fechamento de postos de trabalho, o desaquecimento da economia, a queda dos níveis de concorrência e dos recolhimentos de tributos. Toda empresa tem uma função social a cumprir e, sendo a organização empresarial um ente de significativa importância para a sociedade, a eventual extinção da unidade produtiva resulta, inevitavelmente, em consequências negativas para o conjunto social, aí incluídos, Estado, a comunidade como um todo e, inclusive os próprios credores. Nesse diapasão, o legislador, ao redigir a Lei Federal n.º 11.101/2005 procurou prestigiar o princípio da preservação da empresa, conforme se verifica da análise do artigo 47 da referida Lei: *“A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”*.

Por se tratar de uma lei relativamente recente, necessário entender os motivos que levaram o legislador a visar sobretudo a proteção da empresa em prol da sociedade:

“A origem do art. 47 da lei brasileira é francesa. Com efeito, consta do artigo 620-1 do Código Francês, ao incorporar o art. 1º da Lei de 1985, que: ‘É

instituído um processo de recuperação judicial destinado a permitir a salvaguarda da empresa, a manutenção da atividade e do emprego, e a apuração do passivo'. Diz a doutrina francesa que os objetivos estabelecidos na lei são hierarquizados. A salvaguarda da empresa é o objetivo maior. Assim como o art. 621-1 do Código Comercial francês é uma 'diretiva de interpretação', também o artigo 47 da lei brasileira terá esse significado. Superar a crise, manter a fonte produtora de riquezas, enfim, preservar a empresa, é um resultado; o meio para tanto foi conferido pelo próprio legislador, e é a recuperação judicial instituída nos artigos 47-69; o meio não está em outro lugar; o meio não é distinto daquele institucionalizado pela própria lei, e que consta com procedimento próprio para tanto".¹

O novo diploma legal cria condições concretas para a reestruturação da empresa, possibilitando a sua recuperação, afastando, pois, a quebra da empresa (falência). Nesse sentido, ensina o Professor Fábio Ulhoa Coelho²:

"No Brasil, a lei contempla duas medidas judiciais com o objetivo de evitar que a crise na empresa acarrete a falência de quem a explora. De um lado, a recuperação judicial; de outro a homologação judicial de acordo de recuperação extrajudicial. Os objetivos delas são iguais: saneamento da crise econômico-financeira e patrimonial, preservação da atividade econômica e dos seus postos de trabalho, bem como o atendimento aos interesses dos credores. Diz-se que, recuperada, a empresa poderá cumprir sua função social."

O intuito da Lei Federal n.º 11.101/2005 não é, de início, estimular a decretação da falência, mas sim proteger a empresa, para o bem dos pontos de trabalho e dos credores, para a grandeza e a riqueza empresarial, para melhorar a arrecadação do fisco e cumprir a filosofia da nova lei. Nesse sentido, os ensinamentos de José Francelino de Araújo³:

"A nova lei foi editada visando à proteção e à recuperação judicial das empresas em situação de crise econômico-financeira do devedor. Com esse objetivo, a lei pretende permitir a manutenção da fonte produtora, dos pontos de trabalho e dos interesses dos credores, promovendo, assim, como está no art. 47, a preservação da empresa, sua função social e estímulo à atividade econômica".

⁽¹⁾ *Direito Falimentar e a Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas – Coordenação Luiz Fernando Valente Paiva. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 264/265.*

⁽²⁾ *COELHO, Fábio Ulhoa. Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva. p. 112.*

⁽³⁾ *ARAÚJO, José Francisco. Comentários à Lei de Falências e Recuperação de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 103.*

“A falência não é o melhor caminho para a empresa, e, como está posto no art. 47, uma empresa que tem viabilidade pode ter a falência decretada contra a própria lei, se a assembleia geral vai contra o pedido de recuperação, por má-fé de um dos seus componentes”.

“Transformar uma indústria ou um comércio, mesmo que não esteja apresentando situação positiva dos negócios em falência, é uma capitis deminutio máxima que a ninguém interessa. A quebra é o desastre dos negócios, e, se aquela empresa recuperanda tivesse apenas o indeferimento da recuperação judicial, haveria possibilidade de salvá-la como um novo pedido de recuperação judicial, pois a falência, conforme está na nova lei, não permite sequer ao falido o pedido de continuação dos negócios.”

Nesse mesmo sentido, os ensinamentos do advogado Ronaldo Vasconcelos⁴ reforçam a ideia de que a Lei Federal n.º 11.101/2005 não estimula a quebra imediata da empresa, mas sim sua conservação e proteção:

“A empresa e os interesses nela envolvidos não se restringem apenas aos dos trabalhadores e aos do Estado, embora sejam eles os mais evidentes. O fato é que as modificações da empresa fizeram emergir outros interesses, pois a crise não diz respeito apenas ao empresário, mas também a outras pessoas envolvidas, como os trabalhadores, terceiros interessados e a sociedade. É NECESÁRIO SALVAR A EMPRESA, CONSIDERAR O SEU CARÁTER SOCIAL, GERADOR DE RIQUEZAS (PRODUÇÃO, TECNOLOGIA E MERCADO), MÃO-DE-OBRA, TRIBUTOS, PRODUTOS E JUSTIÇA SOCIAL. A busca de soluções para a crise econômica da empresa deve constituir um esforço prioritário dos estudiosos do Direito, que buscam uma disciplina condizente com as necessidades que o problema suscita na esfera social e jurídica. Referida crise constitui um tema atual, daí os esforços no sentido de encontrar um aparato jurídico para enfrentar um problema que, enraizado no campo econômico, tem assumido conotações de flagelo social. Assim como o direito processual civil, o estudo do direito falimentar e dos seus fundamentos também nasce da análise e respeito aos valores sistematizados na Constituição Federal. O direito falimentar, anteriormente destinado apenas à tutela dos credores, deve pautar-se no princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º), propiciando meios de preservar os interesses dos trabalhadores e dos consumidores, bem como possibilitar a reabilitação do empresário, quando viável. Outrossim, a proteção aos credores deve ser flexibilizada em face dos direitos sociais (CF, art. 6º) e da preservação da função social da empresa, na busca da valorização do trabalho humano (CF, art. 170). A própria Constituição Federal de 1988

⁽⁴⁾ VASCONCELOS, Ronaldo. *Direito Processual Falimentar*. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 108/109.

já definiu alguns contornos e princípios ordenadores da reforma do processo concursal. Isso porque a Carta Magna elegeu como princípios jurídicos fundamentais a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa. Percebe-se, pois, que toda a atividade econômica deve sempre gravitar na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, incumbindo aos seus operadores obter a máxima efetividade de tais princípios. Não se pode olvidar também que, no capítulo que trata dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal elege como princípio básico a busca do pleno emprego (CF, art. 170, inciso VIII), que corresponde ao princípio da preservação da empresa. Assim é que, muito embora a Constituição Federal de 1988 tenha estabelecido uma ordem econômica que opta por um sistema capitalista, ao mesmo tempo dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado, sendo que a própria preservação da empresa foi erigida à categoria de princípio constitucional, ainda que implicitamente (tal como a proporcionalidade).”

Conforme verificado acima, a preocupação da nova legislação em manter/preservar a empresa, evitando a quebra da empresa, veio a dar efetividade aos princípios constitucionais da ordem econômica, disposto no artigo 170 da Constituição, notadamente porque valoriza o trabalho humano e a livre iniciativa, garantindo que a empresa atinja a sua função social: *“A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade. IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor,...”*

Não se pode negar que as empresas guardam grande interesse social, como polo produtivo de fomento da economia, já que através delas se consegue distribuir bens e serviços, atendendo à demanda de consumo interno e também para que se fomenta o mercado internacional.

O legislador, ao estampar de forma clara o Princípio da Preservação da Empresa no artigo 47 da Lei Federal n.º 11.101/2005, nada mais fez do que manter uma correlação sobre referido tema com outros dispositivos existentes no ordenamento jurídico, começando pelo disposto no artigo 974 do Código Civil, que permite ao empresário a manutenção de suas atividades empresariais, mesmo após sua incapacidade superveniente, e, também, o artigo 154 da Lei Federal n.º 6.404/76 (Lei das Sas.), dentre outros.

Abaixo, ementa extraída de acórdão de Agravo de Instrumento n.º 0125187-67.2013.8.26.0000, proferido pela 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJ/SP (J. 17.02.2014 – Des. Rel. Tasso Duarte Melo):

“RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PLANO DE RECUPERAÇÃO. FORMA DE PAGAMENTO. Pagamento dos credores da classe quirografária com deságio

e parcelado. Proposta deliberada em assembleia e aprovada por ampla maioria pelos credores da respectiva classe. Ausência de tratamento diferenciado entre os credores (princípio pars conditio creditorum) ou de abusividade e/ou ilegalidade nas cláusulas aprovadas. Efetivação dos princípios da preservação da empresa e de sua função social (artigo 47 da Lei nº 11.101/05). Precedente. Decisão mantida.”

Do referido acórdão, extraem-se as seguintes lições de Raquel Sztajn⁵ e Alexandre Alves Lazzarini⁶:

*“A manutenção de empregos, o respeito aos interesses dos credores, a garantia da produção e circulação de bens e serviços em mercados são objeto de específica tutela na reorganização, desde que sejam respeitados os fundamentos econômicos da organização das empresas, de sua participação nos mercados, no criar e distribuir bem-estar, gerar riquezas. Lógico o esforço da nova disciplina visando a mantê-la em funcionamento quando se demonstre a viabilidade da continuação das operações. Nítido o abandono da visão informadora da legislação revogada que dava prioridade, por entendê-lo mais adequado, retirar do meio (do mercado) o comerciante inábil ou inepto que pudesse aumentar o risco inerente à atividade comercial. Tanto é que, indeferido, por qualquer motivo, o pedido de concordata preventiva, a decretação da falência era compulsória. Agora, antes de determinar a quebra analisam-se as probabilidades de sobrevida do negócio, sob mesma ou outra administração, com o que se altera o foco da tutela que anteriormente era o mercado de crédito e a confiança, para, mantida esta, tutelar o devedor de boa-fé. Ideologicamente, o texto legal se afirma, em País que tem na economia de mercado um dos pilares da ordem econômica, segundo previsão da disposição do art. 170 da Constituição da República, em que a livre iniciativa com valorização do trabalho e da dignidade da pessoa humana é ressaltada. **A função social da empresa presente da redação do artigo, indica, ainda, visão atual referentemente à organização empresarial, cuja existência está estribada na atuação responsável no domínio econômico, não para cumprir as obrigações típicas do Estado nem substituí-lo, mas sim no sentido de que, socialmente, sua existência deve ser balizada pela criação de postos de trabalho, respeito ao meio-ambiente e à coletividade e, nesse sentido é que se busca preservá-la.”***

⁽⁵⁾ SZTAJN, Raquel. Comentários à lei de recuperação de empresas e falência. SOUZA JUNIOR, Francisco Satiro; PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (coords.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

⁽⁶⁾ LAZZARINI, Alexandre Alves. Reflexões sobre a recuperação judicial de empresas. in DE LUCCA, Newton; DOMINGUES, Alessandra de Azevedo (coords.) Direito recuperacional aspectos teóricos e práticos. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 124/125.

“O princípio da preservação da empresa, acolhido na Lei nº 11.101/05, dá uma nova característica à empresa, deslocando-a de uma condição limitada ao interesse de seus sócios, para a elevar ao patamar de interesse público, ou seja, passa a ser considerada como uma instituição e não mais uma relação de natureza contratual. Deixa de ter a dependência da vontade dos sócios para, no caso, passar a atender outros interesses (a função social, os empregados, os credores, etc.) que se sobrepõe ao interesse dos sócios.”³

O Superior Tribunal de Justiça não discrepa do entendimento de que a Lei Federal n.º 11.101/2005 visa evitar a quebra da empresa, estimulando sua recuperação e proteção em prol da função social.

Vejam alguns acórdãos do Superior Tribunal de Justiça, prestigiando o princípio da recuperação empresarial e sua função social:

*“Processual civil e tributário. Execução fiscal. Recuperação judicial. Medidas constritivas. Competência do juízo da recuperação. Preservação da empresa. Súmula 83/stj. Agravo regimental não provido. 4 - **Vale destacar que o objetivo da recuperação judicial é a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a teor do art. 47 da Lei 11.101/2005.** Assim, ao se atribuir exclusividade ao juízo da recuperação para a prática de atos de execução, busca-se evitar medidas expropriatórias que possam prejudicar o cumprimento do plano de recuperação”.*

AgRg no Resp 1462032/PR – Min. Rel. Mauro Campbell Marques – Segunda Turma – 12.02.2015

*“Conflito positivo de competência – VASP – Empresa em recuperação judicial – Plano de recuperação aprovado e homologado – (...) - Manutenção da atividade econômica – função social da empresa – (...) - 2. **A NOVEL LEGISLAÇÃO BUSCA A PRESERVAÇÃO DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E A MANUTENÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA, EM BENEFÍCIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA**”*

CC 61.272/RJ - Segunda Seção - Rel. Min. Ari Pargendler - DJ de 25.06.07.

*“Direito empresarial, tributário e administrativo. Recurso especial. Contrato de prestação de serviços de construção e montagem de instalações industriais de produção de petróleo e gás natural com a petrobras. Pagamento do serviço prestado. (...). 1. **O art. 47 serve como um norte a guiar a operacionalidade da recuperação judicial, sempre com vistas ao desígnio do instituto, que é "viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do de-***

vedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica”.

Recurso Especial 1173735/RN – Min. Rel. Luis Felipe Salomão – Quarta Turma – J. 22.04.2014.

“Agravo regimental no conflito de competência. Execução fiscal e recuperação judicial. Competência do juízo universal. 1. O juízo onde se processa a recuperação judicial é o competente para julgar as causas em que estejam envolvidos interesses e bens de empresas recuperandas. 2. O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos de execução devem-se submeter ao juízo universal. 3. A Lei n. 11.101/2005 visa a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica, a teor de seu art. 47.4. Agravo regimental a que se nega provimento.

AgRg no CC 119203/SP – Min. Rel. Antonio Carlos Ferreira – Segunda Seção – J. 26.03.2014

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESA. FALÊNCIA. INTERESSE PÚBLICO. DESISTÊNCIA. POSSIBILIDADE. 1. A recuperação judicial visa a continuidade de empresa em crise econômico-financeira. Tem por fonte a função social da empresa, desempenhada pela atividade produtiva, buscando-se manter empregos, sem abalos à ordem econômica”.

REsp 1408973/SP – Terceira Turma - Min. Rel. Sidnei Benetti – J. 11.03.2014

3. UMA SÍNTESE CONCLUSIVA

A Lei Federal n.º 11.101/2005 resguarda os princípios da função social e o da preservação da empresa, construídos na valorização do trabalho humano, na livre concorrência e na livre iniciativa, assegurando a todos existência digna, de conformidade com os ditames da justiça social. Evidente que a Lei Federal n.º 11.101/2005, especificamente em seu artigo 47, não possui só o objetivo de recuperar a empresa a qualquer custo. A lei trouxe uma preocupação com a sociedade e busca proteger a função social da empresa, preservar a empresa para beneficiar não somente os empresários como também aos cidadãos e aos credores, bem como proteger a manutenção da fonte de trabalho dos empregados da empresa em crise. Esse é um dos escopos da recuperação judicial, preservar a empresa para beneficiar não somente os empresários mais também aos cidadãos e aos credos-

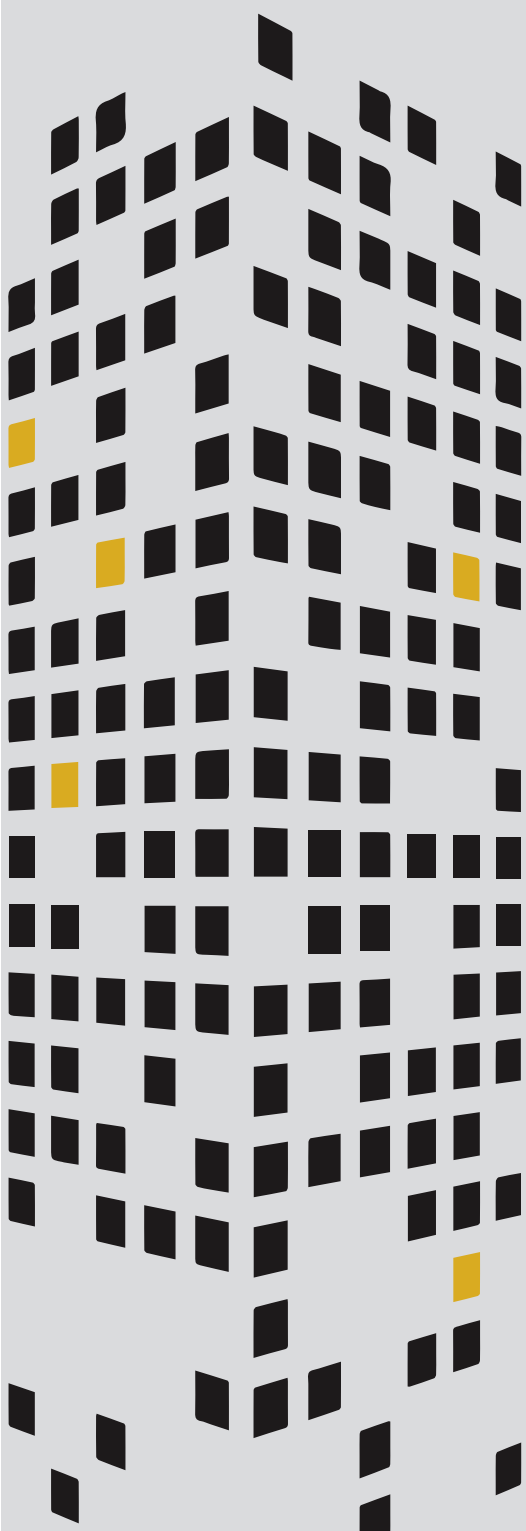
res. No atual sistema jurídico brasileiro, a empresa exerce diversas funções sociais como fonte de empregos, fonte de renda tributária para o Estado, conservação da livre concorrência, além de sua função principal, seja a de prestação de serviços ou fornecimento de produtos. Tem importante função no equilíbrio da balança comercial de um país e influências até mesmo no valor da moeda. E assim sendo, não é aceitável que uma empresa com grandes possibilidades de crescimento e com importante função social deixe de existir por estar em dificuldade financeira momentânea, o que ocorre não só no meio empresarial, mas também no civil. A sociedade brasileira confia no Poder Judiciário, confia convictamente que seus integrantes exerçam com maestria, conhecimento e independência seu saber jurídico pela preservação da empresa, entendendo-a como integrante do risco do dano reverso, mesmo sob risco do sempre existente e pernicioso patrulhamento ideológico do politicamente incorreto. Obviamente, aqui não sustento a monetização da proteção ambiental e urbanística, mas, sim, trago para debates um enfoque novo, mas antigo no âmbito do direito falimentar. O sistema jurídico brasileiro necessita encontrar o caminho do equilíbrio, equilíbrio entre a tutela de urgência e a tutela definitiva, quando concedida a de urgência. Com cada vez mais assustadora frequência, quando a tutela de urgência é revogada pela tutela definitiva, o mal já estará feito e absolutamente consolidado. E, se por acaso, a empresa atingida pelo embargo de seu empreendimento, estiver em recuperação judicial, o juiz e o promotor no ambiente falimentar aplicarão os instrumentos indutores da recuperação empresarial poderá já ser tarde? Não seria muito mais conveniente e oportuna uma preocupação com a sobrevivência empresarial, quando da concessão de tutela de urgência?

São Paulo, 26 de maio de 2016.

MARCELO TERRA

ADVOGADO

MARCELOTERRA@DGCCT.COM.BR



LICENCIAMENTO
AMBIENTAL E O
CONSEQUENCIALISMO

LICENCIAMENTO AMBIENTAL E O CONSEQUENCIALISMO

JOSÉ RENATO NALINI

SECRETÁRIO DA EDUCAÇÃO DO ESTADO DE SÃO PAULO

A preocupação mais intensa e consciente com o ambiente natural teve início na década de setenta do século passado. O Brasil possui a sua Política Nacional do Meio Ambiente desde 1981, quando editada a Lei Federal 6938. Ela já previu no seu artigo 9º, ser um de seus instrumentos a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento e revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.

O licenciamento prévio de órgão estadual competente, integrante do SIS-NAMA e do IBAMA, em caráter supletivo, foi considerado obrigatório para a construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores. O licenciamento foi também previsto para toda atividade capaz, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental .

Justa e compreensível a preocupação do legislador, reforçada pelo texto constitucional, a garantir a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, elevado à categoria de bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida . O constituinte foi além e explicitou a responsabilidade dos viventes de zelar por esse patrimônio das futuras gerações. Criou o direito inter e transgeracional, norma reconhecidamente pioneira e elogiada pela comunidade internacional.

Antes disso, a Resolução CONAMA 1/1986 já estabelecera as definições, responsabilidades, critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental - AIA, como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. A Resolução CONAMA 237/1997 revisa procedimentos e critérios utilizados no licenciamento com impacto ambiental, enfatizou as competências e relacionou os empreendimentos a ele sujeitos, dentre os quais o parcelamento de solo.

A Lei Complementar 140/2011 ratificou os termos da Resolução CONAMA 237/97 e trouxe esclarecimentos sobre a competência do licenciamento ambiental. Foi regulamentada pelo Decreto Federal 8437/2015, que estabeleceu as tipologias de empreendimentos e atividades cujo licenciamento ambiental será de competência da União.

No Estado de São Paulo, a Resolução SMA 49/2014 dispôs sobre os procedimentos para licenciamento ambiental com avaliação de impacto ambiental no âmbito da Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB.

A expertise adquirida pela CETESB a habilitou a delegar competência a 50 municípios, mediante a Deliberação Normativa CONSEMA 1/2014. A CETESB é, reconhecidamente, organismo proficiente em sua área de atuação e realiza estudos ambientais singelos, como o Estudo Ambiental Simplificado - EAS, documento técnico com informações que permitem analisar e avaliar as consequências ambientais de atividades e empreendimentos considerados de impacto ambiental muito pequeno e não significativo. Mas também é perita em elaborar o RAP - Relatório Ambiental Preliminar, estudos técnicos e científicos elaborados por equipe multidisciplinar que, além de oferecer instrumentos para a análise da viabilidade ambiental do empreendimento ou atividade, destinam-se a avaliar, sistematicamente, as consequências das atividades ou empreendimentos que reclamam medidas mitigadoras.

Já o EIA - Estudo de Impacto Ambiental é o estudo técnico-científico elaborado por equipe multidisciplinar que, além de oferecer instrumentos para a análise da viabilidade ambiental do empreendimento ou atividade, destinam-se a avaliar sistematicamente as consequências consideradas potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente e a propor medidas mitigadoras e ou compensatórias, com vistas à sua implantação.

Finalmente, o RIMA - Relatório de Impacto Ambiental, é o documento-síntese dos resultados obtidos com a análise dos estudos técnicos e científicos de avaliação de impacto ambiental que compõem o EIA - Estudo de Impacto Ambiental, em linguagem objetiva e acessível à comunidade em geral.

Para a definição do estudo ambiental a ser realizado em qualquer caso, há critérios como o porte do empreendimento, a área de vegetação a ser suprimida, o estágio de sucessão da vegetação e espécies da fauna associada, o número de cursos d'água afetados, interferências em áreas ambientalmente frágeis e outros.

Nada obstante, o direito de construir em regra não envolve tão sofisticadas elaborações. Ao titular dominial assiste o direito de dar destinação compatível ao seu imóvel. Essa destinação nem sempre afeta, de modo sensível, o ambiente. É óbvio que toda edificação, em certa medida, degrada a natureza. Mas não é o que normalmente ocorre, notadamente em ambientes já urbanizados. Não se cuida de legitimar o ilegítimo. Verdade que, antes de uma consciência ecológica desenvolvida, a comunidade afrontou, de maneira inclemente e impune, os interesses da natureza. Por isso é que, além do licenciamento ambiental hoje obrigatório para toda intervenção, admite-se o licenciamento a posteriori corretivo. É reservado à situação em que, embora ausente o licenciamento ambiental, comporte condições de regularização desde que atendidas determinadas providências mitigadoras ou compensatórias.

O licenciamento ambiental é manifestação do poder de polícia da Administração. Na lição de Erika Bechara, "ao limitar a atividade, não a impede. Apenas a conforma aos preceitos técnicos e legais que visam afastar o seu potencial "perturbador". E tanto a conforma mediante proibições (não fazer) quanto mediante imposições (fazer). É dizer que ora se exige a não atuação do empreendedor de tal ou qual maneira, ora, ao contrário, exige-se que o empreendedor atue, positivamente, de tal ou qual maneira".

Dúvida inexistente a respeito da submissão do empreendedor e, nessa condição, o construtor ou responsável pela edificação, quanto à obtenção do licenciamento ambiental. Pois "o licenciamento ambiental é típico exercício do poder de polícia administrativo, não cabendo ao empreendedor escolher se deve, ou não, submeter-se ao controle pelos órgãos ambientais licenciadores. A única hipótese de não submissão ao licenciamento pelo poder público seria o não desenvolvimento da obra ou atividade. O Licenciamento Ambiental é uma obrigação, imperativa, que deve ser obedecida pelo empreendedor responsável pela atividade da obra, não só quanto à subordinação ao licenciamento, mas também em relação à obediência das condições e restrições por ele impostas, sob pena de sofrer sanções previstas em lei".

As licenças ambientais não constituem autorização temporalmente infinita. Limitam-se ao prazo de validade estabelecido na legislação. Dependem de revalidação e podem ser revisadas, conforme dispõe o inciso IV do artigo 9º da Lei 6938/1981. Por isso é que podem ser modificadas, suspensas ou extintas. Todavia, não de acordo com a discricionariedade do órgão ambiental, mas com estrito fundamento no interesse público.

O estudo dos limites temporais dos efeitos jurídicos das autorizações administrativas em matéria do ambiente, foi bem elaborado por Canotilho. Essa é uma questão que tem preocupado os empreendedores e os defensores da natureza. "A importância do problema se justifica tendo em vista as dificuldades que impõe à própria organização da teoria constitucional, que sempre terá de lidar, nesse domínio, com a pretensão de retroatividade dos efeitos jurídicos da evolução do conhecimento científico, que, muitas vezes, reconhecerão futuramente a ofensividade, a periculosidade e a lesividade da atividade ou empreendimento autorizados no passado, que, naquela ocasião, satisfizeram integralmente os critérios e exigências realizadas nos limites do conhecimento técnico-científico daquele momento".

Ao portador do licenciamento, do alvará e da autorização administrativa, é garantida a fruição do direito assegurado nesses instrumentos. Uma atividade lícita, nada obstante, pode gerar danos. O licenciamento prévio isenta o seu titular de suprimi-los ou, ao menos, de tentar amenizá-los? Parece que não se pode responder afirmativamente. Embora aceitável a imposição de sacrifícios de posições jurídicas de terceiros, tais sacrifícios precisam passar pelo controle de proporção-

nalidade e razoabilidade, "de modo a circunscrevê-los em termos toleráveis ou razoáveis. Para tanto, posicionam os direitos fundamentais, o princípio da legalidade e o princípio da proibição de retrocesso como critérios constitucionais para a avaliação da suportabilidade do sacrifício".

Controverte-se a natureza jurídica da licença ambiental. "Há os que dizem se tratar de verdadeira autorização, sendo licença apenas no nome, outros, pelo contrário, dizem ser de fato licença, com sua natureza de ato vinculado, outros, num meio-termo, afirmam ser ora licença, ora autorização, devido decorrer ora de ato vinculado, ora de ato discricionário". Na mesma linha de raciocínio, Daniel Fink e André Camargo Horta de Macedo aduzem que, "vencidas todas as etapas do procedimento, será concedida ou não a licença ambiental. E, nesse ponto, é muito importante ressaltar que, cumprindo o empreendedor todas as exigências legais e técnicas inerentes ao empreendimento e ao próprio licenciamento, fará jus à licença ambiental, a qual não poderá ser negada pelo Poder Público, sendo, portanto, vinculada. Vale dizer, o licenciamento é condicionante da atividade, não impeditivo".

Insustentável o argumento de que o licenciamento ambiental caracteriza mera autorização. Isso porque "a licença ambiental não pode ser reduzida à condição jurídica de simples autorização, pois os investimentos econômicos que se fazem necessários para a implantação de uma atividade utilizadora de recursos ambientais, em geral, são elevados". Após concedida a licença, a autoridade administrativa não pode cassá-la, pena de instaurar indesejável insegurança jurídica. Ademais, a Administração precisa motivar o ato que licenciou ou indeferiu o licenciamento. Para Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, "o princípio da motivação determina que a autoridade administrativa deve apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão. Motivar significa explicitar os elementos que ensejaram o convencimento da autoridade, indicando os fatos e os fundamentos jurídicos que foram considerados. Sem a explicitação dos motivos torna-se extremamente difícil sindicá-los, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido".

Nem sempre é missão singela aferir todos os interesses em jogo. Há o interesse do empreendedor, mas há também o interesse da comunidade e o dos mais ferrenhos defensores da natureza. Qual deles deverá preponderar?

Deve-se buscar a melhor solução para todos. "Quando os diferentes interesses em atrito comportam equivalente tutela e proteção, a solução mais adequada é propiciar a realização conjunta - ainda que limitada - de todos eles. Introduzem-se limitações e reduções nos diferentes interesses, de molde a compatibilizá-los. Ainda que um interesse seja evidentemente mais relevante do que os demais, não se autoriza sua realização absoluta, se tal acarretar o sacrifício integral de interesses que comportam a proteção do direito. Tem-se de buscar, sempre, a solução que realize mais intensamente todos os interesses, inclusive na aceção de não produzir a destruição de valores de menor hierarquia".

Extrai-se do magistério de Canotilho que não é automática a adesão “à tese da livre revogabilidade de atos administrativos favoráveis (“constitutivos de direito”) por necessidade de atualização de interesse público. Pelo contrário: é necessário uma justificação reforçada para, no caso concreto, ser neutralizado o núcleo de “proteção adquirido” e de estabilização do “ato decidido”. O empreendedor tem por si a presunção de validade do ato administrativo e o eventual sacrifício de seu direito adquirido não prescindiria de indenização compensatória. Todavia, não é só a Administração que interfere na situação juridicamente consolidada em favor do empreendedor. Como é usual no Brasil, nem sempre se pode contar, e na prática isso resulta claro, com a racionalidade dos atores do efervescente e surpreendente cenário jurídico-judicial.

Aqui se adentra o núcleo esta reflexão.

O fenômeno da judicialização de toda a vida brasileira afeta setores de relevância para o desenvolvimento da Nação. Judicializou-se a saúde, a educação, o fisco e também o universo da construção civil, presente no empreendedorismo urbano.

A burocracia é um obstáculo permanente e recorrente no Estado brasileiro. Ela opera também no setor de licenciamento. Reclama-se eficiência e presteza na Administração Pública, mas, a despeito do discurso retórico e de ordenamento edificante, o fator pessoal prepondera. As exigências feitas para o empreendedor nem sempre são alinhadas na integralidade e por completo. À satisfação de uma delas, sobrevêm várias outras, num interminável processo de resposta a questionamentos nem sempre racionais.

Pior do que isso é a surpresa posta no caminho do empreendedor, após obtido o licenciamento ambiental e o alvará de construção. Aqui interferem outros agentes, dentre os integrantes das chamadas funções essenciais à Justiça. Promotores, defensores e membros da advocacia pública podem ocasionar entraves e prejuízos ao empreendedor e, reflexamente, à comunidade.

Ninguém discute a legitimidade das funções essenciais à administração da Justiça para a defesa do ambiente. Muitas vezes, o Ministério Público é o único tutor da natureza, ao assumir protagonismo singular e até heroico, tamanha a crueldade com que se trata o ambiente aqui no Brasil.

Nada obstante, há também uma exacerbação e um excesso que podem inibir o desenvolvimento nacional. O Brasil atravessa gravíssima crise econômico-financeira. Se todos os empreendimentos forem barrados, não haverá retomada do desenvolvimento.

Exemplos não faltam na copiosa jurisprudência pátria, de posturas que caracterizam verdadeiro abuso de direito. Cite-se, por pertinente, acórdão relatado pelo Ministro Américo Luz: "A propriedade, como direito real por excelência que

é, até prova em contrário, opera erga omnes, podendo inobstante sofrer as injunções constitucionalmente cabíveis. Mas esse poder de império não é absoluto, por isso a figura do abuso de poder no Estado de direito". Nesse julgamento, o relator falou em arroubo ecológico e fez admoestação aos juízes: "É preciso que o julgador fique atento a certas manifestações sociais de poucos, a inculcar em muitos, abrupta e perniciosamente, inversão de conceitos e valores, deturpando o sentido das coisas".

Princípios que o constitucionalismo pátrio importou de outros ordenamentos podem auxiliar a formação de uma consciência menos rigorosa. Não se cuida de flexibilizar a tutela ambiental. Mas de trabalhar com a realidade e com o bom senso. Invocando ideias como a da razoabilidade e da proporcionalidade. Nem sempre lembradas quando na atuação funcional.

Há inúmeras hipóteses de excessivo protagonismo nessa área, mas um emblemático exemplo merece menção. O tema "descontaminação" é um daqueles que tem causado polêmica. A tecnologia disponível permite a utilização de imóveis que já sediaram indústrias químicas ou mesmo postos de gasolina, mediante implementação de um trato restaurador em padrões aceitos na Comunidade europeia. Mesmo assim, insiste-se em retorno a um status quo anterior à ocupação do solo iniciada com a descoberta. Não é possível devolver o ambiente à origem dos tempos.

Compreende-se que o movimento ambientalista possa enxergar o predomínio do capital em detrimento da natureza. Há tentativas de burla do licenciamento ambiental e contínuas tentativas de sua exclusão do sistema. O Ministério Público é atento às modalidades de subterfúgio a essa imposição legal, tanto que impugna a fragmentação no processo de obtenção do licenciamento, como se verifica de julgado levado a efeito no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do qual se extraiu a ementa que segue:

"A fragmentação da realidade, em casos da espécie, serve aos interesses econômicos, em detrimento dos interesses ambientais. Cumpre a finalidade de vencer furtiva e gradativamente as resistências, utilizando-se, inclusive, de arma psicológica. Uma etapa abre caminho e força a outra, sob o argumento do desperdício de recursos, até a conquista final do objetivo".

Diuturnamente se noticia a interferência de juiz de primeira instância em obras já em andamento, o que acarreta não só perplexidade, como prejuízos materiais e imateriais para uma comunidade difusa de interessados.

A realidade precisa adentrar ao sacrário judicial e constituir parte relevante na formação do convencimento do juiz. Não é suficiente o cipoal complicado da estrutura normativa para apreender todos os matizes de uma questão levada à apreciação do Estado-juiz. "O direito tem o costume de se servir de definições

com contornos nítidos, critérios estáveis, fronteiras intangíveis. A ecologia reclama conceitos englobantes e condições evolutivas; o direito responde com critérios fixos e categorias que segmentam o real. A ecologia fala em termos de ecossistema e de biosfera, o direito responde em termos de limites e fronteiras; uma desenvolve o tempo longo, por vezes extremamente longo, dos seus ciclos naturais, o outro impõe o ritmo das previsões humanas" .

Há de se cotejar os valores em confronto. Escolher a solução menos gravosa e da qual advenha o melhor proveito para a comunidade. O ideal seria a proteção plena, a defesa intransigente da ecologia. Mas o possível é domá-la a níveis compatíveis com as exigências do momento presente. Impedir todas as edificações, proibir todas as intervenções, travará o imprescindível convívio entre a iniciativa privada e a tutela ambiental. Entre o ótimo e o viável, há de haver uma ponderação. Prudente ponderação, capaz de enxergar outras respostas para o aparente problema, de maneira a satisfazer - ainda que de forma incompleta - os interesses envolvidos.

O Código de Ética da Magistratura Nacional, editado pelo CNJ - Conselho Nacional de Justiça, em 2007, indica o melhor caminho. No seu artigo 25, lê-se: "Especialmente ao proferir decisões, incumbe ao magistrado atuar de forma cautelosa, atento às consequências que pode provocar".

O direito é ferramenta para resolver problemas, não para institucionalizá-los ou até para agravá-los. Ao comentar a normativa deontológica recomendada pelo CNJ, já tive oportunidade de afirmar:

"A função judicial reveste uma responsabilidade enorme. Não é preciso repisar as trilhas por todos conhecidas. Mudar destinos é rotina para o julgador. Cercear a liberdade, reduzir ou aumentar o patrimônio, separar afeições, compelir, constranger, impor, fazer sofrer não é ocorrência insólita no foro.

Desse quadro real o magistrado haverá de extrair o máximo de sensatez exigível de seu temperamento. Deverá domar as antipatias, os preconceitos e outras companhias maléficas, não raro presentes no processo complicado de formar a convicção e procurar antever o que é que sua decisão causará, assim que proferida.

O lugar comum - ordem judicial é para ser cumprida, não discutida - está inculcado na consciência do profissional do direito. Que isso não sirva para exacerbar o autoritarismo, para se considerar onipotente, mas para conferir responsabilidade maior a esse agente estatal pago pelo povo para resolver problemas" .

Houve tempo na História do Direito em que o raciocínio judicial se satisfazia com a máxima - fiat justitia, pereat mundus - ou seja, a justiça está acima da realidade. A sentença judicial não tem de se submeter à instância fenomênica. Vale

dizer: não importa que a decisão venha a causar prejuízos, suscitar desconforto ou mesmo infelicidade. O juiz cumpre sua missão ao dizer o direito.

Não pode ser assim. O direito não pode provocar situação pior do que seria a sua ausência. O juiz - e isto serve para o promotor, para o defensor, para o procurador e para todas as profissões jurídicas - tem um compromisso com o consequencialismo, "palavra que passou a ser corrente no discurso jurídico, a partir da constatação de que nem sempre o bom senso acompanha a melhor técnica". É o que ocorre quando, por exemplo, após obtido o licenciamento, o Estado-juiz acolhe uma pretensão extemporânea de alguém mais realista do que o rei e determina a paralisação de uma obra. Substitui-se à Administração e interfere num empreendimento, causa prejuízos irreparáveis a um sem número de pessoas. Intensifica a sensação de insegurança jurídica. Invalida a crença no direito adquirido e no ato jurídico perfeito, pilares que, ao lado da coisa julgada, constituem o eixo de permanência de uma ordem confiável.

Dizer o direito não é algo meramente retórico ou que se satisfaça com a observância do tecnicismo. É fazer o máximo de justiça possível, pois o direito está comprometido com a ética. É o mínimo ético, na concepção de Jellineck. Busca a melhor solução, a mais justa, a mais exequível e a mais aceita pela comunidade.

O processo judicial já significa mais um ônus do que um direito. Recorrer à Justiça impõe custos - materiais e intangíveis, como a angústia, o tempo com vocação à infinitude e a imprevisibilidade. Cumpre lembrar a sensatez de Calamandrei: "se nós queremos considerar novamente o processo como instrumento de razão e não como estéril e árido jogo de força e habilidade, é necessário estar convencido de que o processo é acima de tudo um método de cognição, isto é, de conhecimento da verdade, e de que os meios probatórios que nós estudamos estão verdadeiramente dirigidos e podem verdadeiramente servir para alcançar e para fixar a verdade, não as verdades últimas e supremas que fogem aos homens pequenos, senão a verdade humilde e diária, aquela a respeito da qual se discute nos debates judiciais, aquela que os homens normais e honestos, segundo a comum prudência e segundo a boa-fé chamam e têm chamado sempre a verdade ...Mas a finalidade do processo não é somente a busca da verdade: a finalidade do processo é algo mais, é a Justiça, da qual a determinação da verdade é somente uma premissa".

Por isso é que a seleção de magistrados, o recrutamento daqueles que terão a relevantíssima função de resolver contendas, é a mais importante questão da Magistratura em todo o planeta. O concurso público de provas e títulos ainda prioriza a memorização, o enciclopedismo que obriga o candidato a revisar todo o acervo de legislação, doutrina e jurisprudência já produzida. Enquanto se descuida daquilo que deveria importar no chamamento dos vocacionados a exercer jurisdição: 1) socialização, com vistas à relação próxima entre Judiciário e sociedade, na busca de uma confiança irrestrita na atuação judicial; 2) prestação de

contas à sociedade, transparência, e disponibilidade plena; 3) abertura à mudança, pois são profundas as mutações pelas quais passa, continuamente, a sociedade contemporânea .

O projeto de considerar a preparação à carreira a mais importante etapa na reflexão a respeito do recrutamento de magistrados merece todo o empenho dos pensadores da Justiça. A utilização desavisada do chamado neoconstitucionalismo tem legitimado escolhas pessoais do intérprete, que se considera predestinado a fazer justiça no caso concreto ou implica em aplicação simplificada e equivocada da teoria de Robert Alexy para justificar decisões discricionárias do juiz, em afronta à democracia .

Quem torna oscilante, titubeante e pendular a segurança jurídica, além de desprestigiar o ordenamento, vulnera o princípio da proteção da confiança, um dos pilares do Estado de Direito. Pois o Poder Público, em suas múltiplas exteriorizações, tem de respeitar a confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.

O titular de um licenciamento, o portador de um alvará de construção, precisa confiar na validade de tais atos jurídicos. Os entes públicos vinculam-se não somente às imposições constitucionais no âmbito de sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores.

A cidadania não pode restar sujeita a surpresas ou a posturas inesperadas, após a observância do rito adequado à obtenção de licenciamento. Quando se vê obrigado a recorrer ao Judiciário, o cidadão confia numa atividade estatal destinada à concretização do direito. Por isso que o processo, como instrumento da jurisdição, é meio seguro, efetivo de justiça e ferramenta de pacificação social. "Todos esses valores - segurança, efetividade, justiça e paz social - não podem ser olvidados no exame da técnica, pois esta é simples meio para se chegar àqueles, os fins reais do processo" .

Adequada concepção do que seja o consequencialismo pode levar o Judiciário à realização de um justo concreto mais adequado à obtenção do possível consenso entre os interesses em litígio. Uma das opções é ampliar a incidência da compensação, instituto que, em Direito Ambiental, "em todas as suas facetas, tem por finalidade primordial fazer com que uma atividade degradadora ou poluidora que afete negativamente o equilíbrio ambiental, por agredir algum de seus elementos corpóreos ou incorpóreos, ofereça uma contribuição para afetá-lo positivamente, melhorando a situação de outros elementos corpóreos e incorpóreos que não os afetados" .

Se o objetivo da reparação de dano ambiental prevista no § 1º do artigo 14

da Lei 6.938/1981 é meio de obter a cessação ou a redução de um prejuízo, para as finalidades ecológicas é recompor o ambiente lesado. Esse o interesse maior da coletividade e das futuras gerações: restaurar a situação de equilíbrio e qualidade ambiental ao dano.

A reparação pode revestir três formatos: "reparação in natura (ou reparação específica), reparação por equivalente (que a doutrina costuma chamar de compensação ambiental ou compensação ecológica) e reparação pecuniária (ou compensação em dinheiro ou, como é mais chamada, indenização), devendo eles ser aplicados sucessivamente, um na impossibilidade de utilização do outro (ressalvadas as hipóteses de cumulação da reparação in natura com compensação ou indenização, quando verificado o dano ambiental interino, que engloba o período que a reparação leva para "fazer efeito", ou seja, para trazer de volta o estado anterior)".

A alternativa compensatória, quando possível, é adequada para as várias situações hoje dificilmente equacionadas. A obtenção de consenso é um ideal que sobrepuja o benefício de uma decisão judicial que põe termo ao processo, mas nem sempre ao dissenso.

Observar o comando consequencialista do artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Brasileira pode revestir múltiplas formas. O importante é que o juiz se compenetre de que também ele é responsável pelo objetivo republicano permanente de edificar uma pátria justa e solidária. Ele não pode sobreparar sobre as dificuldades que a Nação encontra de se realinhar com as diretrizes de seu destino. Fenômeno que não é só brasileiro, mas universal, bem detectado por Antoine Garapon, magistrado e doutrinador, em sua clássica obra: "Desvio aristocrático ou tentação populista têm em comum a possibilidade de emancipar o juiz da autoridade do soberano. Inclusive porque o juiz goza necessariamente de uma total irresponsabilidade política. As restrições econômicas ou de política internacional lhe são estranhas".

Ocorre que o juiz brasileiro não pode mais permanecer alheio à situação do País. Nem acreditar que o Judiciário nada tem a ver com a insegurança jurídica, a instabilidade, a incapacidade de previsão do futuro e até mesmo a certeza quanto ao passado. Não que o juiz tenha deixado de ser idealista. "Não se devem necessariamente emprestar aos juízes intenções maquiavélicas. Uma tentação, muito mais difundida do que o espírito partidário, paira em cada um deles: a de inovar, de mudar a jurisprudência, de tornar-se o campeão de tal liberdade ou tal direito. Será preciso ver aí um ciúme em relação ao poder? E supor uma paixão partidária? Não se trataria mais do desejo humano de marcar sua época, de deixar sua marca? Mas o risco seria, então, o de conduzir a jurisprudência a um superlance que ignore a realidade social e despreze as restrições econômicas. "

A judicialização de todas as políticas onera em demasia o Estado brasileiro.

Nem mesmo o Parlamento, o mais relevante dentre os Poderes, tem esse poder. A proliferação de demandas ordenadoras de despesas sem previsão orçamentária provoca situação ruínosa para a Federação. É o que já ocorreu na Itália, na França e nos Estados Unidos, em que toda pretensão acaba sempre por encontrar um juiz favorável. Perigo que não é novo: "D'Aguesseau já se colocava em guarda contra 'o magistrado que só releva suas razões e se submete, sem pensar, à incerteza e ao capricho de seu temperamento. Como a ciência não é mais regra comum dos julgamentos, cada um determina sua regra e, se ousamos dizer, uma justiça conforme o seu caráter" .

Garapon observa que a magistratura pode tomar a forma de um corpo reacionário ou de juizes incontrolláveis. Em ambos os casos, "o caráter 'intocável' do juiz continua preocupante. O juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria. Em ambos os casos, ele causa danos a uma virtude cardeal de todo o sistema do direito, ou seja, a segurança jurídica" .

O Brasil assiste a uma exacerbação anormal do demandismo, paradoxalmente estiolante do ideal da Justiça. "O juiz torna-se o novo anjo da democracia e reclama um status privilegiado, o mesmo do qual ele expulsou os políticos. Investe-se de uma missão salvadora em relação à democracia, coloca-se em posição de domínio, inacessível à crítica popular. Alimenta-se do descrédito do Estado, da decepção quanto ao político. A justiça completará, assim, o processo de despolitização da democracia..." .

O Judiciário parece não se conscientizar de que ele também se insere no conceito de Estado. O juiz é também servidor público. Se tudo o que é do Estado não merece crédito, dia chegará em que também a Justiça estará desacreditada. Esse destino estará mais próximo à medida em que se insistir na permanência de um verdadeiro antagonismo entre as funções de governo, quando analisadas pela função judicial. Fenômeno no qual, em minúscula parcela, emerge a reapreciação, com outros critérios, das licenças concedidas pela administração aos incorporadores.

Há muito a ser feito no caminho da racionalidade no trato destas questões. A abordagem superficial não esgota um tema que merece a atenção de toda a lucidez brasileira, perplexa diante dos entraves postos pela jurisdição à continuidade de um processo árduo e sacrificado de devolver à Nação uma perspectiva de crescimento econômico e, conseqüentemente, de saudável desenvolvimento.

Para a reflexão de quem tiver a paciência de enfrentar o tema, oferece-se um elenco de possíveis providências suscetíveis de amenizar a situação de inconformismo ante a fluidez dos licenciamentos e alvaras de construção aparentemente concedidos após regular trâmite na burocracia administrativa.

Sugere-se, portanto:

a) Adoção de práticas de gestão otimizada na análise dos projetos, para que a apreciação se faça de forma simultânea por todos os órgãos encarregados de opinar e autorizar;

b) Síntese integral de todas as exigências formuladas pelos setores encarregados da análise, concentrada em um só documento, de maneira a evitar as idas e vindas resultantes de multifária formulação em sucessivas reapreciações;

c) Adoção da tática de prévia audiência com os órgãos licenciadores, com o intuito de elaboração de projetos ajustados às expectativas geradas pela particular interpretação dos textos normativos, de parte dos agentes encarregados de conceder licenciamento;

d) Proposta prévia de compensação, por parte dos empreendedores, para evitar entraves decorrentes da inafastável conclusão de que toda intervenção humana sobre um imóvel implica em alteração ambiental;

e)Elaboração doutrinária para conscientização dos profissionais que integram carreiras de Estado, quanto ao seu verdadeiro papel na tutela dos interesses gerais, que não podem inibir a iniciativa privada;

f)Criação de Grupos de Trabalho permanentes, para oferta de propostas de alteração legislativa e de análise crítica de decisões judiciais esdrúxulas ou incompatíveis com a preservação conciliatória de todos os princípios abrigados pela ordem fundante, que não se resumem à soberania das decisões judiciais;

g)Cursos, seminários, congressos, colóquios, simpósios e outras propostas de conscientização do juiz brasileiro, quanto ao seu compromisso com o consequencialismo, indeclinável comando previsto no artigo 25 do Código de Ética da Magistratura Brasileira, editado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2007.

Muitas outras ideias poderão surgir no debate, na discussão, na produção doutrinária e, melhor ainda, na experiência colhida pelos que se encontram na trincheira de questões que a burocracia torna mais complexas e que o direito, longe de simplificar, procura sofisticar e tornar inacessíveis ao bom senso e inatingíveis pela via da racionalidade.



APOIO:

