

O CRÉDITO IMOBILIÁRIO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL



Instituto de Registro
Imobiliário do Brasil

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL



ABECIP

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES
DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA

**O CRÉDITO IMOBILIÁRIO
EM FACE DO
NOVO CÓDIGO CIVIL**

INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL
E
ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES
DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA

O CRÉDITO IMOBILIÁRIO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL



CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C935 O crédito imobiliário em face do novo Código Civil / Instituto de Registro Imobiliário do Brasil e Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança. – São Paulo: IRIB: ABECIP, 2005. 424p.:

Debates do seminário “O crédito imobiliário em face do novo Código Civil”, realizado em 2003, em São Paulo.
ISBN 85-99029-01-0

1. Registro de imóveis – Brasil. 2. Habitação – Financiamento – Brasil. 3. Habitação – Financiamento – Legislação – Brasil.
I. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil. II. Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança.

05-0266

CDU 347.235 (B1)

Produção editorial: ORIENE PAVAN (oriene@uol.com.br)
Revisão: Geraldo Antônio Andreasi Fantin
Capa: Diana Cordeiro

Reservados todos os direitos de publicação, total ou parcial, a

IRIB – INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL
Avenida Paulista, 2.073 – Horsa I – 12º andar, cjs. 1201 e 1202
Cerqueira César – São Paulo – SP – CEP 01311-300
Fones: (11) 3289-3599 – (11) 3289-3321 e (11) 3289-3340
Site: www.irib.org.br
E-mail: irib@irib.org.br

e

ABECIP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA
Avenida Paulista, 1.439 – Sobreloja
São Paulo – SP – CEP 01311-200
Fone: (11) 3286-4855 – Fax: (11) 3284-8366
Site: www.abecip.org.br
E-mail: abecip@abecip.org.br

SUMÁRIO

A MODERNIZAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO	7
SÉRGIO JACOMINO	
Diretoria do Irib	9
A MODERNIZAÇÃO DO CRÉDITO IMOBILIÁRIO	11
DÉCIO TENERELLO	
Diretoria da Abecip	13
PROGRAMA DO SIMPÓSIO	16
ABERTURA	19
DÉCIO TENERELLO	
A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO ...	25
SÉRGIO JACOMINO	
A IMPORTÂNCIA DO COMPROMISSO NA COMPRA E VENDA	59
EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA	
OBRIGAÇÕES	87
KIOITSI CHICUTA	
RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR	127
EVERALDO AUGUSTO CAMBLER	
ASPECTOS ECONÔMICOS DO CÓDIGO CIVIL	157
GUSTAVO LOYOLA	
DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA	185
TERESA CRISTINA PANTOJA	
PRINCIPAIS INOVAÇÕES NOS CONTRATOS	219
PABLO STOLZE GADLIANO	
NOVOS ASPECTOS OBRIGACIONAIS DO DIREITO IMOBILIÁRIO	255
MELHIM NAMEM CHALHUB	

DIREITOS REAIS	281
ARRUDA ALVIM	
A EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	315
ARNOLDO WALD	
DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA	331
HÉLIO BORGHI	
HABITAÇÃO POPULAR E O ACESSO AO MERCADO FORMAL	367
JOSÉ CARLOS DE FREITAS	
ENCERRAMENTO	401
OSVALDO CORREA FONSECA	
SOBRE OS EXPOSITORES	403

A MODERNIZAÇÃO DO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Vivemos um momento de especial interesse para todos aqueles que lidam, direta ou indiretamente, com o crédito imobiliário neste país.

Seja no extremo de uma ponta – onde se acha o agente financeiro – seja o destinatário final – o tomador do crédito – temos um arco de complexas cadeias e processos que é preciso enxergar muito bem para compreender perfeitamente a infra-estrutura de segurança jurídica que deve servir de arrimo a todas essas operações.

Temos um modelo adequado para as nossas necessidades? Será necessário promover profundas transformações? Qual o papel que os registros imobiliários jogam nesse complexo sistema?

Essas e outras perguntas foram respondidas no transcurso desse excelente encontro que atraiu especialistas das mais diversas áreas do direito imobiliário.

Tínhamos um bom motivo para nos reunir; afinal, o advento do novo Código Civil, com as naturais dúvidas e algumas perplexidades, trouxe um novo alento para todos aqueles que se dedicam à árdua tarefa de cultivar o direito privado. Depois, esse encontro serviu para nos aproximar ainda mais, registradores e agentes do crédito imobiliário, envolvidos num ambiente favorecedor de um diálogo multi-profissional, com apoio de especialistas em direito registral e imobiliário.

O resultado o leitor tem às mãos.

Destas páginas exsurge a revalorização do registro imobiliário brasileiro, recuperado para enfrentar os novos e ingentes desafios econômicos de blindagem jurídica dos atos e negócios que têm por objeto bens imóveis. O registro, hoje, oferece a mais completa e eficiente solução para a segurança jurídica no tráfico imobiliário. Por essa razão, deve ser mais bem estudado e compreendido por todos os operadores jurídicos.

Estimo que o resultado destes colóquios ilustrados possa servir de referência para os profissionais que atuam na área do crédito imobiliário.

De nossa parte, podemos dizer que o Registro Imobiliário brasileiro, e os profissionais dele encarregados, estão plenamente capacitados para dar a sua contribuição para o aprimoramento de nossas instituições jurídicas, ampliando e fortalecendo o crédito imobiliário.

SÉRGIO JACOMINO
Presidente do Irib

IRIB – INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

DIRETORIA

Presidente: Sérgio Jacomino

Vice-Presidente: Helvécio Duia Castello

DIRETORIA EXECUTIVA

Secretário Geral: João Baptista Galhardo (Araraquara-SP) – **1º Secretário:** Gilma Teixeira Machado (Campina Verde-MG) – **2º Secretário:** Etelvina Abreu do Valle Ribeiro (Serra-ES) – **Tesoureiro Geral:** José Simão (São Paulo-SP) – **1º Tesoureiro:** Vanda Maria de Oliveira Penna Antunes da Cruz (São Paulo-SP) – **2º Tesoureiro:** Manoel Carlos de Oliveira (Itapeçerica da Serra-SP) – **Diretor Social e de Eventos:** Ricardo Basto da Costa Coelho (Apucarana-PR) – **Diretor de Publicidade e Divulgação:** Flauzilino Araújo dos Santos (São Paulo-SP) – **Diretor de Assistência aos Associados:** Jordan Fabricio Martins (Florianópolis-SC) – **Diretor Legislativo:** Meirimar Barbosa Júnior (Taubaté-SP)

CONSELHO DELIBERATIVO: *Alagoas:* Sérgio Toledo de Albuquerque, *Amapá:* Nino Jesus Aranha Nunes, *Amazonas:* Stanley Queiroz Fortes, *Bahia:* Neusa Maria Arize Passos, *Ceará:* Ana Tereza Araújo Mello Fiúza, *Distrito Federal:* Itamar Sebastião Barreto, *Espírito Santo:* Helvécio Duia Castello, *Goiás:* Nilzon Periquito de Lima, *Maranhão:* Jurandy de Castro Leite, *Mato Grosso:* Nizete Asvolinsque, *Mato Grosso do Sul:* Renato Costa Alves, *Minas Gerais:* Francisco José Rezende dos Santos, *Pará:* Cleomar Carneiro de Moura, *Paraíba:* Fernando Meira Trigueiro, *Paraná:* José Augusto Alves Pinto, *Piauí:* Guido Gayoso Castelo Branco Barbosa, *Pernambuco:* Miriam de Holanda Vasconcellos, *Rio de Janeiro:* Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza, *Rio Grande do Norte:* Carlos Alberto da Silva Dantas, *Rio Grande do Sul:* João Pedro Lamana Paiva, *Rondônia:* Bernadete Lorena de Oliveira, *Santa Catarina:* Gleci Palma Ribeiro Melo, *Sergipe:* Marlon Sérgio Santana de Abreu Lima, *São Paulo:* Lincoln Bueno Alves e *Tocantins:* Marlene Fernandes Costa.

CONSELHO FISCAL: Ítalo Conti Júnior (PR), Pedro Jorge Guimarães Almeida (AL), Rosa Maria Veloso de Castro (MG), Rubens Pimentel Filho (ES) e Virgínio Pinzan (SP) – *Suplentes do Conselho Fiscal:* Clenon de Barros Loyola Filho (GO), José Milton Tarallo (SP) e Wolfgang Jorge Coelho (MG)

CONSELHO DE ÉTICA: Ademar Fioranelli (SP), Dimas Souto Pedrosa (PE) e Elvino Silva Filho (SP) – *Suplentes do Conselho de Ética:* Ercília Maria Moraes Soares (TO), Inah Álvares da Silva Campos (MG) e Mauro Souza Lima (PE)

CONSELHO EDITORIAL: Álvaro Melo Filho (CE), Diego Selhane Pérez (SP), Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza (RJ), Elvino Silva Filho (SP), Flauzilino Araújo dos Santos (SP), Francisco José Rezende dos Santos (MG), Frederico Henrique Viegas de Lima (DF), George Takeda (SP), João Baptista Galhardo (SP), João Baptista Mello e Souza Neto (SP), João Pedro Lamana Paiva (RS), Marcelo Salaroli de Oliveira (SP), Marília Patu Rebello Pinho (SP), Ricardo Henry Marques Dip (SP), Ruy Veridiano Patu Rebello Pinho (SP)

DIRETOR RESPONSÁVEL E COORDENADOR EDITORIAL (DESDE 1997):

SÉRGIO JACOMINO (presidente@irib.org.br)

CONSELHO CIENTÍFICO: Alexandre Assolini Mota, Alexandre de Moraes, André Lima, Andréa Flávia Tenório Carneiro, Armando Castelar Pinheiro, Betânia de Moraes Alfonsín, Bruno Mattos e Silva, Carlos Ari Sundfeld, Carlos Eduardo Duarte Fleury, Celso Fernandes Campilongo, Daniel Roberto Fink, Edésio Fernandes, Élcio Trujillo, Evangelina de Almeida Pinho, Hélio Borghi, J. Nascimento Franco, José Carlos de Freitas, José Guilherme Braga Teixeira, Jürgen W. Philips, Kioitsi Chicuta, Luiz Mário Galbetti, Marcelo Terra, Maurício José Serpa Barros de Moura, Melhim Namem Chalhub, Pablo de Camargo Cerdeira, Pedro Antonio Dourado de Rezende.

CONSELHO JURÍDICO PERMANENTE: Gilberto Valente da Silva (*in memoriam*), Hélio Lobo Júnior, Des. José de Mello Junqueira, Maria Helena Leonel Gandolfo, Des. Narciso Orlandi Neto, Ulysses da Silva.

CONSELHO INTERNACIONAL: *Alemanha:* Helmut Rüssmann e Maximilian Herberger – *Chile:* Elias Mohor Albornoz – *Espanha:* Fernando Pedro Méndez González e Rafael Arnaiz Eguren – *Itália:* Raimondo Zagami – *México:* Raúl Castellano Martínez-Baez – *Portugal:* Paulo Ferreira da Cunha.

COORDENAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA: Ademar Fioranelli e Sérgio Jacomino

A MODERNIZAÇÃO DO CRÉDITO IMOBILIÁRIO

Num momento em que cabe expandir vigorosamente as estruturas do crédito imobiliário – o SFH e, em especial, o Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI) – como indutoras do crescimento econômico, cresce a importância de interpretar diplomas legais recentes com implicações diretas sobre a atividade. Facilitar essa tarefa levou a Abecip, entidade que há 36 anos congrega os Agentes Financeiros do crédito imobiliário no País, a co-patrocinar este livro em que se reproduzem os debates do seminário “O crédito imobiliário em face do novo Código Civil”.

Do debate, realizado em 2003, em São Paulo, participaram notórios especialistas em assuntos imobiliários, entre eles o ex-presidente do Banco Central, Gustavo Loyola, os professores Arnold Wald e Arruda Alvim, os advogados Melhim Chalhub e Sergio Jacomino – que preside o Irib – e os juízes Kiostsi Chicuta, do Tribunal de Alçada de São Paulo, e Pablo Stolze, da Bahia.

O seminário contemplou uma vasta temática relativa ao financiamento imobiliário, sendo importante destacar as regras de aperfeiçoamento dos sistemas de garantias, com vistas a reduzir os custos das transações e diminuir as incertezas que cercam a atividade e que geraram centenas de milhares de ações nos últimos anos.

Queremos realçar, assim, alguns temas de alta relevância para os executivos da área de crédito imobiliário, advogados e o público em geral, tais como:

- 1) a introdução do mecanismo da alienação fiduciária de bem imóvel, instrumento mais apropriado do que a velha hipoteca, pois é mais condizente com as modernas estruturas negociais;
- 2) descon sideração da personalidade jurídica para fins de garantia e cumprimento de obrigações; e

3) ampliação, no novo Código Civil, do papel do juiz como intérprete das cláusulas contratuais. Os magistrados poderão decidir segundo sua convicção, com base nos princípios da boa-fé objetiva, e não apenas na premissa de que “o contrato faz lei entre as partes”.

O material editado é de leitura obrigatória para os profissionais do setor de financiamento imobiliário, sendo publicado dentro da filosofia maior da Abecip de dotar o Sistema de Financiamento Imobiliário dos instrumentos indispensáveis para seu desenvolvimento.

DÉCIO TENERELLO
Presidente da Abecip

ABECIP – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA

DIRETORIA

PRESIDENTE DO COMITÊ EXECUTIVO:

Décio Tenerello

VICE-PRESIDENTES:

Edison João Costa;

Hélio Duarte;

Irlau Machado;

Luiz Ravedutti Bulcão Filho;

Miguel Burgos Neto;

Milton Luís Ubach Monteiro;

Dirceu Paes de Almeida;

Eduardo Alberto da Silva Lima;

Renato Nardoni;

José de Melo;

José Romari Dutra da Fonseca;

Camilo Fortuna Pires;

Oswaldo Iório Filho.

SUPERINTENDENTES

Superintendente Geral: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Superintendente de Relações Institucionais: Arnaldo da Costa Prieto

Superintendente Técnico: José Pereira Gonçalves

Superintendente de Operações: Henrique Pinheiro das Chagas

SEMINÁRIO

**O CRÉDITO IMOBILIÁRIO
EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL**

PROGRAMA

O CRÉDITO IMOBILIÁRIO EM FACE DO NOVO CÓDIGO CIVIL

De 02 a 04 de abril de 2003

Pestana – São Paulo Hotel

Rua Tutóia, 77 – Jardim Paulista

Horário: das 9h às 18hs

02.04.2003 (quarta-feira)

9h

Abertura

Apresentação: Dr. DÉCIO TENERELLO

9h30min

A importância do registro no desenvolvimento econômico

Apresentação: Dr. SÉRGIO JACOMINO

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Décio Tenerello

11h30min

A importância do compromisso na compra e venda

Apresentação: Dr. EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Sérgio Jacomino

13h

Obrigações

Apresentação: Dr. KIOITSI CHICUTA

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Gilberto Shideo Saito

16h30min

Responsabilidade civil do incorporador

Apresentação: Dr. EVERALDO AUGUSTO CAMBLER

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. André Roberto dos Santos Matheus

03.04.2003 (quinta-feira)

9h30min

Aspectos econômicos do Código Civil

Apresentação: Dr. GUSTAVO LOYOLA

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. José Pereira Gonçalves

11h

Desconsideração da personalidade jurídica

Apresentação: Dra. TERESA CRISTINA PANTOJA

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Osvaldo Correa Fonseca

14h

Principais inovações nos contratos

Apresentação: Dr. PABLO STOLZE GADLIANO

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Osvaldo Correa Fonseca

16h30min

Novos aspectos obrigacionais do direito imobiliário

Apresentação: Dr. MELHIM NEMEM CHALHUB

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. André Roberto dos Santos Matheus

04.04.2003 (sexta-feira)

9h

Direitos reais

Apresentação: Dr. ARRUDA ALVIM

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Roberto Sampaio

11h30min

A empresa no novo Código Civil

Apresentação: Dr. ARNOLDO WALD

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Renato Nardoni

14h

Das pessoas e da família

Apresentação: Dr. HÉLIO BORGHI

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Osvaldo Correa Fonseca

16h

Habitação popular e o acesso ao mercado formal

Apresentação: Dr. JOSÉ CARLOS DE FREITAS

Mesa: Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury e Dr. Osvaldo Correa Fonseca

Encerramento

Dr. OSVALDO CORREA FONSECA

ABERTURA

DR. DÉCIO TENERELLO

[Presidente do Comitê Executivo da Abecip]

Dia: 02.04.2003 (quarta-feira)

Horário: 9h

Senhoras e senhores, bom dia! É com muita satisfação que nós, da Abecip, recebemos os senhores palestrantes e participantes deste seminário, durante o qual, nos próximos três dias, examinaremos alguns aspectos da atividade do crédito imobiliário em face das inovações introduzidas pelo novo Código Civil, no campo dos direitos reais e do direito das obrigações, notadamente aspectos da responsabilidade civil.

Para esta tarefa, convidamos renomados especialistas na matéria, os quais terão oportunidade de debater as mais variadas questões que se referem ao elenco de assuntos que foram selecionados para este seminário. A promulgação do Código Civil parece inserir-se num contexto de profundas modificações experimentadas pela sociedade brasileira nos últimos quinze anos, a começar pela Constituição Federal de 1988, que, rompendo um prolongado ciclo autoritário, abriu as mais amplas perspectivas para a reorganização da sociedade. Algumas medidas já foram adotadas, entre as quais podem ser destacadas a abertura do mercado, a promulgação da Lei 8.078, de 1990, denominada Código de Defesa do Consumidor, e a aprovação de várias leis, que visam aprimorar o funcionamento do mercado, como é o caso da Lei 9.514, de 1997. Ao mesmo tempo, essa abertura beneficia as atividades de consumo, ampliando enormemente o leque de produtos oferecidos ao mercado e ativando a concorrência, que, entre os aspectos positivos, é também fator de proteção

do consumidor, na medida em que sustenta o processo de correção de disparidades do poder contratual.

De outra parte, não se pode esquecer que o Código do Consumidor antecipou alguns dos mais importantes conceitos do novo Código Civil, como são os casos da função social do contrato e da boa fé objetiva.

Quanto ao setor do crédito imobiliário, a Lei 9.514 criou condições de funcionamento de um sistema de mercado, o Sistema de Financiamento Imobiliário, SFI. Diferentemente do que ocorria no SFH, em que condições do contrato eram inteiramente regulamentadas pelo Banco Nacional da Habitação, no SFI prevalece a liberdade contratual, a qual, obviamente, está condicionada pelas limitações de natureza legal e pelos princípios fundamentais da teoria dos contratos.

O funcionamento do mercado requer rigorosa conciliação entre o sistema de proteção do contratante mais frágil e as condições de preservação da equação contratual. Essa é a pedra de toque da realização social do contrato, que viabiliza a circulação da riqueza procurando atender plenamente as legítimas expectativas dos contratantes.

Sabemos que uma das grandes inovações do novo Código Civil é o aumento do poder discricionário do juiz, na medida em que as diretrizes gerais presentes na nova codificação ampliam seu campo decisório. Todavia, ao mesmo passo em que essas diretrizes gerais abrem essa perspectiva positiva, podem também criar um clima de insegurança na execução dos contratos bem como podem acabar por inibir a realização de negócios e reprimir o funcionamento do mercado, prejudicando a distribuição de renda, o consumo e o emprego. Com efeito, em qualquer contrato, a segurança jurídica é fator indispensável para a plena realização das legítimas expectativas de cada uma das partes, o comprador e o vendedor, o mutuante e o mutuário etc., e essas expectativas são definidas na formalização do contrato, oportunidade em que se determina a equação contratual cuja concepção deve ser perseguida por ambas as partes. Por outro lado, sabe-se que a plena realização do contrato reclama a permanente cooperação entre as partes, e essa cooperação é um dos deveres da boa fé objetiva. De um lado, o creditor tem a obrigação de entregar ao creditado o valor pactuado no contrato e observar as condições estipuladas no contrato para esse fim, enquanto, do outro lado, o

creditado tem a obrigação de restituir a quantia recebida, com os encargos pactuados. É claro que todo contrato comporta riscos, mas as pessoas esperam contar com um grau mínimo de segurança nos negócios que realizam. E essa segurança decorre, entre outros fatores, da tipologia que demarca, com nitidez, os contornos de cada espécie de contrato.

Assim, ao ensejo do início de vigência do novo Código, a sociedade espera que a amplitude das novas diretrizes adotadas e o conseqüente aumento do poder discricionário do juiz não extrapolem os limites demarcados na tipificação dos contratos, sob pena de, frustrando o cumprimento da sua finalidade de circulação de riquezas, provocar mais inibição na atividade econômica, impedindo a retomada do desenvolvimento. O que se espera legitimamente é que os negócios fluam sem obstáculos, dando às partes a segurança de que o seu cumprimento se faça de acordo com o que estiver previsto no instrumento de contrato, que, em verdade, deve representar o interesse conjunto das partes.

Pensamos que a interpretação dos contratos, segundo os conceitos de função social e da boa fé objetiva, deve respeitar os direitos de cada uma das partes, representadas pelos contratos. Sendo assim, o intérprete deve, sempre, ater-se aos ditames da lei, dando a cada um o que é seu, e ao mesmo tempo, considerar a conduta que se exige das partes, visando ao cumprimento dos deveres inerentes à boa fé objetiva.

Coerentemente com essa orientação, nós, do setor do crédito imobiliário, temos a legítima expectativa de que os princípios inerentes às nossas atividades continuem sendo interpretados de acordo com sua finalidade, explicitamente enunciadas no Código Civil, que contempla não só a entrega do dinheiro pelo mutuante mas também a obrigação de devolução do capital emprestado com os encargos pactuados. No campo contratual, é a certeza do cumprimento recíproco das obrigações pelas partes que dá a medida da estabilidade e da paz social.

O que acabamos de dizer e demonstrar é o óbvio. Entretanto, permitimo-nos lembrar-lhes exemplos da história recente do Brasil, em que a óbvia imutabilidade dos contratos foi de tal modo desprezada, que não só tornou incertos efeitos futuros dos contratos mas também, para mais perplexidade, tornou imprevisíveis os efeitos de situações contratuais plenamente consolidadas. Dois exemplos: hoje, deveremos ter, no âmbito do

STJ, o julgamento final, espera-se, do Plano Collor, de 1990. Vejam vocês, de 1990 para 2003, nesse processo de tempo, todos nós passamos por muitas incertezas em relação à validade dos nossos princípios de contratos, pondo em risco até a nossa própria atividade como agente intermediador de recursos. Outro ponto que também deve ser discutido hoje no STJ, espera-se, é o aspecto do *leasing* em relação às operações contratadas com variação da taxa cambial, com dólar, em função da volatilidade dessa moeda, que motivou uma série de discussões e que, a prevalecer o que está definido, o que se está tentando definir no processo, a atividade de *leasing* pura e simplesmente desaparece do nosso ambiente de trabalho.

Muito embora estejamos, nas duas situações, em posições bastante privilegiadas, tanto no Plano Collor quanto na questão do *leasing* (10 votos a 6, faltando 3 Ministros para votarem), mas ainda há alguns riscos.

Pensem vocês que nesses anos todos, de 1990 para cá, enfrentamos os problemas, envolvimento direto e despendemos recursos poder fazer valer os preceitos e as condições contratuais. Esperamos ter ultrapassado essa fase difícil e acreditamos que o novo Código Civil propiciará as condições indispensáveis para que as partes cumpram com a necessária boa fé as obrigações que assumiram nos financiamentos que contrataram.

Com isso, estará facilitada a circulação de riquezas e o tão almejado desenvolvimento da nossa sociedade. É o que efetivamente esperamos, o que gostaríamos que fosse prevacente nas discussões que vamos ter nestes próximos três dias, oportunidade propícia para que se possa colocar isso num patamar de desenvolvimento cujo contrato passe efetivamente a valer a vontade das partes.

Vamos ter condições de preestabelecer algumas condições altamente importantes para a condução ou para o futuro do nosso próprio desenvolvimento na intermediação financeira, principalmente para os bancos, que não criam pura e simplesmente riquezas, dos quais somos intermediadores financeiros, e a cujas condições legais preestabelecidas nos adaptamos, no tempo e no espaço da nossa atuação. Tenham uma boa jornada! É o que eu espero para todos nós nesses próximos três dias. Obrigado!

O Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury assume a condução dos trabalhos. Informamos que, em virtude de compromissos assumidos anteriormente, o presidente da Abecip precisará se retirar.

Dando início ao evento, apresento o primeiro palestrante: Dr. Sérgio Jacomino.

A IMPORTÂNCIA DO REGISTRO NO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Expositor: **DR. SÉRGIO JACOMINO**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Décio Tenerello

Dia: 02.04.2003 (quarta-feira)

Hora: 9h30min

SUMÁRIO

1. Registro brasileiro – Uma longa trajetória – 2. Explosão de cartórios – 3. Cartórios só existem no Brasil? – 4. Como identificar essa necessidade social a partir de uma perspectiva econômica? – 5. Como atingir esses altos objetivos? – 6. Os cartórios e seus sistemas de segurança jurídica preventiva – 7. O exemplo do leste europeu – 8. Cartórios-farmácia, compulsoriedade e concorrência – 9. Regime concorrencial nos registros? – 10. Conselho de notários e registradores e agências regulatórias.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – O Dr. Sérgio é bacharel em Direito e atualmente faz doutoramento em Direito Civil na Universidade Estadual Paulista – UNESP. É Registrador do 5º Ofício de Registro de Imóveis da Capital de São Paulo; antes foi também Registrador na cidade de Franca, SP. É Presidente do Irib, Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, e nos últimos anos tem se dedicado intensamente em promover o constante aprimoramento e atualização das técnicas e práticas registrais. Ao ministrar palestras no Brasil, Europa e América Latina, assim como ao participar de congressos e encontros ligados ao Direito Registral, no Brasil e no exterior, mantém constante troca de informações, fundamentais para o crescimento e fortalecimento da comunidade registral brasileira. Tem diversos livros publicados na área de registro de imóveis; e regularmente escreve artigos para o *Boletim do Irib em Revista*, periódico mensal do Irib, e *Boletim Eletrônico Diário Irib/Anoreg* de São Paulo.

Com a palavra, então, o Dr. Sérgio Jacomino.

Sérgio Jacomino – Muito bom dia a todos! Muito obrigado ao Dr. Décio Tenerello, que me antecedeu, ao Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury, pela oportunidade de estar aqui com uma platéia tão seleta, tão preparada e, por que não dizer, de certa forma tão desconhecida dos registradores imobiliários. Quero me referir ao contato pessoal, uma vez que, via de regra, com muitos dos senhores, travamos diariamente contatos profissionais, seja recebendo os contratos para registro, seja propiciando, como resultado de

nossas atividades, o que o Dr. Décio Tenerello acabou de falar: segurança jurídica nas transações imobiliárias.

O eixo desta breve exposição, que tem um caráter de apresentação institucional, é o tema da segurança jurídica. Não será propriamente uma palestra enfocando aspectos tópicos do novo Código Civil. A base de meu pronunciamento é pôr em relevo aspectos da segurança jurídica preventiva que os registros públicos provêm. É disso que vamos tratar aqui; é disso que todos nós necessitamos para viabilizar os negócios, para a impulsão das transações econômicas. Eu gostaria de expor de que maneira o registro imobiliário pode ser um ator coadjuvante nesse processo de consolidação da segurança jurídica preventiva, tão importante e tão necessária para o fomento e o desenvolvimento dos negócios.

1. Registro brasileiro – Uma longa trajetória

Nós temos experimentado uma transformação muito profunda no registro imobiliário brasileiro e essa transformação está em curso. Desde o advento da Lei 8.935, em 1994, que faz eco à reforma constitucional de 1988, nós temos no Brasil um novo perfil do registro imobiliário. Esse novo perfil significou também uma renovação dos próprios operadores que, hoje, acedem às posições de oficiais registradores, em todo o Brasil, por meio de concursos públicos. Isso, naturalmente, fez surgir novos atores, o reflorescimento da doutrina registral e notarial no país e a procura de identificação da singularidade dessa atividade.

Os cartórios brasileiros se inscrevem em uma larga tradição. Remontam ao tabelionato português cujos vestígios podem ser traçados, pelo menos, desde o século XIV.

No caso específico do sistema registral, sabe-se que o registro hipotecário brasileiro foi se insinuando nas discussões parlamentares pelo menos desde 1830, quando os primeiros projetos foram sendo apresentados.

Na sessão parlamentar de 03.07.1830, por exemplo, o Dep. Ernesto Ferreira França apresenta um pequeno projeto de lei prevendo que em cada vila do Império, a cargo do primeiro tabelião do lugar, deveria existir

um livro das hipotecas. Previa o projeto que seriam nulas todas as hipotecas constituídas depois do advento da lei que se não provassem por escrituras inscritas no dito livro.

Oito anos mais tarde, fazendo referência a um outro projeto em andamento desde 1836, o Dep. Aureliano de Souza e Oliveira Coutinho apresentou um projeto mais robusto de registro hipotecário, assim justificado: “parece de necessidade uma lei, que criando em cada município um ofício e registro especial de hipotecas, e de protesto de letras, ponha os cidadãos, e particularmente o comércio, a abrigo das contínuas fraudes que diariamente se praticam, hipotecando-se a indivíduos por um cartório prédios já hipotecados a outros por cartórios diferentes; e bem assim o habilite a conhecer prontamente aqueles, que pouco pontuais em seus pagamentos, deixam apontar e protestar suas letras, a fim de que estabelecida a confiança, mãe do comércio, possa esse prosperar, como muito convém aos interesses do país” (sessão de 16.06.1838, primeiro ano da quarta legislatura, Câmara dos Deputados do Parlamento Brasileiro).

Vê-se, pela justificativa do Dep. Oliveira Coutinho, que a atomização e dispersão de cartórios não especializados – seja em razão da matéria hipotecária, seja em virtude de estrita competência territorial – já é um fenômeno que deveria logicamente ser obviado pelos graves prejuízos sociais e econômicos que representa. Um argumento histórico poderia, pois, ser levantado contra o palpite infeliz de se instalarem cartórios-farmácia de que se vai falar logo em seguida.

Discorrendo sobre a insegurança jurídica e econômica, decorrência direta da falta de informação, o Dep. Oliveira Coutinho registra: “é sabido que muitos sujeitos, que, aliás, desejam fazer girar e reproduzir seus fundos, recusam dá-los sobre hipotecas de bens de raiz por ignorarem se tais bens estão já sujeitos, em todo ou em parte, a outros contratos e por temerem os prejuízos, que de tais fraudes se tem seguido” (*Idem, ibidem*).

Os capitais imobilizados pela falta de segurança jurídica e pela sincura informativa, decorrência da inexistência de um sistema de publicidade minimamente organizado, são fenômenos bem apanhados pela argúcia do Deputado, que conclui: “com o fim de animar, por meio da segurança, as transações comerciais, o giro de fundos, e por conseqüência o melho-

ramento das fortunas e propriedades particulares, tenho a honra de propor o seguinte projeto de lei” – e segue o projeto de criação de um registro hipotecário que em tudo deve ser conhecido pelo testemunho de uma era de grandes transformações econômicas para o país.

Mas os projetos caminhavam no remanso parlamentar, a ponto de o Dep. Moura Magalhães registrar, em pronunciamento da tribuna, em 11.05.1840, que as dificuldades inerentes à matéria constituiriam fato suficiente para se adiar a votação de tão importantes matérias.

Assim é que, já em 18.03.1843, às vésperas das discussões da lei orçamentária daquele ano, o Dep. J. M. Pereira da Silva remete à Comissão de Justiça Civil o tema do registro hipotecário, jungindo: “sendo de absoluta necessidade a adoção de uma lei que fixe regras invariáveis e um sistema claro sobre hipotecas, a fim de assegurar a propriedade individual e de acabar com abusos imensos que têm resultado do estado imperfeito da legislação civil existente: indico que a nobre Comissão de Justiça Civil organize, com toda a brevidade, um projeto de resolução sobre hipotecas, colhendo os precisos dados de outros projetos apresentados à Câmara por diversos Srs. Deputados em diferentes legislaturas, a fim de se prosseguir na sua discussão com a presteza e a urgência compatíveis com objetos de tanta transcendência” (sessão de 18.03.1843).

O próprio Dep. J. M. Pereira da Silva cuidaria de apresentar, já na sessão de 1º.04.1843, o seu próprio projeto de lei, que criava a figura dos tabeliães privativos de hipoteca. No projeto, o problema da circunscrição era enfrentado com uma noção, ainda bastante difusa, de reserva de prioridade (art. 3º). O projeto previa a competência territorial para a prática dos atos de inscrição, definindo-se a regra da prioridade (art. 5º) e finalmente a responsabilidade civil e penal do tabelião (art. 6º).

A dita Comissão de Justiça Civil, aliás, integrada pelo notável Nabuco de Araújo, considerou-se exonerada da responsabilidade de organizar um projeto sobre hipotecas, tendo em vista a apresentação do projeto pelo mesmo Dep. Pereira da Silva (parecer de 19.04.1843). Nabuco de Araújo voltaria à cena para nos brindar com um consistente sistema de registro hipotecário, já livre das imperfeições da legislação a que se fará referência em seguida.

Pois bem, concebido no bojo das discussões orçamentárias de 1843, que redundou na Lei 317, de 21.10.1843, seria finalmente criado o registro hipotecário brasileiro em 1846, pela via do Dec. 482, de 14.11.1846.

Defendido pelo Dep. Barreto Pedroso, que apresentaria uma emenda aditiva, o registro hipotecário seria criado justamente para oferecer uma garantia eficaz dos financiamentos dirigidos à produção agrícola brasileira, justificado claramente por necessidades econômicas e sociais.

Aliás, Antônio Pereira Barreto Pedroso, talvez por ser filho dileto de Miguel Pereira Barreto, que foi o 1º Tabelião da cidade de Resende, em 1801, tinha plena consciência das potencialidades de um registro hipotecário e de seu benefício para o incremento do financiamento agrícola. Esse mesmo Deputado chegaria ao posto de Ministro do Supremo Tribunal.

Para se ter uma idéia da importância histórica do tema, vamos dar voz ao Dep. Barreto Pedroso, que na sessão do parlamento de 04.07.1843 verberava a criação do regime de registro hipotecário no país nos seguintes termos.

“Ora, Sr. Presidente, o comércio que é a outra parte da nação que carrega com os impostos, tem mais facilidade de achar capitais do que a lavoura; trago, por exemplo, o que acontece no Rio de Janeiro; existe aqui um banco, os negociantes que podem apresentar firmas acreditadas acham dinheiro a 8 e 9%, porque o banco e outros capitalistas conhecem que com facilidade reembolsam os dinheiros que são apresentados aos negociantes. Mas acontece o mesmo com a lavoura? Decididamente não. Vejo lavradores que têm o valor de 50, de 100 e mais contos de réis, entretanto, se precisam de dinheiro, vêm-se na precisão de obter com um juro muito crescido.”

Em outro momento dos debates, registra o lúcido Deputado: “É inegável que, logo que se criar um registro de hipotecas, a lavoura há de achar dinheiro com muito menor juro que atualmente. Quando os capitalistas das cidades e vilas souberem que podem dar o seu dinheiro, que o têm seguro com a hipoteca sobre um prédio de muito valor, hão de por certo baixar o juro de seu dinheiro, porque o dão com mais ou menos interesse, conforme a segurança que têm” (Annaes do Parlamento Brasileiro, Câmara dos Srs. Deputados, segundo anno da quinta legislatura, segunda sessão de 1843, pronunciamento no dia 04.07.1843).

O diagnóstico era preciso. Ainda hoje verificamos que os juros cobrados pelo sistema financeiro guardam estrita relação com os riscos inerentes ao negócio. É regra comezinha de economia. O mesmo Sr. Barreto Pedroso viria a concluir, com pronunciamento de notável clarividência, já na sessão do Parlamento de 5 de julho do mesmo ano, em resposta às objeções que lhe foram levantadas: “Eu fiz ver muito resumidamente que, se nós criássemos um registro de hipoteca, facilitaríamos ao lavrador os meios de obter dinheiro por juro muito menor. Os nobres deputados não podem desconhecer que, quando os capitalistas dão dinheiro a juros, procuram com muito cuidado a garantia da segurança para reembolso. Disse eu que o juro estava na razão inversa da segurança, que quanto maior era a segurança, tanto menor era o juro” (*Idem, ibidem*).

Como se viu, a palavra-chave era segurança jurídica. O mesmo imperativo se impõe atualmente aos operadores do direito, convocados a repensar as virtudes que o nosso sistema registral representa.

Enfim, tendo sido aceita e apoiada a proposta de emenda aditiva apresentada pelo Dep. Pedroso, acabou figurando na lei orçamentária de 1843, com eficácia limitada a ulterior decreto que estabelecesse e definisse os lugares em que seriam instalados os registros, pelo modo que o governo estabelecesse em regulamento.

Não é caso de se continuar aqui a descrição da trajetória histórica do aperfeiçoamento do sistema registral do país. Basta que se consigne que, desde o século XIX, conjuntamente com outros países, na vanguarda de um movimento que se irradiaria para todo o mundo, o Brasil criou o seu sistema de publicidade hipotecária. A modelagem desse serviço público delegado, com seu desenho institucional plasmado nos alvares do Estado liberal do século XIX, ainda pode ser tido e havido como modelo e referência para os países em desenvolvimento econômico.

De lá para cá, o sistema registral não parou de se desenvolver, colhendo, modernamente, milhões de moradias, provendo garantia jurídica a um número expressivo de pequenos e médios proprietários, acompanhando o fenômeno de concentração urbana do país e, a partir da década de 50, acentuando o caráter social de sua atividade. Nesse largo período, contribuiu decisivamente para o desenvolvimento econômico e social. Bastaria o exemplo eloqüente dos milhões de contratos que foram celebrados no âmbito do

BNH, cujas garantias foram registradas e se mantiveram híidas até o final adimplemento das obrigações, somente perdendo a importância e o valor pelas sucessivas intervenções no mercado pelo dirigismo estatal e pela imprevisibilidade de decisões judiciais, que relativizaram o valor das garantias reais em favor de um difuso direito social.

Para nós, é crucial responder às seguintes questões: quanto significa, em custos sociais, a prevenção de litígios, representada pela segurança jurídica cautelar propiciada pelo sistema de registro? Quanto pode representar o registro, em termos de redução dos custos pela dramática mitigação do grau de insegurança nas transações econômicas que têm por objeto bens imóveis?

2. Explosão de cartórios

Eu havia trazido, como epígrafe da minha exposição, o pronunciamento de uma alta autoridade governamental, que, tendo em vista os problemas enfrentados para a regularização urbanística e fundiária e para a conferência de títulos de propriedade para milhões de brasileiros – identificando nos cartórios os obstáculos mais importantes para a regularização almejada –, sugeriu simplesmente que os cartórios fossem “explodidos”.

Sabe-se que 50% da população de cidades como São Paulo e Rio de Janeiro vivem, hoje, numa espécie de limbo jurídico. Vivemos a época da clandestinidade jurídica, que atende a vários interesses. Especialmente a população de baixa renda vive em propriedades que não estão tituladas, não estando, portanto, integrada no grande arco do mercado formal. Esses cidadãos não podem se habilitar para receber um crédito, seja para a reforma da sua moradia, seja para a construção de sua habitação, seja mesmo para a aquisição ou regularização da sua propriedade. Essas pessoas não podem, em suma, tirar uma mais-valia da sua propriedade e contribuir com a circulação de riquezas.

O governo federal tem um desafio importante pela frente, no sentido de regularizar a propriedade informal, captar recursos para financiar a aquisição da moradia, seja para a população de baixa renda, seja para a

classe média, e este é um desafio importante que está posto não só para o atual governo, mas para toda a sociedade.

Premida pelas dificuldades inerentes ao complexo processo de regularização fundiária, essa alta autoridade saiu-se com a seguinte manifestação: “só se fosse possível explodir os cartórios de registro de imóveis, verdadeiras fábricas de papéis, há mais de 300 anos, que só existem no Brasil e Portugal”. Essa a primeira parte da manifestação. E, logo em seguida, com apostro registra, “legalizar propriedades é uma guerra burocrática e judiciária, daí a atual confusão”.

Eu gostaria de fazer alguns comentários para poder compreender qual é a verdadeira função do registro imobiliário, qual é o papel que ele joga no fomento do crédito imobiliário. Esse papel, logo devo dizer, é o da segurança jurídica; é a segurança que os senhores procuram; na outra ponta está a segurança daqueles que contratam com os agentes financeiros e que adquirem a propriedade. É essa a pedra angular de todo o sistema.

3. Cartórios só existem no Brasil?

A primeira inverdade que existe nessa declaração é que os cartórios só existem no Brasil e em Portugal. Esse é um mito que está circulando, ultimamente, na imprensa. Mas não só. Figura em *papers*, alguns apresentados no recente Fórum Social (RS), contendo virulenta manifestação contra cartórios, dizendo que são um enguiço burocrático e que só existem no Brasil e em Portugal, como se Brasil e Portugal estivessem condenados a uma espécie de periferia civilizatória no que respeita à tutela da segurança jurídica.

Isso não é verdade e não representa evidentemente a realidade dos fatos. Nós, lusófonos, temos registrado em exclusividade em nossos léxicos a belíssima palavra *cartório*, que a última flor do Lácio consagrou na longa trajetória da língua. É uma palavra tipicamente portuguesa, de boa fonte latina, que não se encontra em nenhuma outra língua neolatina.

Entretanto, embora não conhecidos como cartórios, os serviços de registro de imóveis existem em toda a Europa, encontram-se em todos os países

desenvolvidos assim como há, em grande profusão, notários em todo o planeta, em todos os países. A recorrência da atividade em todos os quadrantes deve representar algo de relevante, responde indisfarçadamente a uma necessidade social e, decorridos alguns séculos, indica, o bom senso, que tal fato deve representar um alto valor para a sociedade.

4. Como identificar essa necessidade social a partir de uma perspectiva econômica?

Sabe-se que a especialização dos recursos produtivos incrementa a produtividade e ela é o motor do desenvolvimento econômico, nas palavras de Benito Arruñada, em cuja senda vamos transitar. Continua o economista: “a especialização somente poderá ser considerada útil se os produtores intercambiam recursos e produtos, entre si e com os consumidores. O caráter custoso desses intercâmbios constituiu seguramente um freio fundamental à especialização e, conseqüentemente, ao próprio desenvolvimento. Para reduzir os custos de transação, são empregados numerosos mecanismos. Destacam-se, entre eles, instituições jurídicas que possibilitam a existência e a contratação de direitos de propriedade sobre bens imóveis. A função dessas instituições – fundamentalmente o direito imobiliário e o registro de imóveis – é a de proteger os direitos de propriedade e reduzir as assimetrias informativas entre os protagonistas das transações” (*Organização do registro da propriedade em países em desenvolvimento*, 1996).

Em poucas palavras: informação segura, eficácia negocial e segurança jurídica estática e dinâmica. Em outros termos, segurança dos titulares inscritos no registro e segurança de terceiros que contratam; estabilidade no direito e dinamismo na circulação de riquezas.

5. Como atingir esses altos objetivos?

Nas sociedades economicamente desenvolvidas deve existir um mecanismo eficiente que proveja a sociedade de informações seguras a respeito do bem que se vai adquirir. Essas informações devem ser rápidas,

seguras, baratas e necessitam garantir não só a figura e atributos físicos, mas a qualidade do bem que se vai adquirir. Quais as características que ostenta? Visto de uma perspectiva subjetiva, aquele que está alienando o bem é o seu verdadeiro proprietário? O que aliena, pode fazê-lo? Não tem sua disponibilidade afetada por alguma restrição? Em relação ao bem, quais as limitações de ordem legal ou convencional que experimenta? Ou visto de outro ângulo: aquele que se credencia a obter um crédito imobiliário pode oferecer garantias seguras? O devedor está legitimamente titulado (ou poderá sê-lo) como proprietário do bem? O bem que pode ser objeto da garantia não responde por outras obrigações?

Essas indagações devem ser respondidas de maneira rápida, eficiente e barata por qualquer sistema preventivo de segurança jurídica. Deverá ser consagrada a independência do *decisor*, para que se alcance – para usar uma expressão que circula nos meios econômicos – o *enforcement* do sistema. Só assim a constituição, manutenção, alteração, oneração ou extinção de direitos reais poderá se dar com um grau tolerável e administrável de riscos.

6. Os cartórios e seus sistemas de segurança jurídica preventiva

Os modelos de sistemas de segurança preventiva variam em todo o mundo. Mas é possível reduzi-los a uma tipologia essencial. Temos, de um lado, os sistemas que se filiam à comunidade do *common law*, mais nitidamente os EUA, já que alguns países, como a Inglaterra, articulam sistemas mais eficientes de registro de direitos. De outro, encontramos os países que podem ser considerados herdeiros naturais da longa tradição do direito romano-germânico.

Em linhas muito gerais, nos primeiros, temos um sistema de liberdade de formas; seus cidadãos gozam da mais completa liberdade e flexibilidade para alcançar a satisfação de seus interesses. Recorrem à ajuda especializada – advogados, assessores, analistas, corretores etc. – e acabam por lograr a segurança dos contratos *a posteriori*, isto é, socorrendo-se de instâncias jurisdicionais, quando têm que ajustar aspectos contratuais ou quando se vêm na necessidade de executarem-no. A expressão *ex-*

plosão litigiosa, que povoa a literatura da sociologia jurídica, qualifica uma realidade presente nesses países, pois a atuação de advogados e assessores negociais na contratação radicaliza a perseguição dos interesses parcelares dos contratantes, muitas vezes às custas da contraparte. Quando ocorrem conflitos, que são um índice da complexidade dos contratos e da falta de um profissional que, para além dos interesses das partes, persegue o interesse social, as partes socorrem-se do Judiciário, com os custos inerentes ao processo.

Já nos segundos, temos o sistema de prevenção de possíveis conflitos e litígios com a atuação primeira do notário, para intermediar os interesses dos contratantes, postos os olhos não somente nos seus interesses parcelares mas na consecução do contrato, fazendo incidir regras gerais que concretizam objetivamente a boa-fé dos contratantes. A atuação dos notários é, pois, um verdadeiro sistema preventivo de litígios, pois o delegado concorre com seus conhecimentos especializados para que diminuam os ruídos de informação, previne defeitos jurídicos e evita afrontas à ordem legal. Ainda assim, se o conflito se instaura, a atuação notarial prevê um título autêntico, de caráter público, dotado de fé-pública, o que, por si só, contribui para facilitar e agilizar a tramitação do processo judicial.

Além do notário, nesses países encontramos os sistemas de registros de segurança jurídica, com a atuação de um profissional especialmente capacitado para concretizar as mutações jurídicas que se operam com o registro. No caso brasileiro, como todos sabemos, o registro tem o efeito constitutivo do direito, o que significa que, pela atuação do registrador, que qualifica e tipifica o título que consagra a avença translativa de domínio e o inscreve, nasce o próprio direito, que passa a ser oponível *erga omnes*.

O registro é um precioso mecanismo que diminui, dramaticamente, os custos de informações inerentes às transações econômicas e constitui em fator importante para o desenvolvimento econômico.

O nosso sistema registral chega a atingir esse grau de eficiência? Não hesitamos em declarar que sim. A história está a demonstrá-lo pelos exemplos acima citados. Ainda que pudéssemos lamentar profundamente que, por desconhecimento da própria mecânica registral e do importante jogo econômico que joga, o legislador tenha consagrado regra que pode malferir o adquirente de boa-fé. Ao prescrever, no art. 1.247 do novo CC, que o

registro poderá ser cancelado em virtude de postulação do proprietário, nesses casos poderão ser atingidos, em pleno, os direitos do terceiro adquirente, aquele que, de boa-fé, a título oneroso, confiado no que o registro publica, adquiriu o domínio.

Isso representaria um verdadeiro retrocesso. Mas é possível uma exegese mais consentânea com o espírito que inspira os modernos sistemas registrais.

Quando se diz que o registro deve, de maneira primacial, garantir o direito do *verus dominus*, cumprindo, assim, o registro, o papel de segurança estática, o que se quer dizer é que o registro protege aquele que titulariza o direito, isto é, aquele que figura no registro como seu legítimo titular. Essa a raiz da qual pode aflorar o direito de retificação, manejado unicamente para *endireitar*, tornar reto o registro, na acepção própria da palavra. Ao consagrar o direito do titular, estar-se-á garantindo, dialeticamente, os direitos de terceiros, cumprindo, assim, o registro, o papel de garante dinâmico do tráfico jurídico-imobiliário. Verso e reverso da medalha da segurança jurídica, a segurança estática e dinâmica do registro representa aspectos indissolúveis do mesmo fenômeno.

Não tem sentido permitir que se retifique o registro ou que se lhe possa fulminar com decretação de nulidade por postulação de quem não figure no registro e contra quem seja legitimamente titulado. Não seria lógico nem defensável que qualquer interessado na retificação ou anulação, ainda que comprovasse seu legítimo interesse, tivesse o direito de ameaçar a posição daquele que, igualmente de modo legítimo, tenha adquirido o imóvel naquelas condições referidas – boa-fé, título oneroso etc.

De outra forma, estaremos retrocedendo à época do *Ancién Regime*, quando a força do título e da contratação privada prevalecia sobre a publicidade garantidora do fenômeno translático.

Enfim, dizer que “cartórios só existem no Brasil e em Portugal” é uma inverdade que não tem a inocência dos ignorantes. Chega a ser um grande desserviço ao debate, quando nós pensamos que há muito que fazer para aperfeiçoar essas instituições, para que sejam efetivamente consideradas e respeitadas como suporte eficiente e barato para as transações econômicas que tenham por objeto os bens imóveis.

As profundas transformações experimentadas pelos países de economia planificada dão-nos exemplos muito importantes.

7. O exemplo do leste europeu

Quando o Banco Mundial foi chamado para financiar a reconstrução da economia nesses países, com os acertos e desacertos que todos nós conhecemos, um aspecto que é residual nessa discussão e que eu gostaria de trazer à reflexão dos senhores é que, conjugadas todas as medidas que propiciaram aquela mutação de uma economia planificada por uma economia de mercado, o Banco Mundial exigiu, como ponto de partida, a instituição de quê? De um registro imobiliário organizado.

Trouxe aqui referências para quem quiser aprofundar o assunto, com um elenco de documentos que foram objeto de projetos aprovados e postos em prática, impulsionados, e alguns até já consumados, no Leste Europeu, especificamente na Federação Russa, onde, aliás, nós vamos ter um encontro em junho para discutir justamente a reconstituição do registro imobiliário na província de Moscou.

Entre os vários trabalhos apresentados nos fóruns internacionais abordando o valor dos registros de segurança jurídica, destaquei alguns, para início de debates.

Publicamos, na *Revista de Direito Imobiliário* 53/13 texto de importância capital para se compreender, da perspectiva socioeconômica, a importância dos registros de segurança jurídica. Trata-se do “A função econômica dos sistemas registrais”, de Fernando P. Méndez González, conferência pronunciada no Club Siglo XXI, em 21.03.2003, no Ciclo Espanha em um Mundo Globalizado. O autor analisa nesse texto que a contribuição dos sistemas registrais de segurança jurídica é decisiva para o crescimento econômico. Enfatiza a importância da segurança jurídica cautelar, em geral, e dos sistemas registrais, em particular. O autor demonstra que quanto mais eficientemente um sistema de registro de imóveis desempenhar suas atividades, em maior medida poderá contribuir com o crescimento econômico. Em seu trabalho, Fernando Méndez González realiza uma aproximação teórica entre as razões pelas quais um sistema registral de segurança jurídica preventiva é essencial para o crescimento econômico. Em segundo lugar, alude às razões pelas quais os registros de direitos são superiores aos registros administrativos de documentos. Em terceiro lugar, faz referência aos limites dos

efeitos públicos dos documentos que contêm atos e contratos privados com relação ao registro, caso se deseje manter um sistema registral de direitos. Em quarto lugar, faz referência ao caso espanhol e à recente e profunda reforma da qual foi objeto.

Sobre a estreita implicação que há entre desenvolvimento econômico e social e registros de imóveis, poderíamos indicar vários *papers*.

a) *The effects of land registration on financial development and economic growth – a theoretical and conceptual framework*, de Frank F. K. Byamugisha. Aqui o autor constrói um arcabouço teórico para guiar uma análise empírica de como o registro imobiliário afeta o desenvolvimento financeiro e o crescimento econômico. A maioria das abordagens conceituais investiga os efeitos do registro de imóveis em um único setor. Nesse trabalho, o registro predial é observado afetando não só alguns setores, mas a própria economia como um todo. O autor desenvolve o trabalho baseado na interação bem-testada entre propriedade imobiliária segura e produtividade agrária, acrescentando à teoria a importância da informação positiva em relação aos custos de transação. Para traçar a relação entre registro imobiliário, desenvolvimento financeiro e crescimento econômico, une à construção teórica: 1) segurança de posse e propriedade da terra e incentivos de investimento; 2) título de propriedade e crédito; 3) mercados imobiliários, transações e eficiência; 4) mobilidade da mão-de-obra e eficiência; 5) liquidez imobiliária, mobilização de depósito, e investimento.

b) *Land registration and land titling projects in ECA countries*, de Csaba Csaki et al. *EC4NR–agriculture policy note #2*, Banco Mundial. Aqui o banco responde à questão: por qual razão deveria a instituição suportar a titulação imobiliária e seu registro no âmbito da Europa e Ásia Central? E responde, em epígrafe: Toda economia de mercado tem um sistema formal de registro de domínio e de bens imobiliários e um bom cadastro. O sistema visa à segurança jurídica do proprietário, propicia garantias para os investimentos e sustenta outros direitos, públicos ou privados, sobre a propriedade imobiliária. Um sistema de registo de direitos imobiliários e de cadastro, que serve à avaliação imobiliária, utilização da terra e outros dados relacionados com gerenciamento fundiário, é uma ferramenta crítica para que uma economia de mercado possa funcionar apropriadamente.

c) *El registro de la propiedad español y las recomendaciones del Banco Mundial*, de José Poveda Díaz. Esse texto foi inteiramente baseado no documento indicado no item *b*, supra, e foi escrito por um dos participantes da comissão encarregada de dar suporte técnico e jurídico à reconstituição dos sistemas registrais do Leste Europeu. O texto é uma descrição do sistema registral espanhol, que guarda notáveis semelhanças com o nosso, e comenta o documento de Csaba Csaki *et al.*, com tradução para o espanhol.

O Irib foi convidado, como representante dos registros imobiliários brasileiros, há alguns anos, para compor uma comissão de apoio à restauração dos sistemas registrais da Federação Russa, emprestando nossa experiência para aquela importante iniciativa. Presidida pelo Cínder, Centro Internacional de Direito Registral, com sede em Madri, e co-patrocinada pelo Colégio de Registradores de Imóveis, Mercantis e Bens Móveis da Espanha, os trabalhos se desenvolveram com bastante proveito econômico e social, rendendo outros projetos de financiamento aprovados pelo Banco Mundial. O texto “Registros Públicos brasileiros” são exemplo para o mundo e contém alguma informação sobre esse convênio (Vide *site* do Irib).

Especificamente em relação ao desenvolvimento dos cartórios da Europa Oriental, notadamente da Federação Russa, e a necessária conexão com os cadastros imobiliários, deve ser consultado o projeto que figura no relatório PID11501, do mesmo Banco Mundial, que se acha em pleno desenvolvimento. O documento intitulado Russian Federation – Land Registration e Cadastre Project detalha a importância da conexão entre os sistemas de registro imobiliário e cadastro, sem desfigurar um ou outro, sem que um possa absorver o outro.

8. Cartórios-farmácia, compulsoriedade e concorrência

Uma das propostas que tem circulado na imprensa, e que soa como uma maravilhosa melodia para aqueles que atuam no mercado, é que o registro de imóveis deveria atuar de forma autônoma e de maneira concorrencial, ou seja, que os cartórios de registro de imóveis pudessem concorrer entre si, derrubando, por efeito natural do mercado, o custo do registro.

Luís Nassif sugeriu, em artigo publicado na *Folha de S. Paulo*, de 29.11.2002, que os cartórios poderiam ser extintos ou o modelo fundamentalmente reformado. Vamos conhecer suas sugestões. Noticiava que o Dep. José Genoíno havia proposto “um modelo de regulação tipo *farmácia*. Pode-se abrir cartório à vontade, mas com a atividade sendo regulada por um conselho federal – é assim nos Estados Unidos. O cliente registraria o imóvel onde quisesse, pulverizando, mas com uma fiscalização severa”. Para o articulista, “o registro não seria obrigatório. O cliente que quisesse mais segurança pagaria por ele”.

Afora as erronias que se verificam em todo o artigo – não é o caso de respondê-las aqui neste encontro –, o fato é que a proposta não conta, a seu favor, com o peso da tradição e da experiência internacional e doméstica.

Em primeiro lugar, os diversos sistemas diferem quanto à voluntariedade do registro. No caso brasileiro, o registro é obrigatório, não no sentido de que haja uma sanção concreta pelo não-registro; visto de uma perspectiva social, o registro passa a interessar não só aos titulares dos direitos mas à própria sociedade, que necessita de um sistema eficaz de publicidade acerca dos bens imóveis e direitos a eles relativos.

O registro obrigatório do art. 1.227 do novo CC deve ser compreendido de modo justo. O registro é essencial para constituição do direito real. A compulsoriedade do registro, como gravou o articulista econômico, não existe no Brasil – e bastariam os exemplos dos contratos de gaveta, admiravelmente prestigiados pelos nossos tribunais superiores, que o admitem oponíveis contra a hipoteca inscrita! Deve-se ponderar que, por conta de um interesse que é muito maior que o do proprietário singular, não se alcança à mutação que faz nascer o direito real de propriedade sem o correspondente registro. É simples saber por quê. Existe um interesse público, legítimo, de que as parcelas urbanas e rurais estejam registradas, pois o registro garante, de um lado, a posição do titular do direito inscrito; por outro, favorece a circulação das riquezas; provê, numa palavra, segurança jurídica. Mas a vocação do registro alcança o interesse da administração, no planejamento de políticas públicas, provendo informações essenciais para a cidade. Basta verificar o exemplo eloqüente da recente

Lei 10.267/2001, que prevê o intercâmbio de informações entre o registro e o Inbra. Depois, o registro é o passaporte para a plena cidadania. Não é necessário estender-me sobre o evidente interesse público aninhado na recuperação, para a economia formal, de milhões de cidadãos cuja riqueza (patrimônio) é representada por títulos tirados nos balcões das ditas *farmácias*, vocacionados ao litígio, que assoberbam o sistema de clandestinidade jurídica representada pelos “econômicos” contratos particulares de gaveta.

Não seria lógico nem mesmo econômico, nem socialmente tolerável, que o cidadão pudesse escolher registrar o imóvel onde quisesse ou quando bem entendesse. Não se pode concordar que o “cliente que quisesse mais segurança pagaria por ele [registro]”, como chegou a sugerir Luís Nassif. Simplesmente porque o cliente – prefiro a expressão utente –, na esmagadora maioria dos casos, é representado por pequenos adquirentes de imóveis unifamiliares, facilmente subjugado pelas forças do mercado, que lhes impõem contratos de adesão, povoados de cláusulas abusivas, que não são discutidas previamente nem são concertadas por um equilíbrio de interesses que essas avenças devem consagrar por intermédio de notários. Os “cartórios-farmácia” geram contratos vocacionados ao berço esplêndido das gavetas, são opacos ao sistema e geram a maior evasão tributária de que temos notícia.

Depois, o registro habilita a consulta qualificada do terceiro. Aqui o eixo fundamental do sistema, onde sobejam os interesses sociais. Atento ao terceiro, condiciona, a lei, a aquisição do domínio ao requisito do registro. A compulsoriedade deve ser vista numa dúplica vertente: condição para a consagração do domínio – função estática – e irrupção da disponibilidade – função dinâmica. Quando me referi, um pouco atrás, que a lei civil brasileira desvestiu o terceiro (art. 1.247, par. ún.), para garantia do verdadeiro senhor de domínio, insisto que a perfeita compreensão desse texto legal deverá ser feita com a conjugação dos princípios gerais do direito, impedindo que o registro possa sofrer com a instabilidade infra-registral, sediada no pantanoso mundo negocial.

9. Regime concorrencial nos registros?

A concorrência destrói a idéia de independência e fulmina a segurança jurídica. Assim como não podemos escolher o juiz que irá julgar nossos litígios, por mais ilustrado, independente, honrado e ético que possa ser, também não podemos escolher o registrador que vai acolher, examinar a legalidade e deferir o registro de nossos títulos.

É preciso enfatizar a função saneadora do registrador, que nunca é bem ponderada, provavelmente pela predominância de uma cultura excessivamente jurisdicionalizante, que acaba por sujeitar todas as relações jurídicas a um imprevisível desenlace jurisdicional, aumentando a carga do Judiciário e amplificando a insegurança do tráfico jurídico.

Ainda recentemente, escrevendo para o *AnoregSP Jornal*, referimos que a função registral se foi diluindo e perdendo importância na exata medida em que se imprimiu um caráter concorrencial às atividades registrarias, quando a concorrência, por conta das faculdades do próprio sistema, era consentida legalmente, falo especificamente do registro de títulos e documentos. Nesse caso, toda vez que se marcou a nota de individualização e atomização do serviço, acarretou-se, via de consequência, uma depressão na sua importância. Toda a vez que se pendeu a balança, enfatizando aspectos de uma pseudo-eficiência privada, de caráter desburocratizante e modernizadora, despontando verdadeiras ilhas de excelência, com a derribada de anteparos críticos, como a eficaz qualificação registral, jogando um contraponto crítico com as atividades públicas, se esgarçou a noção do serviço público essencial. Em suma, quanto mais débeis são as exigências do registro público, maiores são as possibilidades de que o mercado erija outras, de caráter privado, visando, sempre, balancear o ponto de equilíbrio que deve existir entre agilidade e segurança. Investir, portanto, na concorrência entre os serviços registrares, além de irracional, é simplesmente destruir o sentido mais essencial da atividade registral.

Já tivemos oportunidade de afirmar que as atividades registrares sobrevivem, hoje, principalmente após o espartilho constitucional, no desconforto de binômios tensivos e não superados dialeticamente – gestão *privada* de atividades *públicas* – acarretando uma figuração pavorosa de irmãos sia-

meses. A superação dessa aparente antinomia é tarefa das mais urgentes. Há um progressivo descolamento das atividades registrais em face das necessidades sociais, decorrência de um desajuste procedimental que precisa ser conhecido e reparado. O diagnóstico é relativamente simples: o *input* do sistema registral foi potencializado com facilidades e outros expedientes que acabaram deprimindo o controle de legalidade que os registros de segurança pública deveriam exigir como expressão de sua especial vocação histórica. É a mal-amanhada “desburocratização” do registro, apregoada como vantagem econômica e como índice de modernidade. De outro lado, o *output* do sistema foi completamente descurado, com canais de saída complexos, onerosos e ineficientes. É o sistema de publicidade formal, atomizado, desintegrado, desbalanceado. O resultado desse desequilíbrio acaba condenando o sistema a um mero apêndice burocrático, disfuncional e afastado das reais necessidades do mercado.

A atividade do registrador é o que se poderia confortavelmente chamar de jurisdição voluntária – tutela pública de interesses privados. E essa atividade não tem sentido se não for, como é no Brasil, exercida de forma independente. A segurança jurídica é um bem comum, por ele deve zelar o sistema. Instaurar a concorrência é inocular o germe da corrupção. É degradar os anteparos que o sistema, calcado em rígido arcabouço formal, impõe para exercer um filtro purificador da titulação que possa padecer de nulidades ou abusividades, visto da perspectiva do consumidor, visto da perspectiva do titular.

Já referi, logo acima, que a idéia de permitir um sistema de livre concorrência foi condenada historicamente e que a delimitação territorial, deferindo-se uma competência comarcal, é a maneira mais racional de se concentrar a publicidade.

A livre eleição do registrador é, ainda, elemento de desagregação do sistema, impondo ao cidadão verdadeira *via crucis* toda vez que necessitar da certidão de propriedade que equivale, em nosso sistema, a um título de propriedade. A informação deve ser concentrada segundo critérios objetivos. As redes permitem a interconexão dos cartórios, provendo informação sem a necessidade de concentração física e burocrática. A circunscrição imobiliária continua sendo o mais perfeito sistema de concentração de informação registral.

A “farmácia registral” poderia eventualmente servir como metáfora, recuperando o original sentido grego da palavra, mas é na verdade um *lapsus linguae* que insinua uma falha estrutural, pois que representa uma resposta sistêmica a uma patologia instalada. E nós estamos cuidando de mecanismos preventivos, isto é, anteparos purificadores que provêm segurança jurídica preventivamente.

O sistema de farmácia não funciona em lugar algum do mundo. Não confundir, por óbvio, esse desvio sistemático com a necessária interconexão do sistema por meio de modelos de redes informatizadas, modelo, aliás, seguido, mais uma vez, pelo paradigmático sistema registral espanhol, secundado pelos sistemas francês e italiano como se pode conferir em www.registradores.org.

Outro aspecto deve merecer nossa consideração. Não tem sentido paupar o registro predial brasileiro em moldes concorrenciais sabendo-se, de antemão, que, visando à garantia de terceiros, justamente estes, desconhecidos à época da contratação, não podem influir nas decisões do registrador, cuidando de equilibrar, assim, a plethora de interesses que se instauram. Desse modo, quem estaria elegendo o registrador, degradando o grau de segurança do sistema, não seria o terceiro que se fiaria na informação registral para movimentar suas decisões, mas provavelmente o próprio interessado em mobilizar o mecanismo registral, o que se pode dar em descompasso com os interesses daqueles. Em outras palavras, a liberdade de eleição das partes contratantes acabará condicionando as decisões do registrador.

Pode-se eleger o advogado, o notário que vai formalizar o título, o corretor de imóveis, o agente financeiro, mas não se pode escolher o registrador. Como registrou Benito Arruñada no trabalho já referido, “com relação à concorrência, é factível introduzi-la entre aqueles que prestam serviços de preparação de documentos, sobretudo quando operam grandes empresas, com importantes ativos. De outro modo, na organização dos registros e da jurisdição há que se cuidar da independência daquele que decide, no que diz respeito às partes contratantes, para assegurar, assim, a proteção eficaz dos direitos reais de terceiros. Neste segundo caso, a liberdade de eleição, elemento imprescindível da concorrência, é inapropriada porque nem todos os interessados podem exercê-la”. E conclui: “Portanto, parece inevitável manter algum tipo de monopólio, no que

pesem os riscos e custos que tal decisão pode acarretar. O fato de que todos os países, sem exceção, tenham optado por monopólios territoriais confirma a lógica dessa pauta organizativa” (*Idem, ibidem*).

Enfim, com o modelo do registro-farmácia, o cidadão estará sempre refém de um custoso e ineficiente sistema de livre eleição do registrador que acaba gerando exatamente o reverso do que se espera: insegurança e maiores custos de informação, sem o barateamento da registoção.

10. Conselho de notários e registradores e agências regulatórias

O conselho de notários e registradores é matéria que ainda rende muitas discussões. Hoje, mais do que nunca, sentimos a necessidade – o que é um imperativo de ordem econômica, para não fugir do tema central desta palestra – de que os serviços registrais e notariais possam se harmonizar, adotando procedimentos-padrão para todo o território nacional. Aliás, consentaneamente com o que dispõe o art. 22, XXV, da CF, que estabelece que compete privativamente à União legislar sobre registros públicos. Não se pode tolerar que os procedimentos registrais possam estar sujeitos a multifária fonte decisória. O modelo adotado pela lei acarreta a dispersão regulamentar, o que acaba gerando insegurança e maiores custos na cadeia de aquisição e oneração de bens imóveis.

A Lei 8.935/94 dispõe que os notários e registradores deveriam obrigatoriamente observar “as normas técnicas estabelecidas pelo juízo competente” (art. 30, XIV). Essa disposição legal consagrou uma assimetria e uma disfunção no sistema, pois, concretamente, estabelece que cada juiz, em cada comarca deste vasto país, pode baixar “normas técnicas” sobre o funcionamento dos cartórios. Nunca se objetou que a fiscalização pudesse continuar a cargo do Poder Judiciário – por tudo que esse Poder representa, historicamente, para as atividades notariais e registrais. Mas a disciplina normativa, digamos regulamentar, deveria estar a cargo de uma fonte estável, sem prejuízo da independência, em tudo indispensável, que o registrador e notário devem ter garantida para o desempenho de seu *nobile officium*.

Enfim, a ninguém ocorreria que em âmbito comarcal pudesse haver regulamentação da legislação civil (art. 22, XX, da CF/88), criando novos direitos reais, dispondo sobre regras de sucessão, direito de família etc. Em entendimento sincrônico, não deveria ser facultado aos Estados, por meio de instâncias administrativas situadas em qualquer setor e desempenhando qualquer função no âmbito do Estado, dispor sobre regras procedimentais dos registros públicos (art. 22, XXV, da CF/88). A não ser em virtude de lei complementar, como a própria Constituição Federal dispõe.

Muito obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Gostaria de parabenizar o Dr. Sérgio Jacomino pela brilhante exposição e pelos ensinamentos que nos trouxe, sobretudo aspectos envolvendo os cartórios de registro de imóveis. Tenho a satisfação de considerar o Dr. Sérgio como meu amigo pessoal; por isso, é com muito prazer que a Abecip o convidou para participar deste evento e ouvir dele quanto importante é a atividade de registro de imóveis em toda parte do mundo, de extrema importância para o desenvolvimento econômico de qualquer país. Então, até para iniciar e provocar um pouco o Sérgio, levanto a questão do custo que envolve o registro de imóveis. O Sérgio destacou o convênio que a Abecip fez com o Irib. Efetivamente esse convênio permitirá, sem dúvida nenhuma, que possamos estabelecer cooperação técnica, estudos e padrões, procedimentos para evitar, exatamente, as discussões que há em diversas capitais, em diversas cidades por esse país. Eu destaco, por exemplo, a questão que envolveu a utilização do instrumento particular na alienação fiduciária, promulgada pela Lei 9.514, de 1997. A partir de então, nós tivemos uma discussão séria com os registradores, sempre apoiados pelo Irib, seja na presidência do Dr. Sérgio, agora, como na presidência do seu antecessor, o Dr. Lincoln, nas quais conseguimos, efetivamente, consolidar a utilização do instrumento particular. Nesse contexto destaca-se a audiência pública em relação à utilização da Cédula de Crédito Imobiliário, a CCI, criada pela MedProv 2.223, justamente para facilitar e estabelecer uma maior circulação de crédito no país, usando modelos semelhantes aos utilizados nos Estados Unidos. A CCI vai ser, efetivamente, o principal papel de circulação no mercado e, para dar a segurança jurídica necessária, o ponto de partida

será o seu registro cartorário. Então, apenas para iniciar, eu gostaria que o senhor falasse um pouco mais sobre o custo, até para demonstrar ao nosso público o que nós estamos falando efetivamente.

Sérgio Jacomino – Muito bem. Embora o Irib, tradicionalmente, não tenha se debruçado sobre esse problema de custos, porque é uma matéria afeta à Anoreg, eu posso trazer alguns elementos aqui para reflexão dos senhores. Quanto se paga no cartório e quanto do que se paga no cartório, efetivamente, é do cartório? Essa é a primeira pergunta. Eu não sei se os senhores têm conhecimento, mas de cada R\$ 1,00 que é pago no cartório, precisamente R\$ 0,52, quase R\$ 0,53 vão para os cofres do Estado. Então, na verdade, o Estado não coloca uma caneta dentro dos cartórios e na composição de preços do Estado nós acabamos financiando a assistência judiciária gratuita, aqui no Estado de São Paulo. Quer dizer, quando vocês registram, levam um contrato para registrar no cartório, do preço que vocês pagam, 53% estão, vamos dizer assim, predestinados para outras atividades do próprio Estado. Cinco por cento do que os senhores pagam estão destinados a reaparelhamento do Judiciário no Estado de São Paulo. Além do que é pago diretamente para a fazenda estadual, existem também contribuições autárquicas. Então, quer dizer, isto aqui, o que se convencionou chamar penduricalhos, acaba encarecendo enormemente o custo do cartório sem contar que o cartório não existe como pessoa jurídica; o cartório não tem personalidade jurídica, a delegação é pessoal, ou seja, quem está à frente do cartório é um delegatário; portanto, uma pessoa física. Então, além desses impostos indiretos, o registrador recolhe 27,5% de imposto de renda, existe todo um custeio, enfim, existe uma infra-estrutura muito complexa para ser mantida. Mas o problema é que, quando se vai fazer uma compra e venda, embutido no preço, normalmente está também o ITBI, que também é caro. Então, dessa combinação de preços que não fica muito clara para o consumidor, passa também a impressão de que os custos de cartório são muito altos. Na verdade, são altos em relação a quê? Essa é a primeira questão que deve ser feita. E visto em retrospectiva, desde 1990, nós temos um processo de diminuição dos custos relativos à prática dos atos nos cartórios. Isso está sendo apurado agora por uma instituição idônea de pesquisa. Então, Fleury, essa questão

dos preços é uma questão muito mal discutida, infelizmente, como as outras que eu acabei de referir. Na verdade, os custos são compatíveis. Se nós estabelecermos um critério de comparação, veremos que pagamos relativamente menos do que pagam, por exemplo, outros sistemas análogos na América Latina, alguns estatizados. Isso é muito importante, mas as pessoas não sabem disso. Nós temos publicado um trabalho importante, comparativo, em que verificamos que os nossos custos, os custos praticados no Brasil, são inferiores. Isso descontando, evidentemente, esses penduricalhos que, lamentavelmente, por força de lei (é uma lei estadual) acabam integrando o preço.

Maria Emília (Banco Bilbao Vizcaya) – Eu gostaria de fazer uma pergunta. Trabalho no Banco Bilbao Vizcaya e já trabalhei, há muitos anos, com crédito imobiliário em diversos bancos. O sistema, apesar de toda a formalidade e de toda segurança que tem hoje, não é absolutamente seguro. Há diversas localidades em que há atuação de grileiros, pessoas que registram mais de uma vez um imóvel. E para todos esses registros há matrícula, toda uma seqüência registral. Nunca se sabe se há outra matrícula para um mesmo imóvel. Embora tenhamos muito boa segurança aqui em São Paulo, há diversas cidades em que não é assim, como, por exemplo, Maricá, no Rio de Janeiro, e em Iguape e Ilha Comprida, aqui em São Paulo. Se você pegar matrículas de Iguape, olha e diz que estão lindas, a propriedade plenamente registrada. Mas existe mais uma matrícula e outra daquela mesma propriedade. Qual seria a forma que o registro imobiliário, de um modo geral, está pensando para melhorar essa situação? Os agentes financeiros trabalham no escuro, nunca se sabe quando vai encontrar uma matrícula dessas, principalmente, se a terra não for ocupada. É comum ocorrer isso com matrículas de loteamentos, principalmente. De vez em quando ocorrem problemas de loteamentos inteiros com dois registros. Há um meio de se fazer acabar com os grilos?

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Sérgio, pegando um gancho com a Maria Emília, o pessoal da Cibrasec tem feito algumas operações em praticamente todo o território nacional. Recentemente foi-me trazida uma matrícula, se eu não me engano de Juiz de Fora – pasmem! –, manuscrita.

Então, realmente essa questão da diversidade de posições ou de atitudes em relação ao registro de imóveis no Brasil é preocupante.

Sérgio Jacomino – Maria Emília, só tenho que agradecer sua pergunta, porque ela é fantástica, ela representa uma triste realidade. Sabe por quê? Isso daria espaço para uma outra exposição. O eixo fundamental de todo bom sistema registral está centrado na existência de um cadastro, um cadastro físico, que possa determinar de maneira precisa, a parcela, já usando uma terminologia de cadastro. O problema é que, no Brasil, nós tivemos um processo de discriminação para as terras públicas e privadas muito complexo. Desde 1850 que o governo federal tenta delimitar o que é propriedade privada e o que é propriedade pública, em virtude de toda tradição dominial que herdamos de Portugal. Pois bem, o que acontece com a malha fundiária brasileira? A malha fundiária brasileira, hoje, é completamente descontrolada, e as descrições que tínhamos no registro imobiliário desde 1846 acabaram penetrando nas matrículas em 1976. Então, o que acontece com esses fenômenos de superposição? Em primeiro lugar, o cartório de registro de imóveis não tem uma planta cadastral confiável. Em segundo, ele não tem capacitação técnica para determinar a localização, vamos dizer, a localização geodésica da parcela. Então, não é incomum, principalmente fora dos grandes centros urbanos, em grande parte na área rural, que haja superposição de parcelas. E o mais inacreditável de tudo é que essa superposição, muitas vezes, provém de títulos expedidos pelo próprio governo federal. Por isso essa confusão, digamos assim, dominial, está sendo superada com uma certa dificuldade; estamos carentes de uma contra-atuação, que é essencial a todo sistema, de um sistema cadastral minimamente organizado. Observe, por exemplo, a situação de Iguape. Conheço perfeitamente a situação de Iguape. O que é que o Tribunal de Justiça fez? Bloqueou todos os loteamentos que estavam ablaqueados, como a gente fala, ou seja, sem lastro geodésico. Mas isto acontece, em virtude, por exemplo, de um mau funcionamento do cadastro municipal.

No Brasil, somente em 2001, com a Lei 10.267, nós passamos a ensaiar uma integração entre o cadastro e o registro imobiliário. Na verda-

de, não é que o sistema seja inseguro; é que ele não está tecnologicamente aperfeiçoado para determinar com mais precisão e rigor a parcela que é objeto de inscrição. E o que é muito importante é que essa não é uma atribuição essencial do registro. Então, Maria Emília, acho que você tem razão, mesmo. Agora, se analisarmos as demandas judiciais oriundas de titulação defeituosa, verificamos que os títulos registrados respondem a uma parcela ínfima, desprezível. O maior ponto de conflitos é sobre a titulação privada que não ingressou no sistema registral. Ainda assim, o sistema consegue colocar fora do mercado formal inúmeras situações delicadas como às que você se referiu. Eu não sei se respondi, mas eu queria que você compreendesse que esse mecanismo está sendo implementado e esperamos que venha a apresentar bons resultados.

Maria Emília – Mas a solução, então, seria um cadastro municipal, condizente com o registro imobiliário e a aproximação entre os dois?

Sérgio Jacomino – Exatamente. É assim que funciona, por exemplo, na Alemanha, onde o registro imobiliário não descreve a parcela, por exemplo. O que existe no registro imobiliário? Existe uma chave, que é um código. Essa chave acessa o cadastro; é ao cadastro que está reservada a função de determinar com precisão, não só a feição da parcela, mas sua localização geodésica. É importante que o lote não esteja superposto, o que está relacionado com marcos geodésicos que permitam a localização da parcela na superfície terrestre. Essa é uma atribuição que tem de estar confiada a um órgão técnico; o registrador não tem condições de operar sistemas georreferenciados para fazer um controle; um controle que interessa à administração por vários motivos, não é só pelo aspecto tributário, é mas também pelo aspecto ambiental, de planejamento urbano, de saneamento etc.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Mas há planos de se fazer essa aproximação e esse batimento entre os dois pontos?

Sérgio Jacomino – Há sim. Existe uma coisa que nós chamamos de imperativo tecnológico. Hoje, nós estamos mais ou menos sendo pauta-

dos por um padrão tecnológico. Então, no que diz respeito a georreferenciamento, existe um padrão internacional que está sendo adotado paulatinamente por todas as prefeituras. A prefeitura de São Paulo está caminhando nesse sentido e, concretamente, nós temos a Lei a que me referi que é a 10.267, de 2001, e o Decreto que regulamentou essa lei, que é de n. 4.449, de 2002. É o primeiro passo, um passo importantíssimo para se conseguir a perfeita identificação e delimitação da parcela. Aliás, o Incra está recebendo um aporte econômico do BID justamente para fazer o georreferenciamento, que é o que eu falei aqui do investimento do Banco Mundial, no Leste Europeu, que visava constituir, de um lado, um registro de segurança jurídica e, de outro, um cadastro. O grande risco é que se imagine que a prefeitura possa absorver atribuições que são específicas do registro de imóveis. Esse é um risco, eu já li artigos falando que os cartórios fazem confusão, que existem parcelas superpostas, como se a responsabilidade pela superposição fosse nossa. Há toda uma complexa teia de relacionamento que precisa ser conhecida para que se possa definir de quem é efetivamente a responsabilidade.

Hamilton Nogueira (Larcky) – Gostaria de ingressar um pouquinho na problemática do Código Civil, uma questão que já chegou aos jornais; mas eu gostaria de saber a opinião do nosso magistrado palestrante, porque contém uma questão que me parece de natureza registral. É que o art. 1.311, no § 3º, abandona o critério tradicional para a fixação das frações ideais, que era sobre propriedade imobiliária, como é evidente, como um todo imobiliário, para adotar essa fixação, em função do valor relativo das unidades. Não quero entrar aqui nas distorções jurídicas que isso contém, mas é evidentemente uma aberração. A lei existe, certa ou errada, e assim está estipulada. Então, me parece, a não ser que o palestrante esteja equivocado, que não haverá remédio ao apresentar uma incorporação se não fixar as frações ideais na forma como está hoje no Código Civil, isto é, em função de valor, valor esse que pode, hipoteticamente, variar no preço, no tempo; esse valor relativo de unidade de um mesmo empreendimento, hipoteticamente, poderia variar no tempo. Pergunto eu: passaremos a ter uma fração ideal variável no decurso da história ou ficaria fixa a partir do primeiro registro. Como funcionaria isso?

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Olha, essa temática já foi debatida entre nós e chegamos à conclusão de que seja em valor, seja em porcentagem, existe uma proporcionalidade que pode ser perfeitamente deduzida. Então, para efeito de determinação da parcela, definida a unidade autônoma em virtude da fração ideal que esteja vinculado a um valor, isso ingressa no registro sem essa expressão, digamos, econômica, mas, como proporção, mesmo porque, para o registro, interessa basicamente precisar, de maneira inequívoca, a unidade autônoma. Exatamente quanto ela ocupa de fração ideal, nas coisas comuns, quanto é de uso exclusivo etc. Agora, tem um aspecto que é interessante. Na verdade, existe um dispositivo da Lei 4.591/64, que é aquela composição, aquele quadro de áreas, aquelas frações etc. São de responsabilidade exclusiva de quem elabora aquela peça e não deve ser examinada pelo registrador. Evidentemente o cartório haverá de fazer seu exame para apurar se aquele material que está sendo apresentado pode fundamentar a abertura de matrícula com segurança. Até agora eu não recebi nenhum memorial de incorporação, porque a circunscrição sob a minha responsabilidade não tem, lamentavelmente, incorporações. É uma parte antiga da cidade, mas se ela vier expressa em valores, nós haveremos de deduzir a proporção que ela tem em relação ao todo, para poder apurar exatamente qual é a fração.

A minha consternação nessa matéria é também porque ainda que essas planilhas sejam feitas sob a responsabilidade de quem as elaborou, o problema é que daí decorrem os encargos condominiais; os condôminos terão, uns em relação aos outros, pretensões futuras em função dessa lei, de maneira que eu acho que isso vai criar problemas gigantescos. Eu pergunto se haveria, do ponto de vista registral, alguma forma pela qual se pudesse fazer, com uma eficácia jurídica, evidentemente, um registro condicional, ou seja, apresentar uma planilha e, talvez, regras segundo as quais, modificado o Código Civil para restabelecimento da fixação de frações em função do todo imobiliário, prevalecessem este último. Isso seria possível?

Participante – Dr. Sérgio Jacomino! Voltando à questão da segurança jurídica, que o senhor abordou muito bem, entrando não só no novo Código Civil, mas também na questão da infra-estrutura registral pública, eu gostaria de saber qual é a sua percepção sobre o papel do registro civil,

do registro imobiliário, do serviço notarial, em face da certificação digital. Como isso vai poder agilizar o crédito imobiliário e até propiciar uma redução de custos e redução dos penduricalhos que hoje existem e recaem sobre o crédito imobiliário?

Sérgio Jacomino – Muito bem, eu tenho que agradecer, de novo, a pergunta, que esse é um tema também muito debatido com o Dr. Fleury. Nós tínhamos uma comissão informal na Abecip que funcionava periodicamente, para a qual nós trazíamos os problemas que o mercado estava experimentando com os cartórios, e ensaiávamos alternativas para solução. Um dos aspectos sempre debatido era esse. Como é que os cartórios podem se integrar e derrubar custos? Essa era uma preocupação e uma demanda do mercado. A esse propósito, registro aqui a presença de um colega meu, Paulo Roberto, que é um especialista nessa matéria e tem artigos já publicados sobre a questão da certificação. Ele é notário aqui em São Paulo, no 26º Tabelião; é uma das pessoas que impulsionou no nosso meio essa discussão sobre a certificação digital, na atividade notarial e registral. Em fins do ano de 2001, nós celebramos um convênio com o Serpro, que, acho, ainda hoje é o órgão do governo federal encarregado de conferir as chaves públicas e privadas a todos os órgãos e a todos os integrantes da administração pública federal. Em vista do convênio, nós temos hoje a possibilidade, em termos de infra-estrutura, de operar com a certificação digital, ou seja, recebemos documentos pela via eletrônica, desde que preencham as formalidades que a própria medida provisória prevê. Mas o grande problema, o grande embaraço que encontramos é justamente a falta de um regramento específico para a atividade notarial e registral, porque ela tem tamanha singularidade, tamanha nota individual, que precisa de uma normativa à parte. Nós nos ressentimos da falta de um órgão que pudesse, em âmbito federal, estabelecer normas, inclusive alcançando as normas relativas à operação telemática, ou via eletrônica. O fato, para resumir a resposta, é que nós temos uma infra-estrutura legal que propiciaria a interação; a medida provisória dá condições legais para isso. Nós temos um convênio em fase de implementação com o Serpro para conferência do par de chaves para cada um dos operadores do sistema; falta justamente a constituição de uma rede que pudesse abarcar os serviços notariais e

registrais num meio seguro e permitir a troca e a transação. Mas isso é uma questão de tempo. Estamos avançando nesse caminho, num debate interno e com os órgãos de governo. Com a mudança de governo, houve uma suspensão desses projetos, até que haja uma avaliação do que estava sendo feito e a retomada das discussões levadas no governo anterior.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Aliás, como o Sérgio comentou, a respeito desse fórum informal que foi montado entre a Abecip e o Irib, nós tivemos avanços importantes. Temos até uma proposta de anteprojeto de lei que já estabelece a regra da criação e a composição desse órgão nacional. Efetivamente é um caminho que estamos perseguindo. A própria CCI já é um primeiro passo. De fato, ela ainda está sendo emitida de forma cartular, mas o objetivo é emití-la por meio eletrônico. Certamente, os registros de imóveis terão que começar a se aparelhar para receber esses papéis eletrônicos. No caso da CCI haverá uma escritura de emissão, mas de qualquer forma, esse é o caminho que tem de ser perseguido pela velocidade das nossas operações. A gente imagina o dia em que vocês, sentados nas suas respectivas instituições, façam uma cessão de crédito, por exemplo, *on-line*; vocês digitarão na qualidade de comprador ou vendedor e a outra parte, do outro lado, vai recepcionar essa informação e também vai certificar que vai realizar aquela operação; o registro de imóveis vai ser o catalisador de todas essas informações.

Sérgio Jacomino – No fim do governo passado foi enviado ao Congresso Nacional um projeto de lei já emprestando uma terminologia mais específica e devotada à atividade notarial e registral e francamente inspirada nos modelos espanhol e alemão, e de algumas recomendações da União Européia. Eu não sei em que pé está a tramitação desse projeto, mas ele contempla, de maneira mais específica, a atividade notarial e registral, no Brasil.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Sérgio, gostaria de colocar mais uma questão que tem sido debatida na Abecip, relativa ao penhor. Pelo novo Código Civil, a caução deixou de existir, pelo menos não foi mencionada, tendo, efetivamente, as características do penhor. É sabido que nas incorporações imobiliárias os agentes financeiros, ao financiar uma obra, nor-

malmente exigem a caução dos chamados “recebíveis”. Tendo em vista que a figura da caução, em parte, deixou de existir em relação ao novo Código Civil, a pergunta que se faz na Abecip é em função do penhor. Nós teremos que substituir a caução por penhor desses direitos creditórios, desses recebíveis e pelo novo Código? O penhor é registrável no registro de títulos e documentos e, para efetivar a garantia, nos interessa que ele tenha acesso ao registro de imóveis. As questões que se colocam são estas: 1º: nós teremos efetivamente dois registros, um em títulos e documentos e outro no registro de imóveis? Ou o do registro de imóveis dispensa o do títulos e documentos? Segunda questão: quando se tratar de um penhor de todos os direitos creditórios, à medida que as vendas vão se realizando, você teria que fazer penhor individualmente ou é possível fazer um aditamento àquele registro primeiro, cujo objetivo seria o penhor de todos os direitos creditórios daquele incorporador, mesmo os futuros?

Sérgio Jacomino – Bom, a regra geral é que a Lei de Registros Públicos, especificamente na parte do registro de imóveis, tem um elenco taxativo de atos inscritíveis; é a teoria de taxatividade dos fatos inscritíveis. Existe lá a previsão do registro do penhor em várias passagens e esse penhor é registrado no Registro de Imóveis. Com base na minha experiência, penso que quando se faça o registro do penhor no registro de imóveis, quando haja essa expressa previsão legal, fica dispensada a repetição, ou seja, a reduplicação ou a duplicação do registro em títulos e documentos. Não tem sentido, porque ambos os registros são públicos e, considerando ainda que em relação às demais especialidades, o registro de títulos e documentos é um registro residual: ou seja, ele vai albergar todos os atos que por destinação legal não estejam afetados a outro registro, como é o caso do registro de imóveis. A questão que me parece mais delicada é saber se a caução, que antes era uma garantia perfeitamente identificada pela doutrina, toma uma expressão, agora, nominal de penhor; esse é o ponto; e se o penhor, quando tiver por objeto transações imobiliárias, terá acesso ao registro de imóveis, identificando a origem do financiamento, por exemplo, que possa dar em garantia, e ser registrado no registro de imóveis. Logicamente, há que se considerar que, se o registro será feito no registro de imóveis, esse registro dispensa o registro em títulos e documentos.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vamos falar de alienação fiduciária, que, afinal de contas, hoje, é um instrumento básico no sistema. A alienação fiduciária em garantia foi instituída por lei especial antes do novo Código Civil, razão pela qual ela não fez qualquer menção à alienação fiduciária dos bens imóveis. Tratando-se de *numerus clausus*, e dada a anterioridade, eu pergunto: qual o entendimento do conferencista quanto a esta questão? Estaria revogada a Lei da Alienação Fiduciária de Imóveis? Pode a jurisprudência vir a se manifestar num sentido ou noutro, exigindo uma rápida correção legislativa?

Sérgio Jacomino – Quando a gente fala em taxatividade de direitos reais ou teoria dos *numerus clausus* dos direitos reais, dizendo que a autonomia da vontade não cria direitos reais o que só ocorre em virtude de lei, não está dito qual lei. A Lei da Alienação Fiduciária tem a mesma hierarquia do Código Civil e a regra de hermenêutica é sempre no sentido de coordenar e harmonizar as diversas disciplinas legais. Há aí uma disciplina específica, é quase um micro-sistema da alienação fiduciária, regulada pela Lei 9.514, que está perfeitamente congruente com o novo Código Civil. O direito de superfície é outro exemplo. Você tem uma regulação no Estatuto da Cidade e uma regulação distinta no Código Civil.

O problema é, digamos, de técnica legislativa. Por outro lado, eu não sei se a jurisprudência vai definir ou não; é um pouco incontrollável isso, mas eu tenho a impressão que o bom senso é que vai definir que a alienação fiduciária está perfeitamente em vigor sem qualquer estremecimento. O colega que vai me suceder aqui vai trazer alguns exemplos também de normas especiais, leis especiais, em face da norma geral do Código Civil, os quais, em virtude de interpretação, de hermenêutica, estariam em vigor modulando a regra geral do Código Civil.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Gostaria de agradecer a brilhante apresentação do Sérgio Jacomino e entregar a ele uma lembrança para registrar sua passagem por aqui, por esse evento. Certamente ele contribuirá para todas as nossas atividades e soluções. Muito obrigado!

A IMPORTÂNCIA DO COMPROMISSO NA COMPRA E VENDA

Expositor: **DR. EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Sergio Jacomino

Dia: 02.04.2003 (quarta-feira)

Hora: 11h30min

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Na segunda parte do nosso seminário, teremos a palestra do Dr. Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza sobre a importância do compromisso na compra e venda de bem imóvel e sua regulamentação no novo Código Civil. Convido para integrar a mesa, além do palestrante, o Dr. Sérgio Jacomino, presidente do Irib. Permito-me insistir que, no momento dos debates, os senhores se identifiquem para fazer o registro na nossa gravação.

O Dr. Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza foi Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro no período de 1988 a 1990 e, no mesmo Estado, foi Magistrado de 1990 a 1998. Nesse ano, prestou concurso para atividades notariais e registrais, sendo atualmente o Titular do 2º Ofício de Registro de Imóveis de Teresópolis, RJ, cargo que ocupa desde setembro de 1998. As atribuições são de serventia, notas, registro de imóveis e protestos. É também Vice-Presidente do Irib para o Estado do Rio de Janeiro.

O nosso conferencista terá uma hora para exposição e, posteriormente, mais trinta minutos para debates com os senhores. Com a palavra, o Dr. Eduardo.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Bom dia a todos! Quero inicialmente agradecer ao Dr. Fleury o convite de estar aqui na Abecip. É uma honra; e agradecer também ao Dr. Sérgio Jacomino, presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil, que fez a indicação do meu nome, que eu atribuo à amizade que existe entre nós. O convite se originou num pequeno estudo que eu havia feito e encaminhado para o Irib a respeito

da promessa de compra e venda no novo Código Civil, que trouxe algumas importantes inovações com relação à matéria. Efetivamente, o objetivo do estudo é colocar em discussão alguns aspectos. Um ou outro ponto me parece claro, outros ainda dependem de muita discussão.

É importante colocar a questão em debate, porque logo nós vamos começar a enfrentá-la na pátria. Existe o instituído, a qualquer momento vai surgir um contrato, esse contrato será apresentado ao registro de imóveis, e nós, como registradores, teremos que enfrentar. E os advogados, ao celebrar os contratos, os tabeliães e também as instituições financeiras, que operam com o crédito imobiliário, certamente terão que enfrentar essas questões. Como já disse, as inovações começam pelo art. 1.225, VII, que incluiu o direito do promitente comprador do imóvel, como direito real, que está no rol dos direitos reais, o que não ocorria no Código Civil de 1916, o que dava margem a uma série de discussões, com respeito à forma do contrato, sua eficácia e sua execução. Mais à frente, nos arts. 1.417 e 1.418, o legislador tratou do direito do promitente comprador, estabelecendo a natureza deste direito real e a forma do exercício da adjudicação compulsória. Além disso, o art. 108 trata da forma, e aí nós vamos debater sobre a instrumentalização da promessa de compra e venda. Esses aspectos terão um reflexo importante com relação ao crédito imobiliário, quanto à hipoteca registrada. Há decisões dos tribunais superiores privilegiando, em alguns casos, a promessa de compra e venda, ainda que não registrada. Não é uma questão pacífica, mas já há decisões nesse sentido, proferidas na vigência do Código de 1916, as quais, eu acredito, sofrerão alguma alteração, em razão das normas vigentes no atual Código. Nós vamos começar pelo direito real do promitente comprador. A questão do direito real tem início no Código Civil de 1916, que permitia ao promitente vendedor arrepender-se antes de celebrar o contrato definitivo, questão que se resolvia em perdas e danos. Isso começou a causar uma enorme insegurança jurídica, e o tema mais relevante, hoje, que eu vi que foi ressaltado em todos os momentos, é a segurança jurídica. E o registro de imóveis contribui de forma muito decisiva para a segurança jurídica. Nós vamos ver que o Código de 2002 reforçou essa posição do registro de imóveis, ao introduzir a promessa de compra e venda, e o direito do promitente comprador como direito real, ao exigir o registro para

adjudicação compulsória. Então ela reforça o princípio da inscrição, ao passo que o nosso sistema registral se aproxima do alemão, e o direito real se adquire pelo registro, o que confere uma segurança em relação ao jurídico. Essa insegurança que fazia com que muitos promitentes vendedores preferissem a via da indenização do que a da celebração do contrato definitivo fez surgir normas esparsas extravagantes do Código Civil, protegendo o promitente comprador, com início no Dec.-lei 58, que é um precursor do direito do consumidor, que buscava proteger os adquirentes de imóveis loteados. O Dec.-lei 58 tem a tônica de proteger o adquirente do lote. Essa legislação foi evoluindo, inicialmente só o lote, depois vieram alterações legislativas, concedendo direito real também ao adquirente dos imóveis não loteados. No entanto, a não-inclusão no Código Civil do direito real fazia vacilar a jurisprudência e a doutrina, da necessidade ou não do registro para o exercício do direito real. E essa posição acabou se consolidando numa súmula do STJ, na Súm. 239, de teor seguinte: “o direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro de compromisso de compra e venda, no cartório de imóveis”. Então, começou-se a agitar a ação de adjudicação compulsória independente do registro. O que me parece, de certa forma, em alguns casos, ineficaz, porque, enquanto as partes discutem, se não houver um registro da citação daquela ação no registro de imóveis e houver a venda para um terceiro de boa fé, que, baseado no princípio da publicidade, adquire aquele imóvel e o registra, o resultado daquela ação vai deixar aquelas partes apenas no campo do direito obrigacional e não do direito real. Não vai permitir que a decisão proferida venha a atingir a finalidade dela. O Código Civil vem, então, solucionar essa questão, quando inclui como direito real e diz no art. 1.417: “mediante promessa de compra e venda em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador o direito real à aquisição do imóvel”. Então, como se adquire o direito real? Com o registro. Tem que haver o registro para se constituir o direito real. Isso está de acordo com o princípio da inscrição, que está na nossa legislação. E o art. 1.418 diz que “o promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, con-

forme disposto em instrumento preliminar; se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel. Tendo em vista esses dispositivos, a primeira consequência que eu vejo é a perda da eficácia da súmula do STJ. A nossa legislação privilegia, então, o registro. E qual a natureza desse direito real? Havia uma discussão. Alguns autores sustentavam que seria de garantia, outros, de gozo ou fruição. Neles não se enquadravam vários doutrinadores que o colocavam como uma categoria à parte e que veio a ser consagrada pelo art. 1.417, quando disse “que adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”. Era a posição já do Prof. Caio Mário, do Dr. Arnoldo Wald, que vai participar deste evento, de que esse direito real se coloca numa classificação à parte; seria um direito real à aquisição do imóvel.

Dessa forma, em que isso pode afetar o crédito imobiliário? Como eu mencionei anteriormente, nós temos visto em algumas decisões, admitindo a prevalência da promessa de compra e venda celebrada, depois nós vamos ver com relação à forma, seja por instrumento público ou particular, mas não levada a registro, sobre a hipoteca, devidamente registrada. Isso afronta todo princípio da nossa legislação, e entra então aqui a finalidade do registro de imóveis, que, como todas as outras atividades dos serviços extrajudiciais, regulamentados pela Lei 8.935, visa garantir publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos. Da publicidade vai decorrer a presunção de que aquele direito pertence a quem o tem registrado e vai assegurar que o terceiro de boa fé possa confiar naquela informação que ele obtém do registro público. E a eficácia nada mais é do que a aptidão de produzir efeito. Se aquela hipoteca registrada não vai atingir os efeitos que dela se espera, vai estar se ferindo todo o sistema, assim como os efeitos que se aguardam da promessa de compra e venda registrada, caso o promitente vendedor se recuse a outorgar a definitiva, a obtenção via adjudicação compulsória do direito substancial do contrato que é a propriedade plena. Então, essas alterações do Código, me parece, vão influenciar nessa posição da jurisprudência; eles vão ter que rever observando todo princípio do nosso direito, da forma de aquisição do nosso direito real, e essa segurança que se espera nada mais é do que a libertação dos riscos. Quando alguém busca a informação do registro de imóveis, a certidão, ele está procurando se libertar dos riscos que possa

correr, está buscando o arquivo público, ali, onde há informação, no órgão encarregado dos registros, e não se pode depois imputar à pessoa que tomou todas essas cautelas e agiu de boa fé uma pena que não se deveria aguardar, ou seja, eu entendo que essas hipotecas, constituídas e registradas, devem prevalecer sobre as promessas não-registradas, porque, em caso contrário, estaria sendo violado todo sistema do nosso direito registral. Parece-me que isso vai ter influência; nós temos que aguardar as novas decisões, para ver se algum reflexo vai haver com relação aos novos dispositivos do Código Civil.

Outro item importante é com relação à instrumentalização da promessa, que também gerava discussões na doutrina e na jurisprudência, exatamente pela não-inclusão do direito do promitente comprador no rol dos direitos reais. Embora alguns doutrinadores dissessem que, por constituir um direito real, o instrumento deveria ser público, foi-se admitindo cada vez mais o instrumento particular, posição essa quase tranqüila na doutrina da jurisprudência no Código Civil de 1916, segundo a qual admitia-se a promessa de compra e venda por instrumento particular. A Profa. Maria Helena Diniz afirma que, apesar de gerar insegurança, é admitido o instrumento particular, porque essa insegurança vai ser contrabalançada pelo registro imobiliário e a atuação do registrador na qualificação do título. É um caminho que não encontra amparo. Na realidade, se gera insegurança, tem que ser privilegiado o instrumento público. Vem então o art. 108 do novo Código; é o artigo que equivale ao antigo 134, salvo engano, que diz: “não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade de negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país”. Então, obviamente, sendo o direito real, o direito do promitente comprador, vai se inserir nesse dispositivo a promessa de compra e venda. Agora, logo no início do dispositivo, e não podemos encontrar na lei palavras inúteis, nós temos lá: “não dispondo a lei em contrário”. Vamos encontrar, também, no art. 1.417, “mediante promessa de compra e venda, em que não se pactua arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular”. Então, nós temos aqui uma aparente controvérsia, um conflito, que eu diria que é meramente aparente; isso aqui seria um conflito aparente, porque há solução para isso. Na realidade, quais seriam as

hipóteses em que se admitiria o instrumento particular? Com efeito, no art. 108, a hipótese dos instrumentos que versarem sobre negócios de valor igual ou inferior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país. Numa interpretação a *contrario sensu* do art. 108 está claro que, se o valor for igual ou inferior a 30 vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país, nós podemos utilizar o instrumento particular. No entanto, conjugando o 108 com o 1.417, que prevê instrumento público ou particular, não dispondo a lei em contrário, nós vamos ter que buscar a legislação extravagante e analisar sobre a vigência, ou não, da legislação extravagante. Nós vamos encontrar previsões do instrumento particular, legislação extravagante na Lei 4.380, na 9.514, no Dec.-lei 58, na Lei 6.766. Nós ainda temos poucas manifestações da doutrina sobre esse assunto e nenhuma da jurisprudência, pelo menos, nos tribunais. Pode haver, de primeira instância, que eu desconheço. Um dos doutrinadores que se manifestou foi Joel Dias Figueira Júnior, na obra do Ricardo Fiúza, que traz os comentários artigo por artigo do Código Civil, sustentando a vigência dessa legislação extravagante, com posição com a qual eu concordo, analisando os motivos. Na realidade, essas leis são leis especiais e, à parte de serem leis especiais, regulam situações especialíssimas e não estariam revogadas pelo Código Civil, que acolheu esse dispositivo ao dizer que a promessa de compra e venda pode ser celebrada por instrumento público ou particular e como seria na forma da legislação extravagante. Estariam em vigor, então, esses dispositivos, ao meu modo de ver, do Dec.-lei 58, da Lei 4.380, da 9.514 e da 6.766. E por que isso? Tanto o Dec.-lei 58 quanto a Lei 6.766 contêm normas que visam basicamente proteger o adquirente do imóvel. Para que se celebre um instrumento particular, tem que haver um contrato-padrão depositado junto com o memorial na serventia de registro de imóveis, contrato-padrão esse que passa pela qualificação do registrador. Aqui, eu não vou adentrar ao aspecto, mas há uma grande discussão sobre qual a função do registrador com relação às cláusulas do contrato-padrão, mas há um contrato-padrão que rege aquela relação entre promitente vendedor e promitente comprador, e esse contrato-padrão pode ser consultado por qualquer pessoa sem despender emolumentos. Há toda uma proteção ao promitente comprador, pois, envolvendo a interpretação do contrato que deverá ser feita em favor do adquirente. Os contratos celebrados sob a égide da Lei 4.380, lei de interesse

social, que visa estimular a aquisição da casa própria, o são por instituições fiscalizadas pelo poder público, assim como sob a Lei 9.514, também são contratos de adesão; dessa mesma maneira há uma proteção ao consumidor. Entendo, por isso, que, nessas hipóteses, há possibilidade da celebração não só da escritura de promessa de compra e venda como da escritura definitiva por instrumento particular, ou seja, naqueles casos em que o valor for igual ou inferior a 30 salários mínimos, e nos casos dessas leis extravagantes. Sendo celebrada a promessa de compra e venda, por instrumento particular, fora dessas hipóteses, eu entendo que deva merecer qualificação negativa do registrador. O registrador não deve acolher porque não vai estar no rol dos títulos registráveis. Ele deve recusar porque não foi observada a forma prevista. Aqui no entanto, eu faço uma ressalva com relação à atuação do tabelião, porque o tabelião, como profissional do Direito que é, que deve agir com imparcialidade, orientando as partes e não pendendo em favor de um contratante ou de outro, ele tem uma atuação, por consequência, imparcial, garantindo também por ser um profissional regido pela Lei 8.935, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos que pratica. Então, no meu modo de ver, é recomendável que se lavre o instrumento público, não-exigível nesses casos, mas recomendável, e digo mais, até no interesse do usuário e até mesmo do agente financeiro. E por que motivo? Porque há responsabilidade civil do tabelião que vai proteger as partes contratantes. O tabelião responde civilmente pelos atos que praticar, sem aqui apreciar se seria responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, mas responde civilmente, está expresso na lei, não há discussão. E há até responsabilidade do Estado, alguns entendendo como objetiva, outros como subsidiária, mas há responsabilidade do Estado. Então, o instrumento público, de certa forma, dá uma grande proteção às partes contratantes e também muita segurança. Então, com relação à formalização do instrumento, são esses os aspectos, são essas as conclusões.

A última parte deste trabalho, a que eu me referi como a parte da ousadia, diz respeito ao contrato com pessoa a declarar, do art. 467 ao art. 471. Esse é um instituto novo inserido no Código Civil, que tem correspondentes no direito português e no direito italiano. Tive a oportunidade de consultar um Código Civil italiano. A redação dos dispositivos é bastante semelhante e seria um instituto aplicável aos contratos prelimi-

nares e, por conseqüência, ao contrato de promessa de compra e venda, que é um contrato preliminar por excelência. É chamada cláusula *pro amico eligendo*, segundo a qual, no momento da conclusão do contrato, uma das partes pode reservar-se a faculdade de indicar a pessoa que deve adquirir os direitos e assumir as obrigações deles decorrentes. Então, no contrato de promessa de compra e venda, o promitente vendedor já admite que aquele direito do promitente comprador seja transferido a um terceiro sem a anuência dele. Na vigência do Código anterior, essa cessão já era possível; o promitente comprador poderia, sem dúvida, ceder os direitos aquisitivos. Sucede que, no entendimento doutrinário, cedendo os direitos aquisitivos sem a participação do promitente vendedor, quando o promitente comprador cedia, sem a participação do promitente vendedor, havia uma solidariedade passiva entre o promitente comprador e o cessionário. Essa é a posição da Maria Helena Diniz e do Arnaldo Wald bem como é o que é encontrado em algumas decisões, nos tribunais. Qual o grande benefício da inclusão da cláusula *pro amico eligendo*? É o que, desde a celebração do contrato, está o promitente vendedor concordando com aquela substituição sem que haja solidariedade; então, o promitente comprador inclui essa cláusula na celebração do contrato, eximindo-se assim de uma possível solidariedade com o cessionário, em caso de inadimplência. Ocorre que um único doutrinador, que eu encontrei, que fez uma menção, ainda que breve, a esse instituto, disse que isso vai beneficiar as partes, que vai reduzir custos. Ao examinar, não me pareceu dessa forma; essa é uma questão da qual quero ver qual vai ser o desdobramento doutrinário; mas não me parece dessa forma, porque essa transferência vai importar em verdadeira cessão. No momento em que o promitente comprador registrar a promessa de compra e venda, haverá o seu direito real de aquisição previsto no Código Civil, no art. 1.225; se ele transferir, ele estará transferindo direitos, sujeitos, inclusive, a tributação. Se a transferência for gratuita, a tributação é pelo Estado; se for onerosa, é pelo Município, e o negócio original está sujeito a tributação, sujeito à forma que ele deve ter. Se a promessa de compra e venda foi daquelas celebradas por instrumento público, por exigência da lei, essa cessão terá que ser por instrumento público; se havia possibilidade de se lavrar por instrumento particular, poderá ser por instrumento particular, sem afastar o instrumento público,

sempre que se possa fazer por instrumento particular. Obviamente, por ser mais solene, o instrumento público pode ser aceito. Por isso, haverá toda a incidência de tributos, a necessidade da lavratura do instrumento e do registro. Desde que haja uma cessão, há que haver um registro; posteriormente, aquele promitente vendedor fará a venda àquele cessionário, quando haverá necessidade de um novo registro. O art. 471 diz: “se a pessoa a nomear era incapaz ou insolvente, no momento da nomeação, o contrato produzirá seus efeitos sobre seus contratantes originários”. Como o promitente vendedor não participa dessa cessão, claro que se for feita a cessão nela já se estabelecem as duas hipóteses. Se for feita para um incapaz ou para um insolvente, será ineficaz com relação ao promitente vendedor, que terá direito contra o promitente comprador inicial. Isso é uma garantia daquele que aceitou, previamente, a cessão do direito sem a sua participação, garantia de que, se isso for feito para um insolvente ou para um incapaz, não produzirá efeitos com relação a ele.

Quanto à aplicação desse instituto ao Sistema Financeiro de Habitação, em razão do disposto na Lei 8.004, me parece ser incabível, da mesma forma que me parece incabível a aplicação do art. 303, do CC, que está num dos pontos que a Abecip nos encaminhou. O art. 303 trata do “adquirente de imóvel hipotecado que pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido. Se o credor notificado não impugnar dentro de 30 dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento”. Aplicar esse dispositivo ao Sistema Financeiro de Habitação assim como a cláusula *pro amico eligendo*, em razão da Lei 8.004, que exige a participação concomitante do agente financeiro no momento da transferência dos direitos da cessão, ou promessa de cessão, ou o que seja, e estando a Lei 8.004 em vigor, por se tratar também de legislação extravagante e o micro sistema do Sistema Financeiro de Habitação, entendo que não se aplicariam. A viabilidade de cláusula *pro amico eligendo* poderia ocorrer nos casos do sistema financeiro imobiliário e não no Sistema Financeiro de Habitação.

Ressalto, aqui, mais uma vez que são questões totalmente novas e que o objetivo é tão-somente colocá-las em discussão. São esses os pontos com relação à promessa de compra e venda que eu gostaria de ressaltar e apresentar aqui as conclusões deste trabalho inicial que redigi. A pri-

meira que é requisito indispensável para a adjudicação compulsória é o registro da promessa de compra e venda, perdendo eficácia a Súm. 239 do STJ. Essa conclusão me parece tranqüila, pela inclusão do direito do promitente comprador como direito real pela exigência do registro, expresso na lei para adjudicação compulsória. Em regra, é essencial a validade de compra e venda do instrumento público. O instrumento particular só é admissível em se tratando de imóveis em valor igual ou inferior a 30 vezes o maior salário mínimo vigente no país ou se houver previsão em lei extravagante: Dec.-lei 58, Lei 6.766, Lei 4.380, e Lei 9.514. Também me parece de certa forma tranqüilo.

As normas relativas ao contrato com pessoa a declarar, inseridas no Título V Dos Contratos em Geral, aplicam-se aos contratos de promessas de compra e venda, por não haver qualquer incompatibilidade. A indicação da pessoa nos termos da cláusula *pro amico eligendo* importa em cessão dos direitos do promitente comprador. Estando registrada a promessa, há transferência de direito real sobre o imóvel. A cessão nos termos do item anterior importa em pagamento de tributos e na prática de ato no registro de imóveis.

A ineficácia da nomeação terá como conseqüência o cancelamento do registro da cessão, a ineficácia por incapacidade ou por insolvência. Importará o cancelamento do registro da cessão por averbação, que se dará a requerimento dos interessados, ou por determinação judicial, dependendo de sua causa. Como disse anteriormente, entendo que ao Sistema Financeiro de Habitação não se apliquem esses dispositivos. Com relação aos pontos, vou apontar apenas um item que extrapola a questão da promessa de compra e venda, em relação ao pacto comissório.

A discussão sobre o pacto comissório, em razão de não aparecer expressamente como cláusula adjeta da compra e venda, vai surgir, com certeza, e vai se prolongar. Me parece que o pacto comissório continua existindo como cláusula resolutiva, prevista na Parte Geral do Código. Na realidade, no Código de 1916 já não havia necessidade daquela previsão expressa como cláusula adjeta ao contrato de compra e venda, porque já havia a possibilidade de incluir uma cláusula resolutória expressa nos contratos em geral sem qualquer impedimento. Há um trabalho do consultor jurídico da Anoreg do Paraná, Dr. José Ribeiro, que está disponível no *site*

do Irib e que foi redigido antes mesmo da entrada em vigor do novo Código. Ele aborda essa questão e conclui de uma forma bem incisiva: “assim, podemos afirmar, em conclusão, com segurança que poderá ser inserida pelas partes, nas escrituras de compra e venda de bem imóvel, a cláusula pacto comissório, isto é, a condição resolutiva expressa nos arts. 121, 122, 127, 128, 474 e 475, do novo CC, pactuando-se que a venda fica desfeita se o adquirente não pagar o preço, uma vez que tal cláusula não é contrária à lei nem à ordem pública e nem aos bons costumes, como também não está proibida a sua utilização na compra e venda de imóvel, por qualquer dispositivo legal desse novo Código”.

O pacto comissório já vinha em desuso por motivos que, sinceramente, não consegui ainda entender. Na realidade, ele importava numa economia, isso sim; o Sistema Financeiro da Habitação, na Lei 4.380, quando criou o instrumento particular, um de seus fundamentos era a economia de emolumentos, e o pacto comissório representa, realmente, economia de emolumentos, porque ele importa num único ato notarial, que é a lavratura da escritura de compra e venda com o pacto comissório, um ato de registro dessa escritura e, posteriormente, uma mera averbação da quitação, enquanto a promessa importa em dois atos notariais, em dois atos de registro. Com certeza o pacto comissório é mais econômico para as partes. O único problema é que, quando não havia o adimplemento, tinha de haver uma manifestação judicial para que fosse, então, cancelado aquele registro. Agora, a alienação fiduciária, que é posterior, nos permite uma forma de execução mais simples, mas a hipoteca tem uma execução, talvez, mais complexa do que na do pacto comissório, porque nele o não-pagamento já importava na rescisão de pleno direito; bastava a manifestação do Judiciário, que era a declaratória para que se promovesse o ato no registro de imóveis. Mas ele caiu em desuso e, uma vez não previsto expressamente, provavelmente para que não se permita qualquer discussão, a tendência é que ele vá, cada vez mais, desaparecendo; mas entendo que ele é plenamente viável. Não sei se vai ser utilizado, mas é plenamente viável.

Na minha pouco extensa experiência profissional como registrador, desde 98, no interior e num registro que é basicamente rural, as únicas escrituras de pacto comissório que eu vi foram feitas aqui em São Paulo,

pelo Banespa, que recebeu uns imóveis em dação em pagamento para depois vendê-los com pacto comissório. Não vi outros casos. Ele já vinha em desuso e, agora, acredito que vá ficar ainda mais em desuso do que antes, para que se não permita a discussão se ele é válido ou não. Eram esses os pontos que eu queria trazer à discussão, especialmente com relação à eficácia da promessa de compra e venda quanto à adjudicação compulsória, a instrumentalização da promessa, o contrato com pessoa a declarar. Fora desse tema, uma breve passagem pelo pacto comissório, que me parece ser um ponto de interesse dos senhores. Muito obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – O senhor mesmo disse que a hipoteca vem sendo desprestigiada. O STJ tem até súmula a esse respeito, a Súm. 84, que, de certa maneira foi distorcida, no decorrer dos casos; mas eu venho encontrando inúmeras decisões, em que, mesmo o compromisso desprovido do registro, impede que o credor hipotecário possa executar a hipoteca referente àquela unidade, ou seja, a hipoteca perde a eficácia em face do compromisso. A gente percebe claramente que essa decisão é uma decisão de caráter social, é uma decisão que procura privilegiar o compromissário comprador, aquele que na relação contratual, em tese, está em situação menos privilegiada em relação a um credor, normalmente banco, considerado o mais poderoso, o maior, o gigante, como alguns colocam, e em relação ao próprio incorporador, que também tem um tamanho desproporcional, em relação ao comprador.

Isso é uma questão que vem preocupando as empresas de crédito imobiliário, há muitos anos, inclusive foi uma das razões pelas quais a Abecip buscou alternativas para cobranças em financiamentos de crédito imobiliário com a instituição da alienação fiduciária.

Tenho a honra e o prazer de ter trabalhado na redação do anteprojeto da lei, que veio a ser convertido na Lei 9.514, exatamente pelo aspecto da necessidade da agilização da cobrança. Nós vemos situações em São Paulo, por exemplo, em que uma execução hipotecária pode durar em torno de cinco, seis ou mais anos, dependendo da instância em que estamos. O nosso presidente, em sua fala inaugural, comentou a questão do Plano Collor, um plano que foi ditado em 1990 e, 13 anos depois, não temos uma definição clara do STJ. Esperamos que, hoje, ocorra essa definição e, se pos-

sível, com um voto, pelo menos um voto a favor da tese de manutenção da aplicação do IPC, com o que haveria maioria absoluta e nós teríamos a questão pacificada. É o que nós aguardamos.

Mas eu gostaria de fazer algumas colocações antes de transmitir a palavra aos senhores para os debates, porque a questão do compromisso de compra e venda tem uma importância muito grande nos financiamentos para a construção. Normalmente, os bancos, quando concedem financiamento, têm que, em primeiro lugar, verificar se aquele empreendimento vai ser viável ou não; por isso procura-se conhecer a existência ou não de compromissos, de promessas realizadas durante essa fase de construção, para então sim, posteriormente, se constituir uma hipoteca. Esses compromissos, de forma geral, não são levados a registros. Vejo que essa tendência do STJ em privilegiar o compromisso, mesmo sem registro, é pelo fato de que o comprador, tendo pago suas prestações diretamente ao incorporador, e este incorporador, não repassando ao agente financeiro, o STJ entende que o compromissário comprador não pode ser prejudicado. Ora, mais uma vez, a hipoteca foi desprestigiada. Então, a questão do compromisso e na forma como o senhor muito bem colocou, talvez a necessidade da escritura pública possa ser uma forma de contornar o problema e, com isso, talvez, os bancos possam rever suas posições em relação a admitir compromissos de compra e venda apenas por escritura pública, o que daria um pouco mais de segurança, sobretudo porque vai dar publicidade efetiva para aqueles que estão realizando essas operações.

Nesta primeira parte, eu gostaria que o senhor voltasse a comentar sobre esses aspectos, *vis-a-vis* a questão da hipoteca, e lembrando o seguinte, eu, particularmente, faço parte, pela Abecip, de um grupo de trabalho que foi constituído, em maio de 2002, pela Portaria 565, do Ministério da Justiça, para discutir questões relativas ao mercado imobiliário, de consórcios e de habitação. Basicamente, essa Portaria foi instituída a pedido de construtores dos próprios agentes financeiros, tendo em vista que a Portaria 3, do Ministério da Justiça, que é de 2001, estabeleceu, de acordo com o que o Código do Consumidor, através do DPDC, Departamento de Proteção ao Crédito ao Consumidor, uma relação de cláusulas abusivas.

Essa Portaria 3 diz quais são essas cláusulas abusivas, dentre elas a de que, no compromisso de compra e venda, quando o comprador autori-

za o incorporador a constituir hipoteca do todo, essa cláusula é abusiva. E se é abusiva, ela é nula. Voltando à tese do STJ, a questão que se põe exatamente é a da nulidade da cláusula, que admite o incorporador a dar hipoteca; se a cláusula for nula, eles entendem que a hipoteca, por consequência, também ficou nula. Esse grupo de trabalho tem como sugestão que, para que a cláusula “não seja considerada nula”, a obrigatoriedade do compromisso deve ser levado a registro. Esse é um aspecto importante para salientar, e eu gostaria de ouvir um pouco mais sobre ele, sobretudo sobre essa questão do pacto comissório. É interessante que nós temos no nosso Direito, no Código Civil, inúmeros instrumentos que são de pouco uso. Eu vi muita utilização do pacto comissório em Brasília. Era uma maneira de se incentivar a construção. A empresa de desenvolvimento de loteamento estabelecia o pacto até de retrovenda no sentido de obrigar o adquirente do lote a construir, sob pena de a propriedade ser revertida para o vendedor. Eu fiz esta colocação um pouco longa demais, mas justamente para inserir as questões que envolvem o crédito imobiliário.

Acredito que, talvez, pela sua colocação e pela sua formação, nós possamos rever essa questão do pacto comissório; talvez seja uma boa garantia a ser utilizada, tendo em vista essas diversas circunstâncias que foram colocadas.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Com relação a essa questão da prevalência da promessa quanto à hipoteca, o Judiciário, na realidade, se permanecer entendendo dessa forma, no meu modo de ver, além de afrontar todo o sistema, ele desestimula a concessão do crédito: essa é a grande questão. Ou o agente financeiro vai procurar se cercar de maiores garantias e a circulação do crédito será menor, em detrimento, exatamente, da construção de imóveis destinados à casa própria, como o Sistema Financeiro de Habitação, ou mesmo no financiamento imobiliário da Lei 9.514. Realmente é uma questão relevantíssima, em razão da necessidade de construção de habitações. Esse é um ponto, o ponto mais relevante que eu vejo nessa questão. Se não houver uma mudança, o crédito vai ficar cada vez mais restrito. Esse é o ponto que me parece nodal dessa questão.

Hamilton Nogueira (Larcky) – Vou voltar a pedir a posição do palestrante sobre a mesma questão que eu pedi ao colega Sérgio. Porque é fundamental para o sistema a questão da permanência na ordem jurídica da alienação fiduciária em garantia. Ainda há pouco, o palestrante, ao mencionar a legislação extravagante sobre o instrumento particular das escrituras de promessa de compra e venda, referiu-se à permanência desses institutos, dessas leis especiais, Lei 4.380 e outras, uma vez que se trata de lei tutelar, de certa forma, porque em benefício do promitente comprador e tendo em vista, muitas vezes, a presença do poder público presidindo a atuação de uma das partes. Esse fenômeno, talvez, não ocorra em relação ao instituto da alienação fiduciária em garantia, pelo menos na sua plenitude; na realidade, o legislador esqueceu de incluir no art. 1.225 esse direito real. O nosso problema é de segurança jurídica; é ter certeza de que podemos marchar utilizando a granel esse instituto, sem vislumbrarmos uma possibilidade, maior um pouco de percalços no âmbito do Judiciário sobre essa questão, se estaria ou não estaria revogado. Eu gostaria de saber a opinião do palestrante.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – O nosso Código, dentro das inovações, também ressalta a função social da propriedade e dá com isso um poder maior ao magistrado. Nós encontramos isso em vários dispositivos. Com efeito, há sempre o risco de uma decisão com entendimento jurisprudencial nesse sentido. Não me parece que isso ocorra, uma vez que tivemos um Código com uma tramitação muito longa. Durante essa tramitação, foram apresentados projetos, votados na Câmara, no Senado, sancionados pelo presidente, tratando de temas que vieram a ser tratados pelo Código, como a questão do direito de superfície. O Código, no meu modo de ver, não revoga essa legislação extravagante, porque ela trata de situações especiais. Com relação aos direitos reais, nós os temos previstos no Código Civil e os previstos em legislação extravagante, que, via de regra, determinam a inclusão no rol do art. 167, da Lei 6.015, que trata dos atos sujeitos a registro, na Lei de Registros Públicos, na parte que trata do registro de imóveis.

A Lei 9.514 incluiu, como uma das hipóteses de registro, a alienação fiduciária e o senhor fez uma outra indagação que eu queria abordar. Na realidade, existe uma série de normas que vêm desafogando o Judiciário. Uma

delas é a Lei de Protesto, a Lei 9.492. Nós tínhamos normas esparsas sobre o protesto de títulos e ela veio criar uma legislação própria do protesto, com pagamento; essa legislação desafoga o Judiciário quando ela cria o pagamento via sistema de protesto e, hoje, o sistema de protesto visa muito mais à cobrança do que provar a inadimplência. Na realidade, todo mundo se socorre e isso representa um número enorme de demanda que deixa de ir ao Judiciário. Assim como foi criada a Lei 9.099 dos Juizados Especiais, que acabou aumentando a demanda, se bem o objetivo era tirar da justiça comum aqueles processos de tramitação lenta; a Lei da Arbitragem e a Lei da Alienação Fiduciária não deixam também de ter esse cunho, de permitir a execução e a conclusão daqueles contratos, muitas vezes sem a intervenção do Judiciário. Eu acredito que nesse contexto, nessa evolução, em que se buscam subtrair algumas coisas do Judiciário e permitir uma solução mais rápida que a sociedade exige e, por ser uma lei especial, ela está em vigor. Obviamente é uma opinião. Longe de mim querer ser aqui o dono da verdade, mesmo porque minhas limitações não me permitem ir muito longe, mas no meu modo de ver, ela estaria em vigor por todas essas razões.

Hamilton Nogueira – O levantamento dessa questão está muito mais em função do risco, ou seja, pode-se confiar de uma maneira bastante ampla e assim será entendido pelo Judiciário ou será prudente a busca rápida de uma medida provisória, alguma coisa que, simplesmente, mandasse incluir?

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Com relação a essa inclusão, eu não vejo necessidade, por já estar incluída na 6.015, mas há sempre um risco. Na realidade, o que tem que começar a ocorrer é a manifestação da doutrina, porque só vai ser muito relevante para apreciação do Judiciário. Temos muito pouca doutrina sobre o novo Código Civil e a que existe não aborda questões importantes. Acho que a gente tem que esperar a manifestação da doutrina que, de certa forma, vai conduzir depois as decisões dos tribunais.

Paulo Roberto Ferreira (26º Tabelião de São Paulo) – A respeito da cláusula resolutiva, eu perguntaria ao colega se é possível o protesto notarial

para que se faça a reversão da propriedade. Isto é: no caso de inadimplemento, se os pactuantes poderiam acordar que o mero protesto notarial seria instrumento bastante para reversão da propriedade no registro imobiliário.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Essa é uma questão interessante, porque no sistema anterior a lei previa, num caso de inadimplemento, uma mera quitação e averbação. No inadimplemento teria que haver uma manifestação judicial. Na realidade, o que eu vejo é que não há mudança do sistema, só não há previsão expressa. O que eu entendia, no sistema anterior, é que só haveria realmente necessidade de manifestação judicial se não houvesse manifestação dos contratantes, porque nada impede que se discuta se há rescisão de compra e venda, quando, na realidade, há uma compra e venda às avessas. Nesse caso, entendo que nada impede que as partes, dentro da liberdade de contratar, pactuem dessa forma. Acho isso plenamente viável, desde que, obviamente, haja manifestação inequívoca das partes nesse sentido, bem como a manifestação daquele inadimplente naquele momento.

Pedro Gurgel (Unisys Global Outsourcing) – Em relação a esse documento particular ou público, a dúvida é: se essas informações não estiverem integradas com o registro imobiliário, mesmo que se faça por um instrumento público que não seja levada a registro, ele também vai ficar sujeito a revenda a outro imóvel por perda da segurança das operações? O Dr. Jacomino falou que, aqui em São Paulo, 50% dos imóveis não estão registrados regularmente. É um dado que preocupa em relação a segurança. O registro de imóveis tem uma burocracia; eu mesmo comprei um imóvel e fiquei três anos tentando registrar. Mas no Registro de Imóveis não existe um pré-registro, indicando que tem alguém tentando fazer um registro. Tem alguma coisa nesse sentido, algum estudo que vocês estejam fazendo que pelo menos já fique registrado que tem alguém tentando registrar isso aqui, uma promessa de compra e venda, um instrumento público, que isso fique armazenado, que a informação circule, por instrumento público ou particular? Nessa burocracia, eu sei que o registro de imóveis está se precavendo. De fato, o imóvel da empresa que eu comprei já estava numa situação cuja documen-

tação não estava sendo conseguida; em seguida, a empresa quebrou efetivamente e eu tive que entrar em juízo, mas não consegui nada; fiz o instrumento público e tentei registrar, mas não consegui. Que a gente tentasse pensar numa solução de pelo menos ter a informação lá, que tem alguma coisa circulando no mercado, ou mesmo para saber quanto é essa evasão de registro de tal forma.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Na realidade, o Dr. Sérgio Jacomino abordou essa questão dos títulos apresentados e da qualificação pelo registrador. Obviamente, somos remunerados pelos emolumentos, pelos atos que praticamos, mas esse interesse da segurança jurídica é um interesse público, que está acima dos interesses privados das partes daquele contrato e até mesmo do titular daquela serventia. Na realidade, ele pratica todos esses atos no interesse público, exercendo função pública, por delegação. Eu costumo dizer que, quando faço as exigências, faço-as contra mim, porque, se a pessoa não cumpri-las, eu tenho que devolver o dinheiro e não recebo nada. Trabalho, devolvo o dinheiro e não recebo nada. Agora, o instrumento que existe é a prenotação. Todo título que chega ao registro de imóveis tem que ser prenotado no Livro 1, observada a ordem de ingresso, rigorosa ordem de ingresso. Então, a partir do ingresso do título prenotado no Livro 1 e qualquer certidão que for expedida, uma certidão de ônus reais, a partir daquele momento tem que indicar a existência daquela prenotação, que se refere ao título em tramitação, ou seja, em processo de registro; que a lei concede trinta dias para que seja feito o registro. Não preenchendo os requisitos ou não cumprido o princípio da legalidade, o oficial formulará exigências e apresentará nota de devolução. Não se conformando o apresentante, ele pode requerer que se declare dúvida. Suscitada a dúvida, aquela prenotação vai perdurar enquanto não for decidida pelo Judiciário a dúvida.

A partir do momento do ingresso do título e no momento em que o interessado ou qualquer pessoa levar o título a registro ou apresentá-lo no registro de imóveis, naquele momento, ele tem que receber, ali, um comprovante de que o título dele foi prenotado e que o número da prenotação lhe assegura prioridade. A partir daquele momento, aquela prenotação se torna pública,

qualquer um que buscar informação sobre aquele imóvel terá a informação de que consta uma prenotação. E isso dá segurança. Claro que esse é o final do processo de dúvida para se entender que a exigência tinha fundamento, e, se não se puder registrar, não vai produzir nenhum efeito. No entanto, se o juiz determinar o registro, aquele registro será feito e os efeitos dele retroagirão à data da prenotação. Esse, portanto, é o instrumento que dá essa segurança a partir do momento da apresentação do título.

Pedro Gurgel – Feito por instrumento público notarial, ele já poderia comunicar automaticamente o registro de imóveis para já ter uma prenotação?

Sérgio Jacomino – Na verdade, essa é uma proposta que poderia ser encaminhada. Existe em alguns países, nomeadamente na Argentina e na Espanha, o que se convencionou chamar de reserva de prioridade. A reserva de prioridade opera da seguinte maneira: o tabelião recebe as partes interessadas em lavrar uma escritura e tem todo um processo de aconselhamento, todo um processo de formatação do negócio jurídico e de sua instrumentalização. Logicamente que, para impedir que se frustrem as tratativas preliminares daquele adquirente, o tabelião está obrigado a comunicar ao registro que aquele negócio está sendo entabulado, e o registro então fica bloqueado por um determinado período até que aquele contrato se complete e seja levado a registro ou que haja uma desistência da contratação que também deve ser comunicada ao registro. Essa é a figura da reserva de prioridade e conhecida no direito argentino.

Como curiosidade, só como curiosidade, eu citaria o fato de que a lei de 1846 tinha reserva de prioridade no Brasil. Funcionava da seguinte maneira: toda vez que o agente financeiro ia financiar, porque era um registro hipotecário, ele solicitava uma certidão do cartório de registro de imóveis, certidão que tinha um prazo de validade. Durante esse prazo de validade, o registro ficava bloqueado para toda e qualquer outra operação. Era já, digamos assim, uma prototipificação do que viria a ser depois desenvolvida na reserva de prioridade. Existe uma proposta de lei que está perdida nos escaninhos do Congresso Nacional, que tratava especificamente disso. É uma

proposta de um desembargador do Rio Grande do Sul, à época Corregedor Geral da Justiça, Des. Antonio Erpen, que sugeriu e fez até uma proposta de lei para que o nosso sistema pudesse agasalhar a reserva de prioridade. Agora, veja que a reserva de prioridade só tem condições de funcionar no relacionamento entre tabeliães e registro; não é possível que o terceiro, o particular, possa bloquear todo o aparato registral, porque isso poderia render, dar ensanchas à prática de fraude. Claro, alguém poderia bloquear o registro contra alienação perfeitamente válida e legítima de um terceiro. Então, essa reserva de prioridade existe enquanto, digamos, elaboração teórica, doutrinária; há algumas experiências no direito alienígena, mas no Brasil não existe ainda, só existe ainda um projeto de lei em tramitação no Congresso.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Sérgio, eu gostaria de lembrar esse fato, eu ia tocar exatamente nesse assunto e lembrar que nos estudos que antecederam a MedProv 2.223, além de algumas inovações em relação à alienação fiduciária, como, por exemplo, uma questão que era controvertida, admitindo alienação fiduciária de imóvel enfitêutico.

Antes da criação da CCI, nós fizemos um trabalho na Abecip originário de estudos do Dr. Melhim, em que pretendíamos, efetivamente, instituir o princípio da reserva de prioridade, sobretudo para agilizar as operações de securitização de crédito, tendo em vista que as cessões deviam ser feitas com mais celeridade e para isso precisaria dar mais segurança.

A regra consistia exatamente em dar garantia ao cessionário de que, no momento em que ele estaria fazendo a realização do negócio, não haveria no registro de imóveis algum título em tramitação que pudesse modificar a relação contratual. Fizemos esse estudo, baseado no direito argentino, e esperamos continuar estudando, porque de fato isso é realmente uma possibilidade de mais segurança.

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Com relação a esse aspecto, ainda há um risco, porque as certidões de ônus reais valem por trinta dias; a parte requer a certidão, obtém-na e pode obter várias, uma vez que nada impede que alguém requeira cinquenta certidões de ônus reais de um mesmo imóvel, procure cinquenta tabelionatos distintos e faça cinquenta vendas, e quem apresentar primeiro para o registro é o que vai ter priori-

dade. Existe ainda esse risco e, eventualmente, há notícias de fraude dessa natureza. Há que se aperfeiçoar o sistema com relação a isso. Há alguns estados, como o Rio, que ainda tem serventias com atribuições cumuladas de registros e de notas. O que as pessoas que buscam segurança fazem nesses locais é lavrar a escritura na mesma serventia do registro, porque é lavrado imediatamente e pedem também imediatamente a prenotação para o registro, seguras de que não vai aparecer ninguém antes delas. Mas isso é só onde existe essa possibilidade, fora disso não há. Qualquer mecanismo que venha aperfeiçoar esse sistema será bem-vindo porque certamente dará mais segurança.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Tem uma questão aqui de um colega, O Dr. Ruy Telles Guimarães, do Itaú, que pergunta o seguinte: se os direitos creditórios de determinado compromisso de compra e venda forem cedidos a uma instituição financeira, e esse compromisso vier a ser rescindido, considerando que antes da cessão tenha havido inúmeros pagamentos ao cedente, quem é o responsável pela devolução das importâncias pagas, tendo em vista, sobretudo, a regra existente no Código do Consumidor segundo a qual o devedor não pode perder tudo o que pagou? Em outras palavras, há um compromisso de compra e venda pelo qual o comprador paga ao vendedor, incorporador; em determinado momento, o incorporador cede os créditos desse compromisso a uma instituição financeira que passa a ser credora; em relação àquele compromisso do comprador; posteriormente, esse compromissário comprador resolve desistir do negócio e propõe uma rescisão contratual. De quem é a responsabilidade pela devolução das importâncias?

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Acredito que essa é a grande preocupação dos agentes financeiros que estão presentes aqui. O vendedor, efetivamente, recebeu parte do crédito; ele é o vendedor do imóvel. Creio que aí a questão tem de ser melhorada, no sentido de que se esse compromisso é em caráter definitivo ou não. Se a cessão é em caráter definitivo, envolve todo o crédito ou é parcial. Por exemplo, se houver pagamento durante um ano, o então incorporador cede a uma instituição financeira; e se no mês seguinte houver uma rescisão do contrato, quer

dizer, o banco ainda nem recebeu qualquer parcela em relação a pagamentos futuros, assim mesmo ele será responsável por fazer uma devolução daquilo que ele nem recebeu? O Dr. Ruy quer complementar.

Ruy Telles Guimarães (Itaú) – Fleury, na realidade, é o seguinte. Não há, nesse caso, a cessão da posição contratual, quer dizer, a responsabilidade pela venda e compra, pelo instrumento, pela promessa da venda, ainda é do incorporador. O agente financeiro comprou só os direitos creditórios daquele compromisso; a obrigação de fazer cumprir a entrega da coisa continua do incorporador. A rescisão não necessariamente seria por um acordo; acredito que, no caso de o compromissário comprador querer a rescisão, chamar-se-ia vendedor e comprador, compor-se-ia e faria a rescisão. Vamos supor que ele já tenha pago há um ano, já tenha dado entrada e depois pagou algumas prestações; esse compromisso foi cedido, foi pago mais um ano, houve a inadimplência, e daí a execução daquele compromisso. Nesse caso da execução, em havendo um eventual pedido de devolução dessas importâncias pagas, essa é a dúvida: quem é responsável pelo pagamento? As duas partes na lide têm de ser chamadas para que se resolva a situação, quer dizer, quem recebeu o quê, devolve o quê, em que proporção? Era mais ou menos por aí que eu queria saber.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Ruy, deixe-me só complementar. Você disse o seguinte: não se trata de fazer uma cessão de posição contratual. Acho que esse é o ponto que deve ser atacado. O que é cessão de posição contratual? Acho que temos de deixar claro que toda vez que você faz uma cessão de crédito, você está cedendo sua posição contratual?

Ruy Telles Guimarães – Quanto ao crédito sim, até concordo, a partir de que se fez a cessão do crédito. A cessão da posição contratual é quando você vende toda sua posição de vendedor, quer dizer, quando você está cedendo a posição direta do contrato. No caso, eu só estou comprando o crédito. Suponhamos que a instituição financeira adquira o crédito. Caso não se cumpra essa obrigação lateral, caso ele não pague ou não repasse o crédito, qual a garantia da instituição financeira?

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Na realidade, com a obrigação de pagamento, que seria a cobrança daquelas prestações.

Ruy Telles Guimarães – É mera e tão-somente uma obrigação; está no âmbito do direito, portanto, obrigacional, não é isso?

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Nesse caso, me parece que a configuração é uma hipótese. Estamos discutindo. Os senhores me perguntam se os direitos creditórios de determinado compromisso de compra e venda forem cedidos a uma instituição financeira e, se esse compromisso vier a ser rescindido, quem seria o responsável pela devolução das importâncias pagas? O vendedor ou a instituição financeira?

É evidente que essa é uma discussão que vai ser travada judicialmente. Haverá quem sustente que a obrigação, em decorrência da cessão, possa ser da instituição financeira, mas nessa configuração, digamos assim, abstraída do direito real envolvido, do direito real do vendedor que cede sua posição, não é a posição contratual; ele cede o crédito. Me parece que fica bastante nítido que são negócios, digamos, colaterais, embora perfeitamente integrados no sistema do negócio central do compromisso de compra e venda.

Melhim Namem Chalhub – Eu ouvi o debate pelo meio do caminho. Mas a situação é, realmente, muito complexa, como diz o Hamilton e o Sérgio. Veja bem. Se houver um desfazimento do contrato, qual é o efeito desse desfazimento? A volta das partes ao estado anterior, ou seja, o promitente vendedor vai recuperar para o seu patrimônio o bem imóvel, e o devedor, digamos, o promitente comprador vai recuperar as quantias que pagou? Ora, seria enriquecimento indevido, sem causa do promitente vendedor, se ele deixasse por conta do agente financeiro a devolução das quantias pagas, ainda que em parte.

Recentemente fiz um estudo sobre uma situação semelhante para determinada securitização. Tenho a impressão de que nesse caso poder-se-ia socorrer-se da figura da evicção, uma vez que, na realidade, o cedente do crédito tem que garantir a integridade do crédito e não responder pela solvência ou solvabilidade do seu devedor. No momento em que se extin-

que o crédito, fica prejudicada inteiramente a relação jurídica de cessão do crédito. Conseqüentemente, o cedente responde por isso e tem de indenizar o prejuízo do cessionário do crédito. Acho que com fundamento na evicção poder-se-ia sustentar a obrigação ou a exigibilidade desse pagamento contra o promitente vendedor. A não ser que ele repassasse o bem imóvel para o patrimônio da cessionária. Contudo, a situação é realmente muito complexa e, como diz o Sérgio, é uma questão que há de se resolver em juízo; não há a menor dúvida.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Há uma última questão aqui e o Dr. Melhim também pode ajudar. Já discuti com ele a respeito do art. 1.479 do CC, que diz: “o adquirente de imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas dos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel”. A questão que se coloca é a seguinte: esse dispositivo estaria dando guarida ao chamado contrato de gaveta? Talvez aquele adquirente de imóvel hipotecado esteja de acordo com aquela regra, segundo a qual o compromissário comprador pode, de acordo com uma eleição, indicar um terceiro para receber seus direitos creditórios em relação ao compromisso de compra e venda; quer dizer, está me parecendo exatamente uma questão de contrato de gaveta que não foi levada a registro de imóveis, em que o adquirente de imóvel hipotecado poderia abandonar o imóvel. É uma questão controvertida. Vocês que são autoridades sobre registro de imóveis, como é que vêem essa questão?

Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza – Estou comentando aqui com o Sérgio que a primeira discussão vai ser interpretar quem seria o adquirente. Se a aquisição da propriedade do imóvel se dá com o registro, poderia, inicialmente, interpretar que o adquirente seria aquele que obteve o registro, o que excluiria a hipótese do contrato de gaveta; porque, se ele registrou, ele não estaria na hipótese do contrato feito à parte do registro de imóveis. Talvez a melhor forma de interpretar fosse: ele adquire porque o imóvel hipotecado pode ser vendido; se se tratar do Sistema Financeiro da Habitação e da participação concomitante do agente, pela Lei 8.004, bem como de outras hipóteses de hipoteca, também pode haver a venda e o registro.

Quanto ao abandono do imóvel, depois, o parágrafo seguinte faz alusão à forma do depósito em juízo, entrega às partes, vamos dizer, está excluído daquela relação; ele deixaria de ser o proprietário do imóvel e a hipoteca vigoraria entre os contratantes iniciais. Em princípio, me parece dessa forma. Não sei se seria a hipótese do contrato de gaveta.

Sérgio Jacomino – Eu vejo o seguinte: realmente a Lei 8.004 pode resolver essa questão, porque o art. 1.475 diz que é nula a cláusula que proíbe o proprietário de alienar o imóvel hipotecado. Ou seja, o proprietário de um imóvel hipotecado pode aliená-lo sem anuência do credor, a não ser na hipótese da Lei 8.004. Porque, nessa situação, sem o consentimento do credor, acho que caberia nesses artigos, tanto é que no art. 1.480 o adquirente notificará o vendedor. Ora, se for uma operação que já teve ingresso no registro de imóveis, não há mais razão de haver notificação para o vendedor. O vendedor não faz mais parte da relação contratual. O devedor já assumiu com o registro, no registro de imóveis, a obrigação de pagar no lugar do vendedor. Portanto, essa questão, ainda acho que comporta uma discussão um pouco mais séria, porque, efetivamente, me parece que a redação não é das melhores.

Melhim Namem Chalhub – Eu posso interferir? Amanhã, também vou abordar esse tema na palestra. Como diz o Fleury, é uma questão mais ou menos em aberto, a questão do abandono, talvez, na verdade, não fosse abandono, e sim, renúncia, porque, no abandono, o imóvel deve ser arrecadado para o Estado, ao passo que a renúncia pode ser feita em favor de alguém. Esse ato produz o efeito da dação em relação ao adquirente, mas eu pergunto se ele não produziria esse efeito em relação ao devedor. Porque o devedor não é o adquirente, o devedor é o vendedor.

Sérgio Jacomino – Tenho a impressão que ele se exonera da hipoteca.

Melhim Namem Chalhub – Mas o compromisso subjacente, vamos dizer, a dívida, ainda permanece rígida com quem for.

Sérgio Jacomino – Acho que, ao receber um imóvel hipotecado, que pode sofrer as conseqüências de uma execução, digamos assim, essa possibilidade é um preceito que pode ter uma eficácia antijudicial; o adquirente pode exonerar-se da hipoteca para não suportar o processo de execução com a retirada do bem.

Melhim Namem Chalhub – Sim e a lei diz, num dispositivo adiante, que ele pode até mesmo exercer essa faculdade, 24 horas após a citação para a execução.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Isso no processo de execução, que é uma forma de se exonerar do direito real de hipoteca. Ele vai ter que contratar advogado. Quer dizer, para o adquirente se livrar de todo esse processo, ele pode se exonerar simplesmente da hipoteca antes da execução. Ele entrega o imóvel, que é o que garante a obrigação, e livra-se do processo de execução.

Melhim Namem Chalhub – A expressão do dispositivo, que fala de renúncia, não é feliz, mas o que parece aqui é que na realidade está se criando uma espécie de dação em pagamento compulsório, alguma coisa assim.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Seria dação compulsória mesmo ou uma adjudicação bem como poderia se aproximar da figura da adjudicação pelo credor, se bem que compulsoriamente.

Melhim Namem Chalhub – É *sui generis*, mas é.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dando por encerado os debates, agradeço mais uma vez a presença do Dr. Eduardo de Souza pelas suas lições. Estamos verificando que existirão ainda questões que precisam de tempo para sedimentação. Mas, de qualquer forma, tanto ao Dr. Sérgio Jacomino quanto ao Dr. Eduardo de Souza, os agradecimentos da Abecip pela valiosa atuação no nosso seminário, sobretudo por suas lições. Muito obrigado!

OBRIGAÇÕES

Expositor: **DR. KIOITSI CHICUTA**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Gilberto Shideo Saito

Dia: 02.04.2003 (quarta-feira)

Hora: 13h

Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury – Para compor a mesa, gostaria de convidar o nosso vice-presidente, diretor do Banco Santander, o Dr. Gilberto Saito, e o nosso palestrante do dia, Dr. Kioitsi Chicuta.

O Dr. Chicuta falará a respeito de obrigações e da responsabilidade civil no novo Código Civil. Ele é Juiz do 2º Tribunal de Alçada Civil aqui do Estado de São Paulo.

Dr. Kioitsi Chicuta – Agradeço o convite de estarmos aqui com vocês. Sabemos que depois do almoço o entusiasmo dos participantes não é dos maiores, principalmente pelo fato de retornarem de agradável almoço e permanecerem sentados para ouvirem um juiz. De toda forma, nada melhor iniciarmos, até mesmo para que haja descontração e não nos vejam como uma máquina que fala apenas e tão-somente matéria jurídica, com uma piada envolvendo profissionais de direito. São pessoas que convivem o dia-a-dia em razão das atividades que exercem, mantendo relação simultânea de amor e ódio.

Numa ilha deserta havia três pessoas: um advogado, um juiz e um promotor que encontraram uma lâmpada. Depois de esfregá-la, surgiu um gênio, que assim se expressou: “Cada um tem direito a um desejo”. Primeiro foi o advogado que fez seu pedido: “Quero ir para uma outra ilha, onde não tenha juiz e não tenha promotor”. O desejo foi satisfeito. O promotor, por sua vez, pediu: “Quero ir para um lugar onde não tenha juiz nem advogado”. Realizado o segundo desejo, o gênio voltou-se para o juiz e perguntou: “Qual o seu desejo?”. Ao que ele respondeu: “Apenas um cafezinho, porque estou como gosto”.

Lógico que o enfoque varia conforme a posição de cada um, mas já fomos advogado, depois, promotor e agora, juiz. Temos estima por todos os profissionais e é óbvio que estamos aqui para amar, não para odiar. Nosso objetivo comum é maior do que as diferenças que possam existir entre as diversas profissões ligadas à área jurídica, respeitando sempre as peculiaridades de cada qual e, acima de tudo, atendendo ao interesse público da sociedade.

Apenas para que tenhamos tempo mais aproveitável, gostaríamos de destacar que o objetivo não é esgotar o direito obrigacional no novo Código nem abordar todos os novos enfoques da responsabilidade civil. O próprio tempo permitido pela mesa não atenderia a tanto, razão pela qual fizemos apenas breve apanhado dos pontos mais interessantes, deixando outros para os debates em que podem suscitar questionamentos maiores. Alguns temas, como a responsabilidade civil do incorporador imobiliário, não serão abordados, mesmo porque já atribuído a outro palestrante.

Vamos partir para o temário que nos interessa no estudo do direito obrigacional e verificar o que o legislador, no Código Civil de 2002, trouxe de vantagens, desvantagens e novidades. Nesse aspecto, notamos de princípio, apenas para melhor compreensão, que o legislador entendeu conveniente alterar aquela ordem tradicional dos livros na parte especial do Código de 1916. Hoje o direito das obrigações integra o Livro I da Parte Especial do Código Civil. É inovação bastante interessante e que a doutrina está aplaudindo como sendo uma atitude exatamente coerente com a seqüência que deveria ter um Código dessa espécie. Mas quando falamos em termos de obrigação, é mais importante visualizarmos o seguinte: qual o interesse ou qual a modificação mais profunda? Em relação ao conteúdo, verificamos que o Código não trouxe grandes avanços ou modificações de impacto, como se verificam em outros Livros do Código Civil, tanto assim que, quando examinamos as modalidades das obrigações, encontramos aquela seqüência corriqueira: obrigações de dar, fazer e não fazer.

Isto não significa a manutenção do *status quo*, mas enquadramento dos institutos tradicionais dentro de nova ótica. Para melhor compreensão, nada mais útil do que a visualização de situação fática determinada, como, por exemplo, a contratação de um pintor para execução de obras de pintura no interior de um prédio residencial ocupado por pessoas e

coisas. Se a execução é imperfeita, podemos romper a empreitada com alegação de descumprimento da obrigação de fazer. Mas, na medida em que o executor do serviço extrapola de sua atividade-fim, danificando objetos de uso pessoal dos moradores, o que teríamos? Evidentemente não se pode dizer que há quebra do contrato, mas o dever de cuidado com as coisas que constam daquela residência.

E se houvesse não danos materiais, mas assédio sexual à empregada ou a alguma moradora? Não podemos entrar com ação afirmando rompimento do negócio jurídico pelo não-cumprimento do contrato, mas sim falta de atendimento dos deveres secundários que estão inerentes a qualquer negócio jurídico. Essas situações novas estão sendo amadurecidas e vão ser introduzidas no direito brasileiro.

De outra parte, houve melhor sistematização do direito obrigacional no novo Código Civil. No Código Civil de 1916 havia um amontoado de matérias sobre um determinado título, sem maior rigor científico, e agora esse rigor está sendo observado quando o novo Código organiza o Livro I em quatro Títulos: Modalidades das Obrigações, Transmissão das Obrigações, Adimplemento e Extinção das Obrigações e Inadimplemento das Obrigações. Excluiu matérias que são próprias não do direito das obrigações, mas do direito contratual, como as transações e os compromissos, pressupondo existência de caráter negocial e não necessariamente com caráter de obrigação.

Quando falava em transmissão das obrigações, a idéia do legislador anterior se limitava apenas à figura da cessão de crédito, e hoje há um capítulo novo que diz sobre assunção da dívida, quando um terceiro assume a dívida no lugar do devedor, com consentimento do credor. O exemplo mais claro que encontramos nesse capítulo da assunção das obrigações evidentemente é aquele do adquirente do imóvel hipotecado que prefere não assumir riscos de não-pagamento da obrigação garantida com ônus real, transformando-se em devedor junto ao credor hipotecário. São situações que o Código regulava anteriormente como sendo pagamento por terceiro interessado, mas sem rigor técnico satisfatório. Há inclusão de matérias importantes e a sistematização está sendo mais adequada.

O que se observa é que a concepção clássica do direito obrigacional que tínhamos quando estudamos o direito obrigacional nos bancos das fa-

culdades ou mesmo no curso da vida profissional, modificou-se. As obrigações tinham origem limitada: lei, contratos, declarações unilaterais de vontade e os atos ilícitos. Com o novo Código há ampliação dessas fontes. Por quê? Porque ele incluiu títulos que não constavam do Código Civil de 1916 e a importação de matérias de outros institutos jurídicos.

Os títulos de crédito, originalmente ligados ao Código Comercial, hoje estão previstos no Código Civil. Os títulos de crédito também foram admitidos como fontes das obrigações, mas quando falamos em atos ilícitos, muitas vezes nos deparamos com situações que não são necessariamente de atos ilícitos, mas decorrem necessariamente de responsabilidade civil no sentido lato. Daí o questionamento: o que devemos admitir? Evidentemente é o fato jurídico no sentido amplo.

Sentimos, hoje, situação que vem preocupando a sociedade e que está empurrando a jurisprudência para solução muito mais severa, principalmente quando se trata de segurança e bem estar da coletividade.

Os hospitais, em função dos aparelhos sofisticados, trabalham com materiais radioativos, aparelhos de raios X e outros equipamentos. Volta e meia tomamos conhecimento pela imprensa falada e escrita sobre a ocorrência de furto de aparelhos ou peças contendo materiais radioativos. Qual a responsabilidade que se admitia? Primitivamente se dizia: o hospital não pode ser responsabilizado porque aquele material foi subtraído de uma forma ilícita da sua posse direta. Mas hoje, a concepção vai além: quando alguém tem em seu poder material potencialmente perigoso, assume os riscos previsíveis e deve zelar pela sua permanência em local adequado e seguro. O raciocínio não tem início necessariamente na existência de ato ilícito, mas parte de um fato que a lei entende juridicamente relevante para que possa gerar uma responsabilidade civil.

O que nos importa é analisar no que ou quais os dispositivos que interessam para a aferição dos avanços e ou retrocessos do legislador. Nesse aspecto fizemos apanhado de alguns artigos dos quais se podem extrair conseqüências jurídicas interessantes.

O primeiro ponto é em relação à obrigação de fazer. Sempre entendemos que a doutrina classifica a obrigação de fazer como sendo fungível e infungível, ou seja, infungível, quando a obrigação não pode ser executada por outra pessoa, além do devedor, e fungível, quando pode ser exe-

cutada por terceiros. O art. 249 do atual CC estabelece hipótese de obrigação de fazer fungível, permitindo execução por terceiro. Em função até mesmo da necessidade de um instrumento ágil, o parágrafo único do mesmo art. 249 assim estabelece: em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido. Aqui é espécie de justiça de mão própria, em que as partes não vão ao Judiciário de imediato, mas simplesmente realizam pessoalmente a prestação ou mandam executá-la, para só depois reclamarem judicialmente.

Essa é uma inovação que o legislador entendeu conveniente para atender interesse imediato do prejudicado, até mesmo pelas dificuldades hoje existentes na obtenção da tutela jurisdicional em tempo satisfatório.

Outro ponto interessante diz respeito aos arts. 288, 289 e 293, no capítulo da Cessão de Crédito. Houve correção de impropriedades dos arts. 1.067 e 1.069 do Código de 1916. Os arts. 1.067 e 1.069 estabeleciam a invalidade em relação a terceiro da transmissão de crédito, se não se celebrar mediante instrumento público ou particular, revestido de solenidade, bem como a invalidade em relação ao devedor enquanto não for ele regularmente notificado.

A experiência tem demonstrado que não é caso de invalidade, nulidade ou anulabilidade. O novo Código é técnico e simplesmente diz: é ineficaz, em relação a terceiros, a transmissão de crédito, se não se der por instrumento público ou particular, revestido das solenidades do § 1º do art. 654. Da mesma forma, no art. 290, diz que a cessão de crédito não tem eficácia em relação ao devedor, senão quando a este notificado. Significa que a relação entre cedente e cessionário vale, tem repercussão jurídica. A única coisa que nós podemos extrair é que ela não pode ser exigida em relação ao devedor se não for regularmente notificada. O art. 288, evidentemente, não pode ser interpretado com sentido absoluto, dizer sempre por instrumento público ou por instrumento particular. Existem casos de sub-rogação legal ou casos em que as partes estão munidas de título judicial. O art. 288 diz respeito apenas às hipóteses de cessão convencional: instrumento público ou particular. Tanto não é caso de invalidade, anulabilidade ou nulidade que o art. 293 estabelece que, independentemente do conhecimento da cessão pelo devedor, pode o cessionário exercer atos

conservatórios do direito cedido. Se o cessionário pode tomar as providências, o que significa? Que essa cessão surte efeitos jurídicos. Essa correção adotada pelo novo legislador foi extremamente feliz.

Os arts. 299, par. ún., 300 e 303 dizem respeito à assunção da dívida. Diz o art. 299 que é facultado ao terceiro assumir obrigação do devedor com o consentimento expresso do credor, ficando exonerado o devedor primitivo, salvo se aquele, ao tempo da assunção, era insolvente ou o credor o ignorava. É possível a qualquer pessoa assumir a dívida com o consentimento expresso do credor. A lei foi textual: é preciso consentimento expresso. Mas o que extraímos de interessante é que o Código caminha para que o silêncio possa ser interpretado favorável ou desfavoravelmente. O par. ún. do art. 299 diz: “qualquer das partes pode assinalar prazo ao credor para que consinta na assunção de dívida, interpretando-se o seu silêncio como recusa”. Aqui o legislador interpretou: se ele ficou quieto, significa não-consentimento. É essa a inteligência. Mas, se vamos ao art. 303, existe interpretação diferente: o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido, aquela hipótese de que já falamos. Mas vejam: se o credor notificado não impugnar em 30 dias a transferência do débito, entender-se-á dado o consentimento.

Aqui ocorre entendimento completamente diferente, o silêncio é interpretado como consentimento. O legislador especificou: o silêncio não pode ser interpretado, de forma absoluta, nem como consentimento, nem como não-consentimento. É preciso que o legislador diga: nessa hipótese, deve ser interpretado dessa forma. Quando falamos dessa presunção do art. 303, resta dúvida se ela é *juris et de jure* ou *juris tantum*.

Em princípio, diz-se que, se o banco, como credor hipotecário, é notificado e simplesmente fica quieto, consentiu de forma absoluta e não pode ir às vias judiciais para dizer que tem motivos justos para que não haja esse consentimento. Mesmo assim, esse entendimento não é taxativo, porque o próprio sistema positivo dispõe que, em havendo lesão a direito, é sempre possível discuti-la. O banco não é obrigado a aceitar situação que lhe seja desfavorável, invocando, por exemplo, fato desconhecido na época da notificação ou mesmo a falta de notificação. O Judiciário pode considerar esses fatos como relevantes.

O art. 299 diz que, assumindo o terceiro a obrigação, ela é extinta em relação ao devedor primitivo, e o art. 300 estabelece extinção das garantias especiais por elle originalmente dadas ao credor, “salvo se houver assentimento expresso do devedor primitivo”. Sempre entendemos que, extinta a obrigação principal, extingue-se automaticamente a garantia. Hoje, ainda perdura a regra, mas a lei permite que a garantia possa permanecer vinculada à obrigação principal, mesmo que integrante do patrimônio do devedor originário e que restou excluído do contrato, desde que ocorra seu consentimento.

Há outro artigo muito interessante e diz respeito à alteração de conceito em relação ao princípio da autonomia da vontade. O art. 317 diz: “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor da prestação”. Não há qualquer dispositivo anterior nesse sentido, mas atribui ao Judiciário, quando provocado, o poder de, havendo motivos considerados como imprevisíveis, fixar valor da prestação diverso da convencionalizada pelas partes. E aqui caímos naquela discussão doutrinária: o que são motivos imprevisíveis?

Vocês estão cansados de ouvir sobre as conseqüências da extinção das bandas cambiais em 1999. Muitos disseram e ainda dizem que esse fato se enquadra como imprevisível. Mas num país como o Brasil, em que o governo não pode garantir o que é que vai acontecer no mês seguinte, são fatos imprevisíveis? Temos sérias dúvidas na sustentação do que seriam fatos imprevisíveis, tanto que muitos julgados respeitáveis e doutrinadores de renome dizem que a alta do dólar norte-americano no mercado cambial brasileiro é fato imprevisível. Esse é um tópico bastante interessante. Quando falamos que existe desproporção manifesta entre o benefício e o valor da prestação, evidentemente, poderia o juiz ajustar, ou para mais ou para menos, porque é uma via de mão dupla, isto é, a onerosidade atinge tanto o credor como o devedor. Lembrem-se daquelas situações em que os contratos, muito antigos, não previam qualquer atualização monetária. No início, os tribunais decidiram que, se não prevista a correção monetária, o credor haveria de suportar os efeitos da corrosão da moeda, recebendo tão-somente o valor histórico do crédito.

Depois passou-se àquele entendimento de que a atualização não é pena, significando mera recomposição do poder aquisitivo da moeda e que, por essa razão, a obrigação deve ser cumprida com correção monetária. Hoje, a mera recomposição monetária não satisfaz, mesmo porque vivemos num mundo de mercados oscilantes; o que é bom hoje, amanhã pode não ser. E assim por diante.

Então, se nos encontrarmos diante de uma situação em que haja aparentemente vantagem para uma parte e desvantagem para outra, o juiz é chamado para compor, para dar o equilíbrio necessário a essas situações.

Também, dentre os diversos enfoques novos no direito obrigacional, encontramos os juros legais. E aqui deparamos com verdadeira confusão. Vejam o art. 406, que vocês já cansaram de ler, de ouvir comentários, que diz: “quando os juros moratórios não forem convencionados ou o forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação de lei, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora dos pagamentos dos impostos devidos à Fazenda Nacional”. Vocês já ouviram toda a série de comentários. Aplica-se a taxa da Selic? Seria aquela taxa que consta do art. 161, § 1º, do CTN? Seria observada a limitação do art. 192, § 2º, da CF, que proíbe juros acima de 12% ao ano? Aqui encontramos obstáculos e fundamentos respeitáveis em todos os sentidos.

Invocamos aqui enunciado que foi adotado numa jornada de estudos coordenada pelo STJ: a taxa de juros moratórios, a que se refere o art. 406, é a do art. 161, § 1º, do CTN, ou seja, 1% ao mês. A utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura porque impede o prévio conhecimento, não é operacional porque seu uso será inviável sempre que se calculem somente juros ou somente correção monetária. É incompatível com a regra do art. 591 do novo CC, que permite apenas a capitalização anual dos juros. Trata-se de matéria polêmica e não encontraremos, em curto prazo, solução uniforme. Todos enfrentarão essa turbulência; os tribunais adotarão as mais diferentes interpretações e talvez caminhemos para o entendimento que foi aprovado no seminário realizado pelo STJ. Devido à participação de juristas renomados, dentre eles ministros daquela corte de Justiça, tudo leva a crer na opção de 1% ao mês, em decorrência de norma do Código Tributário

Nacional, muito embora os debates sejam travados em todos os campos em que há mora no cumprimento de obrigação de dar.

Também o art. 416, par. ún., do CC constitui novidade, mesmo porque sempre houve discussão na doutrina e na jurisprudência a respeito da cláusula penal. Quando fixada a cláusula penal compensatória, não aquela moratória, existe discussão sobre sua condição de prefixação das perdas e danos, invocando, para tanto, o exemplo citado por Sílvio Rodrigues no qual ele demonstra que, por vezes, a multa é infinitamente inferior ao montante dos prejuízos reais. Se dissermos que a cláusula penal compensatória é necessariamente a prefixação das perdas e danos, a conclusão é uma só, ou seja: o credor só pode reclamar o montante convencionado. O art. 416, par. ún., eliminou essa discussão doutrinária e jurisprudencial adotando posicionamento bastante interessante. Vejam bem a dicção legal: “Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”. Se fixarmos no contrato de financiamento cláusula penal compensatória, omitindo seu caráter absoluto ou relativo, não podemos exigir nada além do que foi estimado. Estabelecida possibilidade de o prejudicado reclamar indenização superior à multa convencionada, a segunda parte do parágrafo citado permite possibilidade de reclamá-la. Podemos estipular cláusula penal compensatória de 100 mil reais, mas nada impede que se consigne que se trata de uma fixação para um mínimo exigível. Então, se o prejuízo é de 200 mil reais, podemos, em juízo, reclamar esses mesmos 200 mil reais a título de perdas e danos, correspondendo os 100 mil reais como piso mínimo. As partes, de comum acordo, estipulam esse patamar. Nesse aspecto há avanço interessante do Código Civil em relação à cláusula penal.

Quanto às arras, elas foram consignadas em local adequado. As arras não se enquadram necessariamente na parte contratual, mas sim na parte obrigacional. Por essa razão, o novo Código, no Capítulo VI, inclui as arras no Livro I. O art. 419 aborda a existência de prejuízo maior do que a prevista para a normalidade dos casos e a solução a ser adotada: “A parte inocente pode pedir indenização suplementar, se provar maior prejuízo, valendo as arras como taxa mínima. Pode, também, a parte ino-

cente exigir a execução do contrato, com perdas e danos, valendo as arras como mínimo da indenização”. Aqui não houve maiores acréscimos, mas deixou bastante claro que as arras confirmatórias podem ser tidas como mínimo da indenização e as penitenciais seguem a mesma lógica como limite da indenização. Vejam, a propósito os arts. 417 a 420.

Outro ponto que nos interessa no capítulo das obrigações, evidentemente, é aquele que diz respeito ao seu cumprimento. Só que o Código ainda nomina o capítulo referente ao adimplemento e extinção das obrigações como sendo “Do Pagamento”, sendo inadequada a utilização da palavra pagamento. Pagamento pressupõe sempre uso de dinheiro e não de outras formas normais de extinção da obrigação, que pode ocorrer não pela entrega de moeda corrente nacional, mas por outros meios. Por isso se diz que o legislador perdeu a oportunidade de utilizar a expressão adequada. Em vez de pagamento, deveria ter dito adimplemento. Mas, de toda forma, não há dificuldade de compreensão, apenas questão terminológica.

E em relação a esses característicos do adimplemento, nós dizemos que existem inovações que não podemos esquecer. Existem princípios que são aplicáveis, como a pontualidade, a boa fé objetiva, a confiança, a autonomia da vontade, dentre outros. Em relação à autonomia da vontade, é preciso deixar claro que, hoje, estamos vivendo num mundo em que o social está prevalecendo sobre o individual, em que a intervenção estatal está cada vez mais flagrante, em que o juiz pode rever o contrato em determinadas situações e, nesse aspecto, dizemos que o Código de Defesa do Consumidor é a grande vertente que se iniciou nesse país para admitir nulidade de cláusulas abusivas e revisão do contrato para assegurar proteção satisfatória ao consumidor. O Código Civil continuou nessa mesma esteira e, nesse aspecto, o Prof. Miguel Reale diz que não é o Código Civil que se espelhou no Código de Defesa do Consumidor, afirmando que todos os princípios que estão na Lei 8.078, de 1990, já estavam presentes no projeto apresentado na década de 70, acrescentando que os idealizadores do Código de Defesa do Consumidor aproveitaram seus princípios básicos para lançá-los na Lei 8.078, de 1990. Diz ele que os princípios hoje consagrados em defesa do consumidor já estavam na essência do projeto renovador do Código Civil. De toda forma, a aplicação desses princípios no adimplemento e extinção das obrigações mostra-se interes-

sante. Quando se fala no princípio da pontualidade, não se refere ele apenas ao pagamento pontual, mas ao cumprimento da obrigação como um todo. Se vamos cumprir a obrigação, temos de fazê-lo de forma integral e satisfatória e não de forma incompleta ou defeituosa. Também o princípio da boa fé objetiva, que vai ser objeto de exposição pelo Dr. Melhim Chalhub, sobre o qual deixaremos de nos estender, insere-se no rol dos deveres secundários e devem existir em todo contrato: deveres de segurança, previdência, cuidado, informação, cooperação, proteção.

E, finalmente, uma outra mudança de concepção: falamos em teoria da confiança, porque na idéia original havia o devedor de um lado e o credor do outro, cada um com seus interesses, sem um veio de comunicação, sem um elo principal. Então, essa teoria da confiança, que o legislador agora impõe, é no sentido que as partes não estão necessariamente em posições antagônicas e devem cooperar. Então, a satisfação daquela obrigação interessa tanto para o devedor como para o credor. É com esse enfoque que temos de interpretar o cumprimento da obrigação. Vamos a um exemplo apenas para que vocês tenham idéia do que seriam esses princípios aplicáveis ao cumprimento da obrigação.

Podemos contratar com uma agência de publicidade a colocação de um painel para divulgar determinado seminário jurídico. Evidentemente, o prestador de serviços pode colocar o *outdoor* na rua, convocando os interessados. Mas qual o alcance desse princípio. A fixação de cláusula genérica permite à agência de publicidade que utilize de painel instalado no Jardim Ângela, onde não moram ou ao menos freqüentam os operadores do direito e que teriam interesse em participar de um evento dessa natureza. Então perguntaríamos: cumpriu ela a obrigação? Sim cumpriu. Ela colocou o painel num local visível, onde a população pode até passar com o carro e entender seu conteúdo. Só que ela não cumpriu com os princípios vinculados à obrigação, eis que a executou de uma forma insatisfatória, de uma forma defeituosa.

Por essas razões, não hesitamos em dizer que existe avanço inegável na aplicação desses princípios que devem ser invocados evidentemente com bom senso, razoabilidade e sem distorção, sob pena de retorno àquela situação de soluções insatisfatórias.

Um outro aspecto que nos aflige diz respeito ao inadimplemento. E quando se fala em obrigação não-cumprida, temos aquelas vertentes nor-

mais que a doutrina e os senhores estão cansados de falar, razão pela qual não vamos nos estender em demasia, até mesmo para que tenhamos tempo para outras abordagens.

Há inadimplemento absoluto, quando não existe possibilidade alguma de atendimento da obrigação ou, embora possível, não interessa mais ao credor. Há impossibilidade quando existem óbices invencíveis, como a força maior, o caso fortuito. Temos o inadimplemento relativo, quando mesmo não cumprida a obrigação, ela pode sê-lo porque interessa ao credor, ou seja, existe situação de mora, de mero retardamento temporal, e a impossibilidade temporária, a conduta do devedor que se enquadra como ilícita, mas que é tolerada pelo credor.

Aqui, o que nos interessa é a nova figura de que falamos logo no início da exposição: a violação positiva do contrato ou violação positiva do crédito. Nesse aspecto é que dizemos que existe uma evolução do direito no sentido de que precisamos fazer com que as partes, no cumprimento da obrigação, atendam não só os deveres principais, mas aqueles acessórios a todas as situações. A doutrina oferece exemplos como aquele do Prof. Gustavo Tependino, citando caso de um fornecedor regular de rações para um determinado produtor de aves. Existe apreciação do cumprimento periódico da obrigação de dar e não de defeitos existentes em determinada remessa. No momento em que ele entrega uma partida de ração com problemas que causam danos às aves, como a dosagem equivocada dos componentes ou a inclusão de elemento nocivos, temos a violação positiva do contrato.

Só para terminarmos a parte obrigacional, podemos analisar o art. 389, que assim dispõe: “Não cumprida a obrigação, responde o devedor pelas perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

A inclusão dos honorários de advogados tem gerado discussão na doutrina e, possivelmente, vai se estender na jurisprudência, da forma como vai se interpretar essa possibilidade que o legislador fixou. Seriam os honorários contratuais? Contratamos um advogado para obter ressarcimento e gastamos X reais. Entramos, então, com ação e o juiz nos dá ganho de causa, condenando o vencido ao pagamento das verbas de sucumbência. Podemos exigir os honorários convencionais?

A interpretação dada pela doutrina caminha para uma resposta negativa, dizendo que os honorários a que se referem o art. 389 dizem respeito apenas àqueles arbitrados judicialmente, sem considerar que não há como impor honorários de advogado contratados e que se mostram desiguais e não submetidos a uma tabela, mas aos valores de mercado. Há uma realidade que não podemos ignorar. Alguém como o Dr. Fleury, aqui presente, que tem condições econômicas, pode contratar advogado de renome, considerado como sendo de primeira linha, um dos *tops* de São Paulo. Mas se fôssemos nós, simplesmente iríamos contratar de preferência um advogado amigo, porque os honorários são também de amigo. Então, se ambos estamos numa mesma situação, porque compramos bens iguais, do mesmo fornecedor, e que não são entregues, podemos reclamar perdas e danos pelo não-cumprimento da obrigação. O advogado dele cobrou 50 mil reais e o nosso, mil reais. São situações que precisam ser ponderadas e, por isso, nós sempre chegamos a um entendimento no sentido de que, quando se fala em honorários, seriam apenas aqueles arbitrados judicialmente, embora seja redundância, porque o vencido sempre vai pagar os honorários em função do art. 20 e seus parágrafos do CPC.

Mudando de tema, a responsabilidade civil talvez suscite maiores e acaloradas discussões. Não pretendemos esgotar a matéria, mas apenas destacar alguns pontos que podem resultar em debates bastante interessantes. Não podemos nunca esquecer que, quando falamos em tema de responsabilidade civil, estamos limitados àquilo que está colocado. O sistema jurídico é feito em função das pessoas, do seu projeto de vida. Então, o enfoque do Código Civil não deve se limitar ao patrimônio, à coisa, mas principalmente aos direitos de personalidade. E vamos verificar isso quando estudarmos a parte referente aos danos morais.

Então, aqui no Código de 2002, verificamos avanço substancial, na medida em que não estamos mais preocupados apenas com a situação do patrimônio, mas com pessoas. É sob esse ângulo que se deve hoje analisar a responsabilidade civil, muito embora não se possa ignorar sua evolução histórica, não de forma pormenorizada, sob pena de vocês interromperem a exposição e nos mandarem embora. Partimos da responsabilidade por que o devedor respondia com o próprio corpo para, depois, passar para a responsabilidade patrimonial. Não era mais a pes-

soa, mas seu patrimônio. E o Código de 1916 surgiu sob a influência do Código francês, em que a responsabilidade era basicamente subjetiva, a responsabilidade por danos materiais.

A partir daí deu-se início a processo evolutivo como seqüência até mesmo do Dec. 2.681, de 1912, que cuidou da responsabilidade das estradas de ferro, que passou posteriormente a ser aplicado para todas as transportadoras de bens e pessoas. Estabeleceu uma idéia inicial de presunção de culpa e depois passou para a responsabilidade objetiva.

O direito caminha com a evolução da sociedade e hoje encontramos danos que integram o patrimônio coletivo, daí a existência das ações civis públicas, movidas contra o Ministério Público em função dos danos ecológicos, danos históricos e assim por diante. São evoluções que não podemos esquecer.

Com o Código de 2002 dá-se início a uma nova etapa da responsabilidade civil. Não estamos mais vivenciando a época em que os instrumentos jurídicos eram extremamente imprecisos e as situações solucionadas pela jurisprudência. Nesse aspecto da responsabilidade civil, o que verificamos é que o legislador procurou inserir na norma os avanços que a jurisprudência determinou. É nesse ponto que vamos estabelecer debates, inclusive estudos de alguns dispositivos bastante polêmicos, que dizem respeito à responsabilidade civil como um todo.

Dizemos que a responsabilidade civil é prevista também no Código de Defesa do Consumidor. Existem conflitos? Aparentemente existem conflitos, mas nós não podemos esquecer que existem regras decorrentes de leis especiais e de leis gerais. O Código Civil é lei geral e o Código de Defesa do Consumidor é lei especial. Então, no conflito, havendo relação de consumo, ainda se aplica o Código de Defesa do Consumidor e não o Código Civil.

Quando se fala em responsabilidade civil, existe sempre a idéia de responsabilidade subjetiva, exigindo a demonstração de todos os seus elementos, com a autoria, nexo causal, a existência de prejuízo e a culpa, qualquer que seja o seu grau. Não existe, porém, indenização sem que tenha ao menos a idéia de dano. O art. 944 fornece a primeira pista dos danos, embora no sentido óbvio: a indenização mede-se pela extensão do dano. Não existe responsabilidade aparentemente sem dano. Mas

o parágrafo único é bastante interessante: “Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”. Não é mais regra que a indenização deve corresponder necessariamente ao montante dos danos. Quando falamos em danos patrimoniais, é muito mais fácil do que falar em danos morais. Mas se temos o veículo lesado e meu prejuízo é de mil reais, evidentemente o meu dano é da extensão de mil reais. Mas o legislador estabelece uma ressalva, dizendo que, pelo grau de culpa, o juiz pode entender excessiva aquela indenização e reduzi-la de forma eqüitativa. E aqui o que verificamos é que o legislador ressuscitou toda aquela discussão entre graus de culpa. Culpa grave, culpa leve e culpa levíssima. Então, no que se aplicaria isso? Não à culpa grave e nem à leve. Mas referir-se-ia às culpas levíssimas, aquelas que são perceptíveis apenas pelas pessoas especialistas. Então, não se pode exigir de um homem médio, um homem comum, sem conhecimentos específicos sobre todas as áreas da vida em sociedade. Mesmo nessas situações, o juiz pode reduzir ou aumentar a indenização de uma forma eqüitativa.

Aqui tem uma nova figura que vem surgindo na vida prática, ou seja, a perda de chance. Vamos encontrar essa situação de uma forma palpável, por exemplo, em relação aos operadores do direito. O advogado que deixa de contestar no prazo legal, provocando imposição dos efeitos da revelia; o advogado que deixa de recorrer, ou o faz fora do prazo legal; que recorre, mas não efetua o preparo, por isso o recurso não é conhecido. Essas matérias, até há pouco, não geravam responsabilidade, mas hoje existe esse segmento que estabelece ao menos na análise das probabilidades, dizendo: existem argumentos sérios que poderiam levar o julgador a decidir de uma forma diferente daquela que foi adotada. Sem que se demonstre a razoabilidade, não se pode levar a responsabilidade às últimas conseqüências, sob pena de incorrer em riscos insanos. De toda forma, nas situações razoáveis, nós teríamos o quê? A perda da chance.

Outro exemplo que a doutrina menciona é no sentido de que podemos imputar responsabilidade à prefeitura, ao poder público, por exemplo, se vamos prestar exames de vestibular confiando no sistema do transporte coletivo e naquele dia o ônibus não passa no horário previsto e por isso perdemos a oportunidade, sofrendo prejuízo; podemos, em tese, dizer: se

vamos passar ou não é outra história, mas há a aferição do que nós chamamos de perda de oportunidade ou perda de chance. São situações novas que vamos enfrentar daqui para frente em função dessas situações que a vida moderna faz em relação às pessoas.

Também o dano reflexo é criação doutrinária e que a jurisprudência vem admitindo no sentido de que podemos provocar lesão a direito de terceiro por fato de terceiro. Vocês imaginem, por exemplo, um acidente de veículo, na Rodovia dos Imigrantes, em que são freqüentes as paralisações, quando vários carros param e o último veículo colide com violência na traseira do que lhe anteceda e gera repercussão de batidas em série, uma espécie de efeito dominó. Então dizemos: qual seria esse dano reflexo? Simplesmente não acionaríamos o dono do carro que estava imediatamente atrás do nosso, mas aquele primeiro que causou o acidente, que é o verdadeiro responsável. Então é o dano reflexo que o novo Código estabelece de uma forma bastante interessante.

Vamos encontrar essa solução, embora de uma forma um pouco diferente, quando o art. 456 fala de evicção. “Para poder exercitar o direito que da evicção lhe resulta, o adquirente notificará do litígio o alienante imediato, ou qualquer dos anteriores, quando e como lhe determinarem as leis do processo.” É caso de denúncia da lide. Por exemplo, se o banco é acionado porque vendeu imóvel retomado por terceiro, ele denuncia à lide aquele que lhe vendeu o imóvel com problemas. Há uma espécie de sucessão, de corrente filiatória, e que, até há pouco, era necessariamente observado. Hoje, porém, podemos identificar o verdadeiro responsável e dizer: vamos denunciar diretamente aquela pessoa, independentemente de sua posição na sucessão filiatória constante da matrícula do registro de imóveis. Embora não se refira necessariamente à existência de vínculo direto e imediato, há norma que vai interessar bastante aos senhores no exercício diário da profissão. Não vamos mais denunciar o antecessor imediato se temos condições de identificar o verdadeiro responsável, isto é, vamos acioná-lo de forma a que nos assegure o direito que a própria lei processual faz mediante o instituto da denúncia.

Os juros simples e juros compostos também são matérias que existiam no Código Civil anterior e no qual se dizia: se houver condenação decorrente de delito, o devedor é responsável por juros compostos. Como

está no novo Código Civil? Não há repetição da redação do texto anterior e, simplesmente em função da discussão que surgiu na doutrina sobre a necessidade ou não de sentença final condenatória, o art. 398 do CC nada dispôs, afirmando que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou”. Havia divergência sobre a palavra “delito” e o STJ, mediante súmula, eliminou a divergência, dizendo que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual. O novo Código substituiu a expressão “delito” por “ato ilícito”. Os juros compostos são juros capitalizados, mas a polêmica antes instaurada sobre sua aplicação, ou seja, a existência ou não de sentença pela condenatória definitiva restou superada porque a regra não é repetida.

Há, de outro lado, ampliação dos casos de responsabilidade sem culpa, muito embora a responsabilidade subjetiva continue sendo a grande vertente da matéria. Observa-se evolução na definição constante do art. 159 do CC de 1916, dispondo que “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”. Hoje, o art. 186 define que “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, isto é, aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Houve um aperfeiçoamento e não mais se fala em reparação do prejuízo; simplesmente se diz: pratica ato ilícito. Por quê? Porque encontramos situações em que existe o ato ilícito, mas pode não existir prejuízo, causando, isso sim, outras conseqüências jurídicas relevantes. Então é como nos basearmos apenas na consideração de dano moral, como alguém embriagado que dirige um carro e colide contra um muro. Ele praticou ato ilícito, mas, se não causou qualquer prejuízo àquela propriedade particular, não existe o dano, aparentemente. Nesse aspecto é que o legislador optou por excluir a expressão “reparação de danos”. E também existe aqui uma evolução. Quando se fala, no artigo anterior, violar direito ou causar prejuízo a outrem, no sentido optativo. Agora, no sentido aditivo: violar direito e causar dano a outrem, encontramos uma alteração bastante interessante. Só que o nosso legislador não optou por situações que existem em outras legislações dizendo que ato ilícito é aquele

que ofende todo interesse juridicamente tutelado. Essa seria uma interpretação ampla. Mas nós diríamos: interessa ao nosso sistema uma ampliação dessa forma? Bom, diríamos, basta apenas exemplificar para dizer se interessa ou não interessa.

Existe uma regra básica de que não se deve buzinar em locais próximos a hospitais e escolas. Se nós perguntarmos: existe ofensa a bem juridicamente tutelado? Existe. Mas, geraria direito a indenização a particular? Não. Da mesma forma, existe nos parques públicos a proibição de andar ou pisar nos gramados. Na medida em que alguém contraria aquele regulamento, existe ofensa a um bem tutelado, o que não geraria direito a indenização. Então, para que não leve a exageros, é preferível que se mantenha essa interpretação.

O art. 187 fala sobre abuso: “também comete ato ilícito o titular de direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico social, pela boa fé ou pelos bons costumes”. Não existe a culpa, mas apenas o excesso aos limites.

Vejam bem, dá um destaque ao fim econômico ou social, boa fé ou bons costumes. Toda vez que diz em relação a instituições, o art. 170 da CF regulamenta a ordem econômica, estabelece princípios. No momento em que estabelecemos uma ofensa ao princípio da livre concorrência, estaríamos frente a uma situação de abuso de direito. Então, o art. 184 é bastante interessante. Mas, quando falamos em responsabilidade subjetiva, nesse apinhado bastante rápido para que a gente tenha tempo de dar maior abrangência ao tema, o art. 927 é a base da responsabilidade civil: “aquele que por ato ilícito causar dano a outrem é obrigado a repará-lo”. Mas o que tem suscitado bastante controvérsia é o que diz o parágrafo único do art. 927: “haverá obrigação de reparar dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem”. Se fizermos uma leitura atenta desse parágrafo único, em princípio, estaríamos frente a uma situação de responsabilidade objetiva e tudo aquilo que possa causar dano gera para seu autor sua responsabilidade. Mas há algumas considerações que devem ser feitas e que são interessantes. Quando o parágrafo único diz obrigação objetiva decorrente de lei, não há qualquer discussão, mas, quando se refere a “atividade normalmente desenvolvida

pelo autor”, é preciso que aquela atividade não seja exceção, seja a regra da atividade da pessoa responsável pelos danos.

Houve um processo que tramitou no 2º TACivSP que dizia respeito à responsabilidade civil decorrente de morte de empregado em serviço. Era uma empresa dedicada a desentupimentos de esgotos e canos e assim por diante. As operações corriqueiras eram executadas com uso de aparelho próprio que desentupia encanamentos sem maiores problemas, até que surgiu um serviço que era anormal. Simplesmente um cano que ficava a quatro metros de profundidade de um grande clube e que ia despejar num tanque e que estava entupido. O funcionário morreu nessa operação. Demonstrou-se que esse empregado foi imprudente, porque se pôs a operar em local de ar poluído e rarefeito sem as cautelas necessárias, desprezando as máscaras e os equipamentos fornecidos pela empresa. Foi ele quem se colocou em situação de perigo de uma forma voluntária. Mas, se nós disséssemos: a responsabilidade é objetiva. Qual a solução? Simplesmente responderíamos: ele não estava numa atividade normal, é uma atividade excepcional; ele saiu daquele serviço do dia-a-dia para uma operação extraordinária. Então, não se enquadraria, necessariamente, nesse parágrafo único do art. 927.

Por certo não se pode radicalizar. Toda atividade de risco implica probabilidade de danos. As empresas de construção, por exemplo, desempenham atividades de risco palpável. Quando o pedreiro fica naqueles andares altos precisa de equipamentos de segurança, tanto assim que existem normas de segurança do trabalho que exigem a colocação de dispositivos que evitem a queda e acidentes de toda a forma. Mesmo com essas cautelas, o número de acidentes é extremamente grande. Responde o construtor de forma inexorável, obrigatória, por todas as lesões causadas aos empregados?

Da mesma forma, existe a discussão da responsabilidade das instituições bancárias e financeiras em relação aos seus funcionários que trabalham com terminais de computadores, estando sujeitos a ter incapacidade parcial ou temporária em função da movimentação do membro superior (mãos, punho, braço, ombro), lesionado pela LER. Toda vez que alguém sofrer uma lesão decorrente desse processo infeccioso que causa a incapacidade, a instituição bancária seria responsável pelos danos?

O mesmo se diga em relação a uma indústria automobilística ou metalúrgica, em que os ruídos são elevados, e por mais que os empregados utilizem protetores auriculares, por mais que se tente diminuir os ruídos no ambiente laboral, ainda assim o ser humano é suscetível às vibrações que se propagam de diversas formas, invadindo o corpo não apenas pelo conduto auricular, mas por outras partes. Os médicos dizem que o ruído penetra pelo organismo até mesmo através dos pés, ou seja, o som poluído é maléfico em qualquer das situações. Ora, se não existem equipamentos que possam eliminar as conseqüências danosas, mas apenas para minorá-las, a radicalização implicaria a adoção do que a doutrina chama de risco integral. Paga-se independente de qualquer outra consideração. Não é esse o sentido que se deve dar ao texto legal, embora o artigo não dê muitos subsídios ao operador do direito. Para tanto, há de se socorrer das legislações estrangeiras e o próprio direito italiano, por exemplo, diz: “a responsabilidade daquele que pratica uma atividade que exhibe risco, só vai responder se não tomou as cautelas necessárias”. Então, existem todos os meios colocados à disposição para que aqueles danos não surjam ou pelo menos não agravem os males que possam gerar às pessoas.

É nesse sentido que dizemos que a interpretação deve ser razoável, sensata, e não pode vulnerar o direito de uma forma tão profunda a ponto de criar situações desiguais, iníquas. Muitas vezes as pessoas se colocam voluntariamente em situação de perigo. Um operário de uma construção civil, embora vá cuidar da parte de reboco, dá parte externa, ao invés de usar aquilo que os engenheiros chamam de cordeiro, aquelas amarras que permitem que ele tenha sustentação em dois pontos de segurança, ou seja, se houver queda acidental ele tem outro dispositivo de segurança. Mas, o que encontramos na vida prática? Simplesmente alguns artistas se colocam voluntariamente em situação de perigo. Eles falam: não precisamos desse dispositivo, isso nos atrapalha. Eles vão fazer aquele serviço sem qualquer cabo de aço, sem nada. Simplesmente acabam caindo. E aí? Se partirmos para a responsabilidade objetiva, o empregador vai responder sempre, independente da culpa, dizendo, ainda, que não exerceu o dever de vigilância. Mas a vigilância tem um limite e não pode exceder o razoável a ponto de exigir um fiscal para cada funcionário.

Existem situações excludentes, mas não vamos abordar os casos de força maior e caso fortuito e sim a cláusula de não indenizar, o que é muito comum nos contratos das grandes empresas, inclusive das instituições financeiras. Vale ou não vale a cláusula de não indenizar? O Código não solucionou essa problemática e, se formos buscar solução na jurisprudência do STJ, vamos encontrar três posicionamentos: alguns ministros entendem que a cláusula de não indenizar é abusiva e não vale. Outros dizem que é perfeitamente válida, desde que estipulada de uma forma consensual, de negociação, não mediante o contrato de adesão, mas de negociação entre as partes. E uma terceira corrente afirma que ela vale se houver a fixação de pelo menos algo razoável como compensação. O que extraímos de mais importante do Código Civil é que a lei não proíbe a cláusula de não indenizar, mas exige cautelas, principalmente a bilateralidade. Se entregarmos um contrato impresso ou que está na memória do computador, simplesmente imprimimos e falamos: vocês assinam aqui. Essa cláusula evidentemente não tem a consistência que a jurisprudência vem exigindo. É preciso que haja pelo menos a fase das tratativas e da concretização do negócio.

A cláusula de limitação da responsabilidade também encontra bastantes obstáculos na nossa jurisprudência. Não temos posicionamento pacífico e prevalece o mesmo entendimento da cláusula de não indenizar. E aqui sim é que existe um posicionamento do Min. Nilson Naves, atual presidente do STJ, dizendo que a limitação é válida, mas se o valor fixado como máximo for aviltante, aquela cláusula não vale.

Há, ainda, considerações interessantes que dizem respeito ao dano moral. Estamos cansados de dizer que a Constituição de 1988 introduziu a concepção de dano moral indenizável, o que hoje está abarrotando os tribunais, causando problemas constantes aos advogados quando defendem aqueles que são acusados de causar danos morais. Temos a impressão de que as instituições financeiras são as grandes acionadas como responsáveis por danos morais. O que temos de conscientizar é que nós não podemos falar de dano moral como algo etéreo, algo muito vago, como se tem interpretado hoje. Quando se fala em dor, como, por exemplo, dizemos que sentimos dor pela morte de fulano, de beltrano... Então, quando falamos que sentimos muito, que estamos tristes... Como é que vamos

tirar essa tristeza? Essa tristeza é sincera, não é sincera? Não tem o juiz nem o advogado, condições de penetrar no íntimo das pessoas e saber da sua sinceridade. Como vamos avaliar a existência ou não da dor? Não podemos atribuir essas características do dano moral apenas nessa conceituação tão genérica, tão imprecisa, tão vulgar. O que precisamos é que o dano moral seja sistematizado de forma a que possamos nos apegar dentro do sistema positivo. E hoje, com o novo Código, temos algo em que podemos nos socorrer com bastante firmeza.

Quando falamos, logo no começo, que o sistema deve privilegiar a pessoa, vamos encontrar a justificativa do dano moral. Porque não é aquele dano que tem valor econômico, não pode ser aferido em X ou Y, mas ele pode ter alguma estimativa como uma retribuição. E nesse ponto, dizemos: bom, como é que vamos estabelecer os parâmetros? Em que segmento o legislador estabeleceu regras básicas? E aqui vamos nos socorrer no Capítulo 2 da Parte Geral, mais especificamente dos Direitos da Personalidade. Elencam-se, de uma forma geral, os direitos que são inerentes a todo o ser humano: direito ao nome, direito a não ser constrangido a submeter-se a operação cirúrgica sem autorização, a não ter o seu nome difamado, injuriado em publicações ou representações, e assim por diante. São situações objetivas que o legislador coloca como de dano moral. Se não estipularmos dessa forma, há risco de estender em demasia o que entendemos por dano moral. Vejam bem, no nosso caso pessoal que fazemos parte do Poder Judiciário. Como juiz, nos sentimos profundamente atingidos em nossa moral pelo assassinato do Juiz de Presidente Prudente, executado pelo crime organizado. Então, como vítimas, nos sentimos lesados por uma situação como a descrita, fazendo jus a reclamar danos morais. Podemos, ainda, invocar exemplo de líder religioso americano e que se transformou em verdadeiro herói mundial. Podemos dizer que o assassinato Martin Luther King, nos Estados Unidos, que foi um símbolo na luta contra a discriminação racial, provocou em todos nós profundo abalo emocional, gerando direito de reclamar danos morais porque também nos sentimos vítimas.

Da mesma forma, se ampliarmos a responsabilidade ao relacionamento familiar e pessoal. A morte de um operário da construção civil afeta os sentimentos dos pais, filhos, tios, primos, sobrinhos, amigos que com ele

conviviam e todos invocam condição de vítimas de danos morais e com direito de exigir indenização correspondente. Não podemos chegar a conviver com um sistema tão impreciso e tão incorreto. Por essa razão é que se diz que o dano moral vive em função do direito positivo. Não é o juiz, não é o operador de direito que vai dizer que esse é um caso de dano moral ou que ele não é caso de dano moral. Não podemos viver com tanta imprecisão e com tanto subjetivismo. Então, qual a solução que se impõe? A solução é a de justamente extrair uma conclusão, mas em cima dos direitos da personalidade. E quando falamos de direito de personalidade, evidentemente que não tem caráter exaustivo de dizer que são apenas aquelas situações previstas no Código Civil. Temos inúmeros direitos de personalidade que estão na Constituição Federal e outros direitos de personalidade que virão com a evolução da sociedade. Por isso é que nós dizemos que as situações são justamente aquelas que o legislador estabelece, não as que as partes ou os profissionais de direito querem.

Por fim, em relação à responsabilidade civil, resta abordagem do montante dos danos morais. Não existem limites máximo ou mínimo, mas apenas referências. Muitos dizem que o limite maior é aquele do Código das Telecomunicações ou da Lei de Imprensa. Eles, contudo, são meras referências, e o que deve imperar é a razoabilidade. Temos conhecimento de condenações em valores astronômicos, como aquela imposta a uma instituição bancária pelo Tribunal do Maranhão, e outras em valores irrisórios. Isso decorre da evolução da sociedade, é o juízo jurisprudencial, é o julgador que vai aferir em função das circunstâncias de cada caso, nas considerações daquele caso concreto, das condições pessoais da vítima e do ofensor. Não adianta condenar as Organizações Roberto Marinho a pagar dez reais de indenização moral ou impor obrigação de pagar 50 milhões de reais a um operário que ganha um salário mínimo por mês. Nem deve haver propósito de enriquecer indevidamente um cidadão e o que impera é a existência de equilíbrio.

A responsabilidade objetiva é uma tendência cada vez mais visível, com a conseqüente ampliação dos casos de responsabilidade objetiva. Isso é inevitável. A sociedade faz com que aquelas situações de impasse sejam solucionadas com a responsabilidade objetiva. Vocês já experimentaram a interpretação do Código de Defesa do Consumidor e agora o Código

Civil estabelece novos rumos. Mas, o Judiciário vai ser o grande condutor e os operadores de direito vão ser os colaboradores mediante os quais vamos extrair as conceituações necessárias. E quanto ao risco, evidentemente, existe a teoria do risco-proveito. O risco é aferido em função do proveito econômico extraído. Então, hoje, as instituições bancárias estariam na berlinda, porque são elas que mais lucros vêm apresentando dentre os vários segmentos econômicos. Se elas colocam em risco determinados bens jurídicos e têm um lucro maior, elas respondem em maior quantidade. Mas também representa conceito impreciso, de difícil aferição, até mesmo pela existência de mercado oscilante. O risco criado sim é o que a teoria e a doutrina têm admitido como aceitável, afirmando que aqueles que trabalham em situações de perigo, como as empresas de transporte, de geração e fornecimento de energia elétrica, energia atômica, aqueles que operam com atividades que são potencialmente perigosas, necessariamente têm de responder pelo risco criado.

O risco integral não é aplicado pelo direito brasileiro, mas na prática o que se verifica é que a vida moderna tem caminhado para a securitização de tudo quanto gera responsabilidade. Será que estamos caminhando também para o mercado de seguro amplo e total? O Código estabelece algumas situações e fala de seguro de responsabilidade civil em caráter obrigatório. O único que temos ainda na área privada é o seguro de responsabilidade pessoal por danos causados em acidentes com uso de veículos automotores e na área previdenciária, os acidentes de trabalho. Mas não podemos caminhar, necessariamente, para esse setor de securitização. Por quê? Porque temos de aproveitar a experiência de outros países.

Houve avanço do seguro em todos os setores, mas as pessoas simplesmente afrouxaram suas cautelas. Veja a mentalidade que o mercado de seguro facultativo de veículos vem experimentando com bastante intensidade. Se o carro está segurado, podemos praticar riscos desnecessários porque, se houver danos materiais, a seguradora os ressarcirá. Hoje, essas situações vêm sendo enfrentadas pelas seguradoras, negando o pagamento da indenização porque as pessoas se colocaram desnecessariamente em situação de risco. Quando o dono do veículo participa de um racha em uma avenida e o veículo é lesado, a seguradora simplesmente diz: isso é uma atividade anormal, eu não pago. Então, o que ocorre na

prática? É que deve ocorrer uma corrida para a securitização, mas sem esquecer que a culpa é muito importante. Então, o caminho que estamos seguindo é no sentido de que o seguro seja mesclado também com um pouco de responsabilidade ao causador do dano, com uma culpa subjetiva. Talvez seja uma solução que se pensa, porque a doutrina francesa chega a uma conclusão, no sentido de que, por mais que se procure excluir a culpa, ela volta de alguma forma. Não podemos nunca eliminar a culpa, ela é sempre essencial na existência de qualquer negócio jurídico.

Já passamos do tempo previsto e teríamos mais outros temas, mas basicamente foram expostos os que nos interessava dizer. Recebemos algumas questões do Dr. Melhim, formuladas por alguns participantes do seminário, exibindo pontos interessantíssimos, embora não necessariamente das matérias expostas.

A primeira pergunta faz indagação sobre riscos de empreendedor, mas como a matéria será exposta pelo próximo palestrante, o Dr. Everaldo, relego-a para o próximo módulo.

Outras questões dizem respeito à prescrição e, embora não se refiram necessariamente ao nosso temário, revelam-se de suma importância, razão pela qual tomamos a liberdade de tomar mais um pouco do seu precioso tempo. Eis aqui as questões: o prazo de prescrição das dívidas hipotecárias é de 5 anos? O prazo de validade da hipoteca é de 20 anos? Isso significa que se contaria a prescrição a partir do vencimento desse prazo, de modo que a prescrição do crédito hipotecário de 20 anos ocorreria em regra em 25 anos, a contar da celebração do contrato? Verificada a prescrição, que meio teria o credor para obter a satisfação do crédito? Outra: conta-se o prazo a partir do vencimento de cada prestação, prescrevendo o direito de cobrar cada um seu prazo final da hipoteca, considerando que a obrigação é una? O seguro é contratado juntamente com o contrato de financiamento; nesse caso a prescrição do prêmio de seguro é diferente, embora esteja no contexto do financiamento?

O que nós verificamos no novo Código é que houve avanços e retrocessos e precisamos ficar bastante atentos, sob pena de incorrer em dissonâncias, principalmente em função do instituto da prescrição. Sempre entendemos a prescrição como a perda do direito de ação. Veja bem o que diz o art. 189: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a

qual se extingue pela prescrição nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206”. Aqui temos uma correção técnica: não se fala mais prescrição da ação, mas prescrição da pretensão. Por quê? Porque podemos, mesmo prescrito, entrar com a ação e a outra parte pode aceitar e pagar. E aí, qual o direito? A prescrição só é reconhecida se for alegada; se eu não alegar, simplesmente vamos lá e cumprimos a obrigação e morre o assunto. Então o que diz o art. 189? Morre a pretensão. Então aqui houve uma correção.

Outro aspecto que nos interessa é em relação à interrupção da prescrição. E aqui nós precisamos tomar um cuidado imenso e atenção redobrada. O art. 202, vejam bem, diz que a interrupção da prescrição somente pode ocorrer uma única vez. Não podemos mais interromper a prescrição no processo de conhecimento, no processo de execução ou no processo cautelar. Não temos várias interrupções da prescrição. O código limitou; só é possível apenas uma única interrupção. Então, para vocês defenderem os direitos de um cliente, e se vocês tiverem o fenômeno da prescrição, a lei é expressa: só uma vez é que se faz a interrupção da prescrição. Isso vai causar problemas muito sérios em relação aos processos. Mas também existem alterações e os processualistas dizem que é um retrocesso. Vejam bem o item I do art. 202: “interrompe-se a prescrição por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual”. Aqui vamos cair naquela velha discussão. Pela regra processual, toda vez que o juiz despachava, ordenando a citação, havia a interrupção prescricional, ainda que por juiz incompetente, mas os efeitos retroagiam a quê? À data do ajuizamento da ação. Esse era o raciocínio. A nova redação não dá esse entendimento. Simplesmente diz que a interrupção da prescrição ocorre pelo despacho do juiz. E tem que ser cumprido no prazo legal, salvo aquelas situações de obstáculo judicial. Então, nessas hipóteses nós temos realmente uma situação de interrupção. Aqui os processualistas entendem que há um retrocesso bastante acentuado.

Outro aspecto que entendemos como uma inovação: o protesto cambial foi inserido como uma espécie de interrupção da prescrição. Se o credor protestar um título cambial, ele vai realmente agir de forma pronta se for necessário, mas o que nós temos? Se interrompeu a prescrição uma

vez, você conta lá do protesto cambial e não mais da ordem de citação. Então a verificação de prazos pode ser alterada.

Outra alteração interessante no capítulo prescricional é que nas ações pessoais havia aquele prazo de 20 anos e o legislador, no art. 205, reduziu em 10 anos. Ocorre a prescrição em 10 anos quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Então nesse ponto é que nós verificamos que aquela prescrição vintenária era muito extensa. E o que nós verificamos hoje na prática? Discussões de fatos ocorridos 17 ou 18 anos atrás e colocados em discussão porque não houve a prescrição vintenária. Então fica aquela situação absurda de o Judiciário ainda regulamentar ou declarar impossibilidade de rever aquela situação existente há tanto tempo. Mas o que interessa em relação ao prazo prescricional diz respeito às dívidas hipotecárias que mencionamos. O § 5º do art. 206 diz: em cinco anos, há prescrição da pretensão da cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular. Essas dívidas hipotecárias, evidentemente, submetem-se a prescrição quinquenal. Mas se dissermos que a preempção da hipoteca ocorre em 20 anos, perguntaríamos: bom, poderíamos somar mais cinco anos, seriam 25 anos, como foi feita a pergunta? A resposta é negativa, pois estão frente a figuras totalmente diferentes. Preempção significa perda de eficácia daquela garantia e não referente ao direito, à pretensão, de executar aquela dívida. Então, o prazo prescricional de cinco anos é contado, evidentemente, de cada prestação.

Quanto à consideração dos juros, aqui vamos entrar num terreno tormentoso, que a própria jurisprudência oscila muito. Não sei se vocês se lembram daquele bloqueio do Plano Collor, ou mesmo do Plano Verão, em relação às cadernetas de poupança, em que se reclamou pagamento das diferenças. Os bancos sustentaram que os juros e a correção estariam prescritos. Mas os tribunais entenderam que essas verbas não se enquadravam como juros, mas situações de direito pessoal, caindo naquela regra geral dos 20 anos. Agora, essa discussão vai ser renovada, com o prazo prescricional. Mas, o que se tem é que os juros que deveriam ser pagos e não foram pagos inserem-se na regra da prescrição quinquenal. Mas em relação àqueles juros que foram pagos de uma forma incompleta em função da regra vigente, cairíamos novamente nessa discussão geral. Então dizemos: em relação às prestações, se o crédito hipotecário vai ser pago

mês a mês, a prescrição é de cada vencimento, prescrição quinquenal. Bom, perde a instituição financeira direito de executar depois que passou cinco anos? Sim, perde para utilizar-se de uma forma de cobrança daquela dívida, mas cai naquela regra geral que ainda existe. Qual a regra que existe hoje? Nós não podemos permitir enriquecimento sem causa. Então, prevalece a regra que abomina o enriquecimento sem causa. Então, promove-se uma ação, um processo de conhecimento, não um processo de execução, em que se pede a condenação porque a parte se enriqueceu à custa do mutuante. Isso ainda é possível e o prazo prescricional seria de dez anos.

Finalmente, em relação ao prazo prescricional, nós diríamos: bom, e as situações pendentes, como vamos regulamentar esses problemas? Evidentemente as regras estão nas disposições finais, dizendo que os prazos que foram reduzidos pelo código, se concretizada situação jurídica na lei anterior, prevalecem os lapsos temporais do Código anterior, mas desde que superado mais da metade desse prazo. Se não superado, observa-se o prazo novo ou simplesmente adota-se aquilo que for mais favorável às partes que invocam, porque nós vamos encontrar disparidades em função dos prazos que o Código de 1916 estabelecia e o atual fixou.

Mas de uma forma geral, embora eu tenha impressão de que frustramos a expectativa dos senhores, porque muita coisa poderia se dizer e não foi abordada no aspecto do financiamento imobiliário, mas são dos aspectos gerais que eu entendi bastante interessantes, porque nós não podemos solucionar os casos específicos sem conhecimento do geral.

Como conclusão, diríamos que, nessa parte, embora tenha ressalvas, houve evolução do novo Código Civil no aspecto obrigacional e por isso não devemos criticá-lo com tanta veemência. É uma realidade presente; ele está em vigor e precisamos nos conformar e dar a ele a interpretação adequada. Mas, como sempre dizemos, estamos frente a novidades. E em relação ao novo, por mais que o estudioso se aprofunde, não vai chegar a conclusões absolutas e seguras, limitadas ao campo de opiniões ou, quando muito, convicções. As opiniões podem ser modificadas ao longo do tempo, desde que convencidos de opiniões adversas. Mas agradecemos a atenção de todos, muito obrigado e vamos para debates, se assim houve interesse.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Quero registrar nossos agradecimentos pelas brilhantes lições trazidas pelo Dr. Chicuta. E certamente o senhor não frustrou as nossas expectativas, muito pelo contrário. Suas colocações e a facilidade com que o senhor trabalha esse tema permitiu facilitar nosso entendimento sobre as modificações nas obrigações introduzidas pelo novo Código Civil. O Dr. Chicuta ficou mais de uma hora e meia em pé, poucos perceberam, e o assunto fluiu com naturalidade; foi efetivamente uma palestra que apreciou em profundidade o tema. Nós que estamos aqui no Estado de São Paulo, somos privilegiados por ter o Dr. Chicuta no Poder Judiciário. Pessoas como ele é que fazem a gente acreditar no Poder Judiciário, na nossa Justiça. Então, realmente receba os nossos agradecimentos.

Dr. Chicuta, para iniciar eu queria colocar apenas duas questões. Uma, a respeito de dano moral e dano material e a outra, nessa matéria de prescrição. A respeito de dano material, recentemente tive conhecimento de uma decisão no TJRJ. A hipótese era de uma pessoa que foi retirar no banco uma importância alta, em torno de 30 mil reais, e havia internamente no banco pessoas que perceberam que ele tinha feito um saque de uma quantia elevada. Ele foi perseguido pelo assaltante e quando chegou em casa é que foi abordado e roubado nos 30 mil reais. Ingressou com a ação de reparação de danos contra a instituição financeira e o Tribunal de Justiça condenou a instituição, não só à reparação do valor que foi subtraído, mas também em relação a dano moral pela situação em que ele foi colocado. Para nós, instituições financeiras, isso aí cria uma dificuldade imensa. Quer dizer, a prática do crime se deu fora do ambiente da instituição financeira e mesmo assim ela foi condenada.

Kioitsi Chicuta – São fenômenos que verificamos hoje com muita frequência e a solução da responsabilidade civil exige análise do nexo causal. Parte-se do suposto que o estabelecimento bancário deve estar dotado de meios de segurança para que os usuários não sejam molestados, não sejam assaltados, não sejam furtados ou vítimas de estelionato. Mesmo partindo dessa premissa, não se pode estender a causalidade de forma a que obrigue o banco a fornecer escolta para todo correntista ou interessado que faça desconto de cheque e volte à sua residência com dinheiro

sacado. Eu entendo que a responsabilidade do banco se limita até onde está o seu dever de vigilância, de proteção.

Eu lembro até de caso ocorrido, não idêntico nos pormenores, mas na essência. Ocorreu no Paraná. Houve fuga de presos no Estado do Paraná e depois de alguns dias esses mesmos fugitivos assaltaram uma joalheria. O que é que fez o dono da joalheria? Processou o Estado, dizendo que ele foi o responsável pela fuga dos ladrões, por isso ele deveria indenizá-lo. E para que vocês tenham um pouco mais de susto, o TJPR condenou o Estado ao pagamento dos danos causados a esse comerciante. O STJ reformou essa decisão e destacou a impossibilidade de estabelecer linha de causalidade exagerada a ponto de chegar a absurdos. Porque senão chegaremos àquele exemplo, que os professores de direito penal, no curso de bacharelado, não se cansam de repetir, afirmando que a busca de nexo causal não pode ultrapassar o sentido de razoabilidade, pois, caso contrário, em homicídio perpetrado com uso de arma de fogo, chegar-se-á a responsabilizar até mesmo o fabricante de arma ou mesmo o comerciante que vendeu o revólver em seu comércio permitido. Não há o nexo causal, com o devido respeito, com ressalva de que estamos falando de caso sem analisar as provas e documentos, mas no relato feito. A aparência é de que a decisão do TJRJ foi totalmente equivocada. Não podemos responsabilizar alguém por uma situação dessa espécie. O banco assume responsabilidades, isso verificamos no dia-a-dia, nos caixas eletrônicos, no banco 24 horas, e o Judiciário tem condenado os bancos de uma forma sistemática, mas desde que o fato ocorra dentro da esfera de vigilância e funcionamento exigidos, ou seja, no próprio recinto e não fora dele. Se alguém saca dinheiro no caixa eletrônico e é assaltado depois num barzinho onde ele está tomando um aperitivo, porque alguém o acompanhou, nós não podemos dizer que isso seja de sua responsabilidade. Se ele é assaltado dentro de um barzinho, quem é que é responsável: o banco ou o dono do bar? Ficariamos sempre nesse impasse. De toda forma, no caso citado, não vejo nexos de causalidade para responsabilizar o banco.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Em relação à prescrição ao prazo prescricional de 20 anos, tem aquele artigo que estabelece a transição: se o prazo anterior, no momento em que ocorreu o fato, já tiver ultrapassado

mais da metade do prazo antigo, vale o prazo antigo; caso contrário, vale o prazo novo.

Nos casos de dívida hipotecária, o prazo era vintenário. Nós temos a seguinte situação: casos dos chamados múltiplos financiamentos, em que o segundo ou terceiro financiamento não terá cobertura daquele fundo chamado FCVS. Esses mutuários já paralisaram o pagamento das suas prestações, porque o contrato determinava que com o pagamento da última prestação havia a quitação de sua dívida, sendo o saldo residual de responsabilidade do FCVS. Esses mutuários continuam, vamos dizer assim, paralisados, quer dizer, não há uma cobrança efetiva em relação a eles, mesmo porque essa questão ainda depende de uma manifestação de um órgão que administra o FCVS, que é a Caixa Econômica Federal, que é quem vai dizer se há ou não há cobertura daquele fundo.

A colocação que se faz é esta: se o prazo prescricional era de 20 anos e se no momento em que ocorreu o pagamento da última prestação já tiverem sido ultrapassados mais de 10 anos, continua valendo o prazo de 20 anos? Um exemplo prático: uma situação em que entre o momento em que houve o último pagamento e a entrada em vigor do novo Código Civil se deu, por exemplo, em oito anos, já tinham decorridos oito anos, em tese nós estávamos interpretando que ele teriam mais dois anos, porque completaria o prazo geral que seria de 10 anos. Mas pela sua interpretação, pelo que eu entendi, passou a ser quinquenal, ou seja, já está prescrito automaticamente. Isso não seria um desvio de finalidade, uma perda do direito dos agentes de cobrarem?

Kioitsi Chicuta – A pergunta é complexa e mais fácil seria dizer que não sei. De toda forma, vamos fazer raciocínio em conjunto. Quando lidamos com a matéria prescricional, indagamos: prescrição é matéria de direito civil ou de processo civil? E aqui, na medida em que o próprio legislador estabeleceu que seria um prazo necessário para perda da pretensão, tenho a impressão que deve ser interpretado como um direito material tanto assim regulamentado no próprio Código Civil, em relação às várias situações que produz. O que agrava o entendimento é que o Código alterou substancialmente os inúmeros prazos que nós tínhamos em relação às situações que o anterior elencava. Para exemplo disso,

vocês pegam o capítulo de usucapião, em que a alteração foi substancial. Mesmo no capítulo das prescrições, muitos prazos foram alterados para mais ou para menos e, em geral, reduzidos. E a regra que deveria solucionar esse impasse estaria no art. 2.028; ela diz que serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos, e os do código atual, se na data de sua entrada em vigor já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada. Em relação àqueles créditos que tinham prescrição vintenária, eu acho que o raciocínio do Fleury está correto no sentido de dizer: não, eu tenho 20 anos; se na data de entrada em vigor já tinham passado mais de 10 anos, prossigue na regra anterior. O que prevalece em relação à situação vintenária, não decorreram 10 anos, decorreram 9 anos, 11 meses e 29 dias. Então falamos: essas situações são totalmente diferentes.

Vamos deparar com esses fenômenos com muita frequência daqui por diante. Temos que respeitar as situações consolidadas anteriormente de acordo com as regras vigoras. Se dissermos: agora a prescrição é de cinco anos e decorreram nove anos, 11 meses e 29 dias, porque a regra é 20 anos, então dizemos: agora está prescrito? Não, pois isso seria a negação de direito. Se admitirmos que houve uma nova situação jurídica, o Código Civil diz: aplica-se a situações vigoras daqui para frente. Se nós interpretarmos como sendo cinco anos a partir de agora, a prescrição seria da data de entrada em vigor do Código Civil mais cinco anos para se tomarem providências. O credor, se está parado, teria pelo menos em tese cinco anos. Eu acho que essa posição é a mais sensata. A própria lei não estabelece forma de contagem mesclada como ocorreu com alteração dos prazos aquisitivos do direito de propriedade imóvel pela usucapião. Fez-se cálculo proporcional, ou seja, quanto, em proporção, decorreu no prazo primitivo e quanto, também em proporção, falta no prazo novo. A solução mais sensata – eu caminharia para interpretar dessa forma –, como se reduziu, nós não podemos dizer que está prescrito, senão criaríamos situação de desigualdade. Simplesmente dizer: aplicamos o novo Código, mas a partir de agora começam a correr os cinco anos. Eu interpretaria dessa forma, salvo se alguém me convencer do contrário. O que importa é que, a partir da alteração legislativa, os prazos restaram alterados, mas, a adotar aqueles novos, não se pode utilizar o lapso temporal consolidado ao tempo do Código revogado.

Willian dos Reis Saffir (Unibanco) – Só complementando o comentário do Dr. Fleury no exemplo que ele citou, o cliente terminou de pagar a última prestação em 1988, por exemplo, ou até antes. Como ele tinha contribuído para esse fundo, chamado FCVS, os bancos o habilitaram a esse fundo, ele parou de pagar e ficou um saldo na Caixa Econômica Federal, que é o órgão que presta esse serviço. Ocorre que em 98% dos casos, a Caixa até hoje não chegou à conclusão se esse contrato terá ou não terá cobertura. Portanto, não há, ainda, oficialmente, um documento dizendo a posição da Caixa, de modo que eu não tenho certeza se esse crédito será negado e se eu vou voltar ao cliente para cobrar isso dele. Então, pergunto: conto esse prazo lá de trás ou conto a partir da comunicação oficial de quem deveria pagar esse saldo?

Kioitsi Chicuta – Acho que teríamos que estabelecer um raciocínio às inversas. Se o banco acionasse hoje o cliente, o juiz fatalmente daria ou a carença ou a improcedência; ele diria: não, ele recolheu ao Fundo de Compensação de Variações Salariais, o problema não é mais do cliente, do adquirente daquela unidade. O problema é do banco com a Caixa Econômica. Se, amanhã, a Caixa Econômica retardar, veria que em relação ao adquirente corre o prazo prescricional normalmente. Não tem alternativa. Só haveria uma responsabilidade da Caixa Econômica: se, amanhã, ela der causa ao reconhecimento do prazo prescricional porque demorou em definir se está ou não abrangido pelo fundo que está sob sua administração, a responsabilidade da Caixa Econômica não pode retardar também o interesse do banco de uma forma indefinida, de forma que ela se coloque em situação de dificuldade no futuro. Eu veria dois relacionamentos, um do banco – mutuante em relação ao mutuário – e outro uma relação ao banco financiador com a Caixa Econômica, em função do fundo de valores. Em relação àquilo que o banco tem a receber daquele saldo residual, eu veria uma discussão, ou o banco tem certeza de que aquela responsabilidade pelo saldo residual é do mutuário, então ele vai acionar; ou se ele não tem certeza e prefere aguardar, então vai correndo o prazo prescricional dessa forma. Agora, se amanhã ocorrer o prazo prescricional porque a Caixa nada lhe repassou, ela descumpriu seu dever de gerenciador; ela é que tem que dar uma definição. Se ela não der, responde, porque o banco também sofre um prejuízo; uma importância que deveria estar no seu cofre, não está. Então eu acho

que aí é questão de jogo de responsabilidades em função de relações jurídicas distintas.

Guilherme Lopes Mair (Caixa Econômica Federal) – Eu queria que o Dr. Chicuta fizesse um esclarecimento a respeito das diferenças que haveria entre a assunção de dívida do art. 299, quando houvesse naturalmente a anuência do credor, e a novação do inc. II do art. 360, que é aquela que trata da sucessão do credor. Quais seriam as diferenças práticas entre uma coisa e outra? Seria entre o 299 e o 360, II? E não haveria previsão no Código anterior da assunção?

Kioitsi Chicuta – Vamos encontrar realmente pontos no novo Código que na aparência colidem, mas em relação à assunção de dívida ele procurou sanar as dificuldades existentes na sua compreensão. No capítulo da assunção da dívida, o legislador esclarece situações que não havia na legislação anterior. O art. 360 do CC elenca os casos em que se dá a novação e o que ocorre na prática é que o novo devedor sucede ao antigo, ficando este quite com o credor, mas com substituição da obrigação primitiva por outra. E o 362 diz também que, na novação, a substituição do devedor pode ser efetuada independentemente do seu consentimento.

Salta clara a semelhança com a assunção da dívida, em que, pelo art. 299, é facultado a terceiro assumir a obrigação do devedor, com consentimento do credor. Mas qual a diferença encontrada? Quando falamos em novação, na prática estamos criando uma nova obrigação; extingue-se a antiga e cria-se uma nova. Aquela relação do devedor desaparece do mundo jurídico. Na assunção, não há extinção da obrigação primitiva, mas sua manutenção, ocorrendo tão-somente a substituição de parte, ou seja, assunção por parte do novo devedor da posição contratual do primitivo. Mantém a mesma estrutura. Na prática, as dúvidas surgem toda vez que há um novo devedor. Quando o mutuário transfere seus direitos e obrigações para um terceiro e firma outro contrato com o credor, ele substitui o devedor com extinção da obrigação primitiva. Existe uma nova obrigação. Quando falamos de assunção da dívida, simplesmente alguém vai e paga aquela mesma obrigação em nome do devedor, no lugar do primitivo. O próprio enquadramento das matérias, a primeira como forma de

extinção da obrigação e a segunda como transmissão da obrigação, dá a medida exata de suas diferenças.

Juliana Pinheiro Martins (Banco Real) – Dr. Chicuta, eu queria voltar um pouquinho à questão da prescrição, naqueles casos em que o prazo prescricional estipulado pelo código anterior era de 20 anos. Supondo um contrato que tenha sido assinado a partir de 1994, portanto quando não teria decorrido mais da metade do prazo anterior, que seriam mais de 10 anos, então fica a questão: esse prazo prescricional sofreria redução, mas para 10 ou 5 anos? O senhor citou o art. 206 que determina a redução para 5 anos. Só que esse artigo fala em dívidas líquidas. Supondo que o FCVS não tenha ainda recusado o pagamento ao agente financeiro, essa dívida não era líquida; o agente financeiro não poderia cobrar do mutuário o saldo residual?

Kioitsi Chicuta – Se considerarmos como dívida ilíquida, cairíamos no processo de conhecimento, prazo de 10 anos. É a regra geral.

Juliana Pinheiro Martins – Mas aí o prazo seria de 10 anos mesmo?

Kioitsi Chicuta – É difícil imaginar o sistema financeiro ou bancário trabalhando com valores ilíquidos, que dependam de comprovação para depois cobrarem. Quando falamos em instituições financeiras ou bancárias, sempre partimos para a idéia de uma dívida pelo menos apurável mediante cálculos financeiros, cálculos matemáticos. Por isso dizemos que é uma dívida líquida, certa e exigível, como princípio. Mas se houver situação de iliquidez, evidentemente a regra cairia nos 10 anos que o Código estabeleceu.

Juliana Pinheiro Martins – Acho que o senhor está correto, não seria ilíquida, porque era possível apurar o montante, mas ela não seria exigível.

Kioitsi Chicuta – Bom, se não for exigível, não corre o prazo prescricional. Até então temos pretensões não consolidadas. Evidentemente vocês ficam numa situação difícil, pois, se parar, o bicho pega e, se correr, ele alcança. Então, a solução ideal e correta é muito difícil e, por ora, a discussão passa por várias teorias. E agora indagar: temos certeza? Não

temos certeza se os tribunais vão acolher essa idéia de não-exigibilidade, não sei. Por isso é que vocês vão ter de se aparelhar e, se estiverem numa situação dessas, se vocês não quiserem partir em confronto com o órgão gestor do fundo, vocês vão ter que dizer que a verba não era exigível até esse momento. Se vão convencer o juiz, é problema de convicção. Mas foi muito bem levantada a questão.

Roberto (Bradesco) – Dr. Chicuta, só uma informação com relação à questão dos danos, com relação às mudanças que o Código Civil trouxe. No caso, por exemplo, de uma inclusão indevida de um cliente no cadastro de inadimplentes não provar prejuízo nenhum. O senhor acha que caberia ressarcimento ou não?

Kioitsi Chicuta – Veja bem, quando falamos em direitos de personalidade, temos direito à proteção do nome, da boa fama. Então, se dissermos em prejuízo material, alguém foi negativado nos órgãos de proteção ao crédito, só que ele não fez compra, então não houve prejuízo. Se falarmos que houve prejuízo, estaríamos falando em dano material e não em dano moral. Então, são coisas completamente distintas. Mas, eu posso dizer: meu nome figurou indevidamente em todos os cadastros. Muitas pessoas tiveram acesso àquela informação e, mesmo que eu não tivesse utilizado essa consulta, meu nome figurou lá, materialmente. Então eu acho que teria dano, partiria, em princípio, do direito de reclamar se a inserção foi devida ou indevida. Por isso nós falamos: direito de personalidade é o que vai hoje regulamentar os danos morais. É muito importante. Temos que sair dessa discussão vazia que fizemos até agora. Danos morais: dor, sofrimento, aflição, medo, para partir para casos concretos, embasados na lei. E aqui, o próprio código protege a imagem da pessoa, tanto que fala que não se podem divulgar nomes de pessoas de uma forma indevida em novelas, espetáculos. Então, colocam na novela uma pessoa, apresentando-a de forma ridícula, principalmente porque ela é conhecida pelo público em geral e a colocam na televisão. Aquele efeito é devastador. E nós, como é que vamos aferir? Vamos aferir em função do veículo utilizado ou mesmo da forma. Não sei como é que ficou aquela obra referente à vida do Garrincha. A divulgação foi proibida e, se existem relatos ofensivos à

imagem do Garrincha ou à família dele, teríamos situação diferente. Se danos morais decorrentes só da publicação, que foi bloqueada, ou danos morais que decorrem daquela publicação que circulou perante a sociedade inteira? Então teríamos dois pesos e dois valores. Se eu chego aqui e falo mal de uma pessoa, é um meio restrito. Mas se eu obtenho espaço no *Estadão* e faço um editorial atacando essa pessoa, os efeitos são muito mais devastadores. Essas situações são pesadas, da mesma forma em relação à inserção do nome da pessoa no rol dos inadimplentes. Dizíamos: bom, não foi utilizado, a repercussão é menor; teve ofensa ao bom nome do cidadão, então houve uma repercussão muito maior. É nesse ponto que o juiz vai se embasar para fixar o montante da indenização. Eu sei que é difícil aferir, mas ele deve ser analisado individualmente. Cada caso é um caso; a gente não pode chegar e dizer: não, é tal regra, são 10 salários mínimos, 20 salários mínimos. Embora a Constituição tenha proibido a referência em salário mínimo, os juízes, os advogados, todos sempre fazem referência ao salário mínimo como moeda que seria conversível. E o Código tem disposição ao uso de moeda estrangeira.

Não sei se vocês atentaram para o art. 315 do atual Código. Vinha sendo admitindo que a moeda estrangeira fosse utilizada como referencial. No Segundo Tribunal tivemos caso de pessoa estrangeira que locou um prédio comercial para uma grande emissora de televisão, lá na região dos Jardins. Não poderia o aluguel ser fixado em dólar porque seria nulo. Estabeleceram a forma de reajuste pela variação cambial, como referência. O Tribunal aceitou e o próprio STJ vinha aceitando também o uso da moeda estrangeira, desde que referencial. Agora, no Código temos expressa a vedação à moeda estrangeira, que não pode sequer ser usada como referencial. Os repasses de recursos captados pelos bancos no exterior não oferecem dificuldades, pois deve-se observar, necessariamente, a variação cambial porque é um dinheiro tomado lá fora e vai ser pago também em moeda estrangeira. Nos negócios internos, porém, não se admite, de acordo com a inteligência do Código, interpretação semelhante, pelo menos se nós fizermos uma interpretação literal. Pode ser que surjam argumentos que desmontem essa convicção, mas pelo menos a impressão que tenho em relação à moeda estrangeira é nesse sentido de que não se permite mais a adoção de índices que se baseiem em variação cambial.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO INCORPORADOR

Expositor: **DR. EVERALDO AUGUSTO CAMBLER**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: André Roberto dos Santos Matheus

Dia: 02.04.2003 (quarta-feira)

Hora: 16h30min

Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vamos dar continuidade aos nossos trabalhos com a última palestra do dia, que será proferida pelo Dr. Everaldo Augusto Cambler. Para compor a mesa, convido o nosso vice-presidente, Dr. André Matheus, e o nosso palestrante.

O Dr. Everaldo Augusto Cambler fará sua exposição a respeito da responsabilidade civil do incorporador.

O Dr. Everaldo é Advogado do escritório Duarte Garcia, Caselli Guimarães e Terra Advogados, é Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Professor Assistente no Curso de Pós-graduação em Direito Civil, com diversos trabalhos publicados em revistas especializadas.

É uma honra tê-lo conosco, Dr. Everaldo.

Dr. Everaldo Augusto Cambler – Boa tarde a todos! É uma satisfação estar mais uma vez participando de um seminário como este. Estou muitíssimo honrado com o convite e a Abecip sempre faz um trabalho muito relevante, trazendo ao debate essas questões tão tormentosas e que envolvem o nosso sistema financeiro. De longa data estudo a responsabilidade civil na incorporação imobiliária, tendo a oportunidade de publicar, em 1997, um trabalho a respeito do tema, denominado *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*, publicado pela editora Revista dos Tribunais cuja segunda edição se encontra no prelo.

A exposição de hoje fará referência à responsabilidade levando-se em conta o novo Código Civil e as inovações que ele está trazendo para este campo da ciência jurídica. O Prof. Melhim Chalhub, a quem gostaria de

agradecer muito, teve a bondade de encaminhar algum material atinente ao tema, que vou referir na medida do possível, procurando usá-lo para expor o entendimento que advogo. Tenho muito apreço pelos seminários, que têm por objetivo exatamente suscitar o debate, trazer novos enfoques para as idéias que são tratadas. Levando em conta que os senhores são do mercado, estão habituados a todas essas questões, fiquei imaginando o que seria possível fazer para tornar a palestra mais interessante e profícua possível. Assim, em razão da amplitude do tema, optei por utilizar como escopo desta exposição o teor de dois acórdãos do STJ. Nessa área da responsabilidade civil, na qual estudamos a atividade da incorporação imobiliária, o financiamento imobiliário surge com um fator preponderante, de absoluta importância, porquanto os negócios imobiliários dependem fundamentalmente do apoio financeiro que os agentes trazem.

Os referidos acórdãos conduzem à nossa apreciação a responsabilidade civil incorporativa em especial, cuidando, também, dos agentes financeiros, estendendo a responsabilidade dos agentes financeiros a aspectos construtivos, a aspectos incorporativos. Adianto que, a meu ver, essa extensão é indevida e nos preocupa sobremaneira. Essa elasticidade indevida deve ser enfrentada de uma maneira firme, de uma maneira decidida, porque não encontra, a meu ver, em nosso sistema jurídico, quer na legislação precedente ao novo Código Civil, quer agora, com o novo Código, sustentação plausível.

Bem, o primeiro acórdão examinado foi proferido pela 3ª Turma do STJ, em abril de 2001, dele fazendo a leitura da ementa, somente para sintetizar o pensar contido no julgado: “Responsabilidade civil. Construção de imóvel. Responsabilidade do agente financeiro pela solidez e segurança da obra. Precedente da Turma já assentou que a ‘obra mediante financiamento do Sistema Financeiro da Habitação acarreta a solidariedade do agente financeiro pela respectiva solidez e segurança’”.

Essa decisão acabou confirmando, na verdade, um acórdão do TJRS que, ao verificar a presença de defeitos e vícios construtivos decorrentes da má execução de obra e da má orientação solar do imóvel, considerou a empresa construtora responsável pela forma como foi executada a obra e elaborado o projeto. Todos sabemos que o TJRS exara decisões que constituem verdadeiro celeiro de novas propostas, algumas extraordiná-

rias. Contudo, nesse passo, com a devida vênia, o Tribunal – que teve a decisão confirmada pelo STJ –, a meu ver, não andou bem. Ainda numa passagem do acórdão do TJRS, afirma-se “ser atribuição do agente financeiro, que financiou a construção, examinar o projeto, fiscalizar sua execução e emprego de material em conformidade com o memorial descritivo”. Essa seria, então, a razão pela qual, por conta desse acompanhamento, haveria uma co-responsabilidade pelo negócio jurídico.

Vejam os senhores, mais ou menos nesse mesmo diapasão, agora com os fundamentos um pouco díspares, nós vamos encontrar também um acórdão do STJ, agora não da 3ª Turma, mas da 2ª Turma, um julgado já não tão recente, de 1997, que igualmente responsabiliza o agente financeiro, só que aqui arguindo a interdependência entre os contratos de financiamento e de aquisição de unidades habitacionais, o Código de Defesa do Consumidor, vigente desde 1990, e os contratos firmados sob a sua égide. Também o acórdão faz referência ao art. 27 e ao prazo de cinco anos, vinculado à prescrição da pretensão à reparação pelos danos causados por fato do produto ou serviço. Vamos verificar se existe algum senso em se falar de responsabilidade pelo fato da coisa na circunstância referida no acórdão – parece que não –, mas, fundamentalmente, o que nós encontramos neste outro julgado é a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Para enfrentarmos essas duas questões, há a necessidade da construção de idéias, partindo do próprio conceito do que é uma incorporação imobiliária. Faremos, então, o caminho lógico empírico: vimos o caso concreto e, depois, retomamos os conceitos para verificar se os fundamentos, afinal de contas, são plausíveis.

Em meu trabalho sobre responsabilidade na incorporação imobiliária tive a oportunidade de escrever sobre a existência de dois âmbitos de atividades. O primeiro âmbito de atividade, que chamei de incorporação em sentido lato, é aquele âmbito incorporativo, em que encontramos desde a preparação do negócio especificamente considerado, com a colaboração do arquiteto, daqueles que fazem a sondagem de terreno, pesquisa de mercado e com a colaboração daqueles que financiam a produção do próprio empreendimento, ou financiarão diretamente os adquirentes das unidades autônomas. Nesse sentido amplo, todas essas pessoas estão inseridas, de alguma maneira, no âmbito incorporativo. Todas essas pes-

soas colaboram e, temos que reconhecer, sem essa colaboração a incorporação imobiliária não teria sucesso. Ela depende de um estudo de mercado, depende de um projeto adequado, bem equilibrado. É o edifício que se constrói no imóvel para dele fazer parte, resultando a referida atividade humana da reunião de manifestações de vontade, exprimíveis em contratos, que mantêm uma relação de unidade entre si. A propósito, o arquiteto é uma pessoa que, por conta do contrato de prestação de serviço que faz com o incorporador, acompanha muito de perto as obras, o cronograma físico-financeiro. Por que existe esse acompanhamento? Porque ele tem, muitas vezes, o papel de coordenação do empreendimento. Estou levantando esse aspecto, porque, se acompanharmos a linha de pensamento do acórdão do STJ, o fato de alguém acompanhar a construção, o desenvolvimento da incorporação, conduziria à possibilidade de ser responsabilizado somente pelo fato de acompanhar a obra, pelo fato de acompanhar a atividade do incorporador. E o arquiteto tem todo o interesse, até por força do contrato assinado, de fazer a coordenação dos projetos, de acompanhar a obra. Ele, então, deveria também ser incluído dentre aqueles acionados para responder pela construção, só porque acompanha e está próximo ao desenvolvimento incorporativo?

Uma outra observação interessante, quando percebemos a incorporação imobiliária nesse sentido lato, é a nítida distinção existente entre o incorporador e o construtor. Basta observarmos o art. 28, da Lei 4.591, que define a incorporação imobiliária como “(...) a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”, para percebermos essa distinção, valendo notar que, nessa passagem, a lei que não foi absolutamente alterada pelo novo Código Civil. O Código Civil em vigor fez a inserção de normas relativas à propriedade edilícia e regulamentou – e aí nós vamos ter todo um debate, daqui para frente, quanto ao âmbito dessas alterações (se totais ou parciais) – a vida condominial por meio das assembléias e dos poderes reservados ao síndico.

A meu ver, o novo Código Civil não revogou integralmente a primeira parte da Lei 4.591, subsistindo diversas normas que não foram recepcionadas pelo novo diploma civil. As normas sobre incorporação, que

é o condomínio edilício em preparo, nenhuma alteração sofreram, restando intocada a segunda parte da Lei 4.591/64. O novo Código, portanto, preservou integralmente essa parte. Vale lembrar que o projeto, em suas origens, pretendeu realizar essa modificação. No início, quando em 1975 principiou a tramitação do novo Código Civil, existia um capítulo que tratava do contrato de incorporação edilícia. Certamente, os senhores tiveram notícia disso. Se eu não me engano, apenas três artigos cuidavam de tudo o que dizia respeito ao contrato de incorporação edilícia. Por força das emendas apresentadas, essa parte foi suprimida e nós não temos, então, dentro do novo Código, esse contrato típico que recebeu no estudo que realizei, a denominação de incorporação no sentido estrito. Se, de um lado, nós temos a incorporação num sentido lato, num sentido amplo – onde todas aquelas pessoas, aqueles sujeitos interferem e atuam – na incorporação em sentido estrito, não. Nela, temos configurado o núcleo da incorporação, consubstanciada na negociação das unidades autônomas. A forma que usualmente esse núcleo incorporativo assume é a do compromisso de compra e venda. Nos *stands* de vendas nós temos, em São Paulo, pelo menos, o hábito de realizar os compromissos de compra e venda por instrumento particular. De maneira distinta, no Rio de Janeiro, temos a forma pública sendo adotada como praxe. Mas isso fica por conta, efetivamente, do costume de cada local. Mas, sabemos que o compromisso é apenas uma das expressões negociais da incorporação imobiliária. Por exemplo, com a Lei da Alienação Fiduciária de Bens Imóveis, a Lei 9.514, nós temos uma outra configuração, que não é a do compromisso de compra e venda, mas que também serve aos negócios incorporativos. É verdade que já estamos com mais de cinco anos de vigência da Lei 9.514 e poucos negócios, pelo menos não no volume esperado, foram realizados sob a égide dessa lei, muitos preferindo optar, ainda, pelo sistema do compromisso de venda e compra. Retomando a questão dos âmbitos lato e estrito que fazemos da atividade incorporativa, me parece que essa distinção é interessante porque localiza no núcleo incorporativo – que é a alma da incorporação, que é a venda, a transferência da unidade condôminial incorporada – quais são os sujeitos que participam desse processo negocial. O agente financeiro participa? Não participa. O núcleo da atividade incorporativa é ocupado pelo próprio incorporador e pelo adqui-

rente. Eu fiz uma referência ao art. 28 da Lei 4.591 porque esse artigo determina que a obrigação do incorporador não é a construção, nós todos sabemos, mas é a promoção da incorporação. Um incorporador pode, portanto, ser construtor, como não ser, não desenvolver a atividade específica da construção. E o curioso é que os julgados tratam o incorporador como o construtor, aplicando disposições do contrato de empreitada à incorporação de uma maneira absolutamente tranqüila. Por exemplo, o art. 1.245 do CC revogado, estabelecia o prazo de cinco anos como prazo de garantia e este prazo acabava servindo aos contratos incorporativos. Encontramos comumente essa referência nos acórdãos, que procuram justificar a incidência da norma por conta de uma equiparação do incorporador ao construtor, circunstância que não deverá mudar com o novo Código Civil, que continua fazendo expressa referência ao empreiteiro, portanto, ao construtor; que não constitui uma qualificação específica do incorporador.

Feitas essas primeiras distinções, o que me parece importante lembrar é a razão pela qual a atividade incorporativa foi regulamentada pela Lei 4.591. E essa razão prende-se à proteção ao adquirente da unidade condominial. Caio Mario da Silva Pereira, faz referência a um rumoroso caso acontecido no Rio de Janeiro, que ajudou a apressar a entrada em vigor da Lei de Incorporações. Naquela ocasião (1964), ocorreu um golpe no mercado imobiliário envolvendo o lançamento de determinado empreendimento e diversas pessoas idôneas terminaram lesadas o que acabou determinando a aprovação, em dezembro de 1964, da Lei 4.591. Então, o sentido da lei é efetivamente o de estruturar a incorporação, o condomínio, e dar, na medida do possível, uma garantia, um conforto maior àquele que está adquirindo. Esse conforto foi dado, de maneira particular, com todo o procedimento registrário que se faz presente na realização de uma incorporação imobiliária. E em todo esse procedimento, em todo esse desenrolar dos acontecimentos, nós sabemos que os agentes financeiros às vezes estão presentes, às vezes não. Às vezes todo o empreendimento é realizado com os recursos próprios dos empreendedores. Então, a cada passo nós vamos percebendo que a atividade incorporativa pode agregar esse recurso como pode não agregar. E nesse aspecto ela se equipara a qualquer outra área da atividade humana. Tudo dependerá sempre do

capital inicial disponível para desenvolver a sua atividade; às vezes você necessita de recursos extras, às vezes não. Portanto, nós sentimos, desde logo, que a atividade do agente financeiro não é de maneira alguma próxima, parecida ou vinculada, afeta à atividade corporativa. Ela é apenas circunstancial. Por outro lado, constitui princípio elementar de responsabilidade civil, *salvo expressa referência legal, a noção de que a reparação depende da participação do agente no ato lesivo*. Sem esse elemento, a verificação da responsabilidade civil não ultrapassa a fronteira do nexo de causalidade, necessário à vinculação do sujeito ao prejuízo apurado. Assim, nos acórdãos citados, encontramos a seguinte situação fática: um problema construtivo, um defeito de obra. Esse é o fato. Qual é o agente? Quem se responsabiliza, inclusive de acordo com a lei, pela construção, pela realização adequada da unidade, pela entrega no tempo correto? O incorporador imobiliário e, quando for o caso, a construtora do edifício, não só no que diz respeito à qualidade da construção, aspecto que demanda algumas observações pela peculiaridade, mas também quanto aos vícios do produto – por exemplo, metragem correta: eu comprei um apartamento com área privativa de 250 metros e não posso receber 200 – ou quanto ao fato do produto. Assim, também, o número de vagas agregadas a cada unidade autônoma e uma série de elementos que nós encontramos na propriedade horizontal e que podem, evidentemente, por uma má realização da incorporação, não estarem presentes no momento da conclusão do contrato incorporativo que, sob a ótica do adquirente, cumpre-se com a entrega efetiva da unidade autônoma no prazo fixado. Identificados o sujeito responsável pela atividade incorporativa e o ato lesivo, passamos à verificação do nexo de causalidade. Não importa aqui se eu estou falando de responsabilidade subjetiva ou objetiva. A diferença entre responsabilidade subjetiva e objetiva está, simplesmente, na qualidade da culpa. Na responsabilidade subjetiva o que você tem é a qualidade, a qualificante, culpa ou dolo, ao passo que na objetiva essa qualificante, essa qualidade não existe, mas todos os demais elementos estão presentes: o sujeito, o dano e o nexo de causalidade. Atendem os acórdãos à identificação desses elementos e a verificação do nexo de causalidade? Evidentemente não. Porque a pessoa responsável pela elaboração do produto imobiliário não é o agente financeiro. Portanto, nós não conseguimos en-

contrar o nexo de causalidade como pressuposto de todo o pensar, que deveria nortear toda a trama desenvolvida em cada um dos acórdãos. É claro que nós temos, na dimensão da incorporação em sentido estrito, em função das características do negócio jurídico entabulado, a garantia como elemento essencial da relação jurídica incorporativa. E um dos acórdãos faz referência à participação na relação jurídica, dizendo que, em certo momento, o agente financeiro está presente, integra a relação jurídica incorporativa. Entretanto, o que não se observa no acórdão é que o agente financeiro, no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, surge para o adquirente em momento muito posterior ao da formação do contrato de incorporação imobiliária, no momento em que a venda e compra é definida e o financiamento do preço é garantido com a criação do ônus hipotecário. Em outra circunstância, quando o agente financeiro concede recursos à produção, o contrato não mantém nenhuma relação com o adquirente, prevendo o acompanhamento das obras em função do próprio interesse do credor no controle dos recebimentos e das garantias – cessão fiduciária, caução de direitos.

Qual a relação jurídica mencionada pelo acórdão? Depois de aperfeiçoado o compromisso de venda e compra, quando a obra já está pronta, quando é feito o financiamento do saldo devedor do meu adquirente, realiza-se o quê? A compra e venda com garantia hipotecária. É a relação jurídica subsequente, que surge nas situações que estão sob a égide do Sistema Financeiro da Habitação. Nesse momento, o acórdão apanha essa realidade, no momento de constituição da oneração hipotecária, depois de já realizada a atividade incorporativa, pronto o prédio para tentar sustentar que o agente financeiro atuou na relação jurídica. Essa atuação não teve um passado? Essa atuação não está atrelada a alguma circunstância específica? Não existe uma causa para isso? E se nós observarmos que, na verdade, o agente financeiro aparece naquele momento, naquele contrato de venda e compra porque o que efetivamente acontece é o surgimento da relação de mútuo. Com o numerário fornecido pelo agente financeiro, o adquirente quita o incorporador e dali para diante apenas o vínculo jurídico oriundo desse mútuo que, durante um período largo de tempo, vai ser garantido pela oneração hipotecária, o que somente é possível no momento em que a unidade está pronta. Pois bem, esse foi o

contrato citado no acórdão para demonstrar que o agente financeiro então participou da relação jurídica, participação essa, a meu ver, inexistente. Mais distante ainda encontramos o agente financeiro da relação jurídica incorporativa se pensarmos na situação em que ele não faz o chamado repasse e sim o financiamento à produção. Ora, nessa hipótese, o contrato de mútuo é feito diretamente com o empresário, em nenhum momento contando com a participação do adquirente. Se nós formos lembrar do disposto na Lei 4.380, de 1964, verificamos que a preocupação do legislador com o destino concedido ao capital direcionado ao empresário? Absolutamente não. O que nós encontramos no art. 35, no art. 39, § 2º, é a preocupação com o retorno do capital emprestado, pois, sem garantias para o credor, não existe disponibilidade de recursos nem cumprimento à função social do contrato. E por conta da preocupação com o retorno do capital disponibilizado, o contrato de financiamento, inclusive, estabelece cláusulas que são peculiares a esses tipos contratuais, como, por exemplo, a cessão fiduciária e a caução de recebíveis. Então, em torno das garantias ao crédito, vem a preocupação com o andamento da construção, porquanto, da existência e venda ao público do produto imobiliário depende o cumprimento do mútuo. Evidentemente, o acompanhamento do desenrolar da incorporação também serve de argumento, pelo menos nesses julgados, para se sustentar que, aquele que está possibilitando a realização da construção, deveria cuidar do correto emprego do numerário disponibilizado. Vejam como pode ser elástica a criatividade do ser humano, porque realmente isso conduz a um absurdo. Nós teríamos que ter auditorias a cada contrato de financiamento à produção; teríamos que ter auditorias vinculadas aos contratos para acompanhar as obras. É claro que os contratos de financiamento prevêem o fornecimento de informações pelo próprio incorporador, bem como existem pessoas que acompanham, até integrando o *staff* do próprio agente financeiro, esse desenrolar, mas, é óbvio, o objetivo é a preservação do próprio crédito e não outro interesse. Como pelo menos um dos acórdãos faz referência ao Código do Consumidor, me pareceu interessante fazer algumas observações quanto a ele. Afinal de contas, a incorporação está submetida às relações de consumo? Em 1990, logo que surgiu o Código do Consumidor, muito se discutiu a respeito disso, afirmando-se, inclusive, que teria sido inadequada a equiparação

do imóvel como um produto de consumo, como se fosse um produto perecível. E nesses 13 anos de história do Código de Defesa do Consumidor, o que temos observado é um tratamento diferenciado que, aos poucos, a jurisprudência vai dando às relações jurídicas que têm por objeto material um bem imóvel. Um exemplo, que agora me ocorre, é o da interpretação ao art. 49 do CDC, que permite a desistência do contrato depois de sete dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço. Questionou-se se esse prazo de sete dias poderia ser igualmente considerado nas vendas imobiliárias, tratando-se o produto imobiliário como se fosse uma venda pelo correio, como se fosse uma venda por telefone, ou porta a porta, em que alguém cita maravilhas de um certo produto, conduzindo o adquirente à compra. Mas a aquisição do imóvel não é assim, ele não é um produto desse tipo. E os acórdãos que têm tratado desse assunto, fazem essa distinção absolutamente clara, não aplicando o art. 49 ao produto imobiliário. Outrossim, tenho lido pareceres excelentes, como por exemplo os do Prof. Melhim, a respeito da não incidência do art. 53 do CDC, nas hipóteses de alienação fiduciária de bens imóveis. Nessas e em outras circunstâncias, deve a aplicação do Código do Consumidor ser feita levando-se em conta as características do produto que está sendo considerado.

Feitas essas ressalvas, até porque o código é expresso a respeito do produto imobiliário, não há dúvida hoje, na doutrina, que essas regras de consumo devem ser obedecidas em todo esse procedimento incorporativo. Se lembrarmos mais uma vez do núcleo da atividade incorporativa, o compromisso de compra e venda, sempre estará presente a preocupação na elaboração de um documento o mais equilibrado possível, embora tenha ele a característica da adesividade, como todos sabemos. Por exemplo, as cláusulas que implicarem limitação ao direito do consumidor, deverão ser redigidas com destaque, de preferência permitindo que o adquirente rubrique ao lado da cláusula contratual; tudo em respeito ao que o Código de Defesa do Consumidor estabelece.

Coisa muito diferente é imaginar ser possível identificar como co-obrigados o agente financeiro e o incorporador ou o construtor, por conta da existência de uma relação de consumo. Aí já vai uma distância muito grande. Quando procuramos a definição de fornecedor, de produtor, é verda-

de, nós encontramos um conceito elástico, amplo. A dificuldade da doutrina em estabelecer se existe relação de consumo ou não, em certas circunstâncias, constitui um desafio para os estudiosos até nossos dias. Acredito que essa elasticidade foi proposital, em benefício ao consumidor. Por sinal, as cláusulas gerais, que agora estão sendo tão propaladas em face do novo Código Civil, na verdade não constituíam nenhuma novidade no âmbito do consumo, pois já a encontrávamos no Código do Consumidor.

Mas eu estou mencionando isso porque um dos acórdãos do STJ faz expressa referência ao art. 27 do Código do Consumidor, que trata do prazo prescricional de cinco anos, pelos danos causados por fato do produto ou serviço. Reparem: cinco anos, danos sentidos em decorrência do fato do produto. É bem claro o art. 27 quando faz essa menção. Mas quando nós falamos em vício de construção, fissura, rachadura, vazamento, eu estou falando em fato do produto, recepcionado pelo art. 12 do CDC? Evidentemente não.

Nós devemos ter bem próxima a idéia que tudo aquilo que diz respeito a defeito da construção, vícios ocultos etc., tudo isso está, na verdade, regulado pelo art. 18 do CDC, que trata dos vícios do produto e não os danos decorrentes do fato da coisa, que é uma situação completamente diferente. Para as situações de vícios aparentes ou ocultos, o Código do Consumidor estabelece no art. 26 os prazos decadenciais que distingue essas duas situações: os vícios aparentes e os vícios ocultos; e distingue também os bens duráveis dos bens não-duráveis, fixando, para estes, o prazo decadencial de 90 dias.

Fiquei imaginando como é que o agente financeiro poderia acompanhar a obra, de maneira a prevenir o vício aparente ou oculto. Com a fixação do prazo de 90 dias, contados da entrega da coisa, há a necessidade de acompanhar o incorporador nas vistorias feitas. Tenho que mandar alguém para acompanhar as vistorias, sob pena de ser considerado co-responsável. Até na aquisição dos materiais, inclusive, é claro. Em todos os momentos da realização da atividade incorporativa, o agente financeiro deveria acompanhar o andamento dos trabalhos, caso fosse levado a extremos o raciocínio desenvolvido nos acórdãos anteriormente referidos. Por quê? Entregue a obra, o vício sendo aparente, se sou co-obrigado,

recebida a reclamação encaminhada pelo adquirente ao banco, devo tomar as providências para que sejam feitos os reparos.

Diante do vício oculto, o absurdo do raciocínio é ainda pior, pois enquanto está durando a obra e tenho o fluxo de recursos, tenho alguma maneira, como diz o acórdão, de acompanhar o desenvolvimento dos trabalhos. Mas e depois? Como é que eu vou acompanhar a reparação dos vícios ocultos eventuais que vão aparecendo, depois que o prédio está pronto e o condomínio está vivo? O agente financeiro deverá manter um departamento de manutenção e acompanhamento dos serviços, para a verificação da efetiva existência do vício, realização do conserto e entrega da obra concluída ao adquirente. Porque, de fato, o produtor, pelo Código do Consumidor, tem que ter essa preocupação ou pelo menos tem que ter isso em vista na sua atividade, em razão do que está prescrito no art. 26 do CDC. A propósito desse art. 26, houve um grande celeuma logo no início de vigência do Código, porquanto a lei não estabeleceu um limite temporal ao aparecimento do vício antes oculto. Posteriormente, prevaleceu o conceito da durabilidade do produto. Se a durabilidade da pastilha do freio é de um ano, ninguém poderá pretender argüir o vício oculto após três anos de uso do automóvel, pelo menos no que diz respeito às pastilhas. Se o encanamento tem a durabilidade prevista de três anos – e tudo isso por perícia ser objeto de prova –, transcorrido esse prazo, que é o prazo normal da durabilidade, eu não vou poder reclamar de vício oculto derivado do desgaste natural do material.

No meu trabalho sobre responsabilidade civil na incorporação imobiliária, como o conceito de durabilidade do produto ainda não era assente, opinei pelo prazo máximo de 20 anos, que correspondia ao prazo prescricional dos direitos pessoais. Mas, é um absurdo falarmos em 20 anos de prazo para o aparecimento de vícios ocultos, evidentemente. E aí as coisas evoluíram para a consideração do período de durabilidade. Temos que levar em conta, inclusive, as categorias dos empreendimentos. Existem empreendimentos que são mais simples, as unidades autônomas são mais baratas, o acabamento é menos custoso. Encontramos definida a categoria do empreendimento na NB 12.721, o que possibilita avaliar todo esse aspecto de durabilidade no momento da aquisição. Se o padrão do empreendimento é um padrão popular, claro que os elementos que o compõem terão uma du-

rabilidade distinta daquele outro empreendimento que foi preparado com elementos de maior resistência e, por isso, mais caros.

Uma outra coisa bastante interessante, que evidencia a imprecisão da generalização encontrada nos acórdãos antes mencionados com relação à responsabilidade civil, é a distinção existente, quando pensamos em incorporação imobiliária, entre a incorporação a preço de custo e a incorporação a preço fechado. Na incorporação a preço fechado, o incorporador entrega o empreendimento pronto, vai receber durante algum tempo o valor correspondente e o adquirente quer receber o apartamento sem querer se preocupar com mais nada. No sistema a preço de custo, que não é popular porque o desembolso dos valores para fazer frente aos custos da incorporação acontece num período de tempo muito mais restrito, a própria lei diz que a responsabilidade civil tem que ser conduzida de uma maneira diferente. Por quê? Porque a lei atribui, nessa espécie de incorporação, responsabilidades para a comissão de representantes. Os próprios condôminos assumem responsabilidades que, evidentemente, não podem ser imputadas ao incorporador, muito menos ao agente financeiro, por conta dos poderes que a comissão de representantes recebe do comando normativo.

Por conta disso, fica ainda mais difícil imaginar o agente financeiro como co-obrigado numa situação dessa. Por óbvio, na incorporação a preço de custo, o financiamento só vai acontecer caso contratado, ou pelos próprios interessados, para fazer frente aos custos do empreendimento, ou quando se tem um empreendimento que começa a preço de custo e, depois, ele muda de natureza – isso é possível, já vi alguns – e temos o preço fechado para uma outra parte do empreendimento. Mas, reparem que aí os limites da responsabilidade são completamente diferentes. Ou seja, a responsabilidade civil não pode ser apreciada sem levar em consideração uma série de circunstâncias, próprias às incorporações imobiliárias, que não pode ser avaliada, como aconteceu nos acórdãos, num plano raso, sem atenção às distinções necessárias, como observamos aqui.

Além desta questão do preço de custo, que me parece bem interessante, temos que ter sempre em mente, também, que o produto imobiliário incorporável é artesanal, ou seja, não existe maneira de você ter uma padronização, pelo menos dentro do nosso sistema de mercado, nem dos

componentes, nem do acabamento. Então, em cada imóvel – e você encontra no mercado empreendimentos fantásticos, se olhados meticulosamente –, será impossível não encontrar num subsolo um acabamento que é inadequado, uma parede torta, uma pintura com falhas. Mas isso faz parte da própria natureza, da própria concepção do produto imobiliário. Afinal de contas, quem faz todo esse acabamento são pessoas, não máquinas, e não há modo de você fazer um controle de qualidade que garanta 100% de perfeição nessas circunstâncias. Para obter o máximo de qualidade, devo garantir um acompanhamento diário da obra. A construtora tem o engenheiro civil responsável, tem o mestre de obras. Será que o agente financeiro terá de contar, para cada obra, com um engenheiro e um mestre de obras, também, para fazer o acompanhamento diário? É a única maneira de você ter uma boa qualidade num produto artesanal: acompanhar de perto os trabalhos. Se posso ser responsabilizado da mesma maneira que o incorporador, eu tenho que acompanhar a obra. Vejam, são todas impossibilidades: quem atua no mercado sabe que isso não faz o mínimo sentido. E todo o nosso esforço, acredito, tem que ser na direção de demonstrar, na medida do possível, em nossos trabalhos, essas incongruências, essas impossibilidades.

Outra coisa que é muito adequada, a meu ver, lembrar neste momento, e eu já fiz uma referência breve a isto, é a responsabilidade objetiva do incorporador em face da relação de consumo. O que significa responsabilidade objetiva? Verificado o dano, presente o nexo de causalidade, eu devo ressarcir, independentemente da configuração de culpa ou dolo.

Para fazer frente a isso em certa medida, os incorporadores, os empreendedores possuem equipes, chamadas equipes de manutenção, e que, após a entrega das unidades, feita a reclamação, vão até o empreendimento verificar a reclamação, se é procedente ou não e, se for o caso, realizam o conserto. Isso minimiza, um pouco esse aspecto da responsabilidade objetiva porque o art. 18 do CDC, que é o artigo que cuida dos vícios do produto, a consagra, embora não tenha uma redação idêntica à do art. 12.

Vale lembrar que, quando do surgimento do Código do Consumidor, houve muita discussão a respeito do art. 18 conter apenas uma presunção de responsabilidade. Sempre a responsabilidade objetiva foi e é concebi-

da quando expressamente prevista na lei. Se nós olharmos o art. 12 do CDC, que regula a responsabilidade derivada do fato do produto, nós vamos encontrar expressa referência à responsabilidade objetiva. Se lermos o art. 18, nós não encontramos nenhuma referência a ela.

Hoje, por conta do sistema do Código do Consumidor, a doutrina majoritária sustenta que, tanto numa situação como em outra, nós temos a responsabilidade objetiva. Como ressaltai, para prevenir em certa medida os efeitos dessa responsabilidade, os incorporadores mantêm suas equipes de manutenção para verificação dos vícios do produto. Não tenho conhecimento de que os bancos ou os agentes financeiros estejam pensando em preparar essas equipes.

Toda essa circunstância trouxe à lembrança, e esta deverá ser a última consideração que eu pretendo fazer com relação a responsabilidade do incorporador, em face do adiantado da hora, a questão, também muito importante e sempre mencionada nos acórdãos, da solidariedade. Quando os acórdãos fazem menção a co-obrigação entre o incorporador e o agente financeiro, evocam, também, uma suposta solidariedade entre eles. Ainda no Código Civil de 1916, procurei bastante, e em meu trabalho sobre a responsabilidade civil na incorporação imobiliária, eu discorro bastante a respeito disso, o respaldo jurídico para essa solidariedade. Antes do Código do Consumidor não existia, pelo menos eu não conseguia encontrar respaldo jurídico para essa solidariedade, nem mesmo entre o incorporador e o construtor. Agora, os julgados passaram a fazer referência a uma solidariedade, sem demonstrar o respaldo legal ou negocial para essa solidariedade.

O Código Civil de 1916 e o novo Código Civil fazem referência a esses requisitos: a solidariedade só existe, ou por conta da lei, ou por conta do acordo de vontades, fora disso não existe solidariedade. Alguns acórdãos, anteriores ao Código do Consumidor, ao tratarem da solidariedade entre o incorporador e o construtor, procuravam justificar a responsabilidade solidária por conta do que dispunha o art. 1.518 do CC/1916, que responsabilizava solidariamente os autores do ato ilícito e para seus cúmplices. Mas, será que estamos diante de um ato ilícito no sentido disposto na lei? Na verdade, essas decisões, simplesmente por falta de opção, faziam uma tortuosa elucubração jurídica para tentar justificar esta solidariedade.

Com a entrada em vigor do Código do Consumidor, a solidariedade entre incorporador e construtor passou a ter respaldo legal, porquanto aqueles que participam do processo produtivo são solidariamente responsáveis pelo produto.

Reparem os senhores que existe uma passagem da Lei 4.591 que faz expressa referência à solidariedade entre incorporadores, art. 31, § 3º, salvo engano. Logo, existindo mais de um incorporador, serão eles solidariamente responsáveis pelo desenvolvimento da incorporação imobiliária. Nunca isso foi utilizado para justificar a solidariedade entre o construtor e o incorporador, porque efetivamente eles realizam atividades distintas. A obrigação de um não é a obrigação do outro.

Poderiam perguntar os senhores: É possível justificar essa solidariedade entre incorporador e o agente financeiro, nesses acórdãos que estão afirmando a existência dessa solidariedade? Não encontramos justificativa jurídica. Nem com base no novo Código Civil, nem no Código do Consumidor, porque o agente financeiro não participa do desenrolar de produção do bem incorporável, exceto se considerar que o dinheiro, isto é, o financiamento concedido, faça parte desse processamento.

Contudo, desde o início de nossas considerações mencionamos que nas incorporações imobiliárias o financiamento para a produção pode acontecer ou não, o que significa dizer que o financiamento não é elemento essencial à relação jurídica incorporativa. Se eu tiver recursos próprios, eu desenvolvo a incorporação, não consistindo o financiamento, frisamos, elemento integrante específico da produção imobiliária.

Por tudo isso, não consigo identificar fundamento jurídico para essa pretensa indicada responsabilidade, solidária ou não. Podemos citar, no novo Código Civil, o novo tratamento para a responsabilidade objetiva. A maneira como o legislador possibilita estender a responsabilidade objetiva a quem, casuisticamente, realiza atividade que implica risco para os direitos de outrem, tem sido uma preocupação para quem estuda o diploma civil, pois melhor seria restringir as hipóteses de responsabilidade civil objetiva aos casos especificados em lei, levando em conta as decisivas consequências para o autor do dano.

E por último, apenas fazendo uma lembrança, só para encerrar, eu gostaria também de fazer uma referência ao art. 1.245 do CC/1916, re-

produzido em grande medida no art. 618 do CC/2002. Será que o novo Código Civil trouxe alguma modificação significativa, de maneira a justificar o alcance do agente financeiro pelo prazo de garantia de cinco anos ali previsto? Deveras, no art. 618 do CC/2002 o legislador aperfeiçoou a norma anterior, suprimindo da parte final aquela possibilidade de se fazer a comunicação da circunstância de não se achar firme o solo para o dono da obra; bem como esclareceu a questão da irredutibilidade do prazo de garantia.

Portanto as características essenciais, a meu ver, do art. 1245 do CC/1916 foram preservadas no art. 618 no CC/2002, mantendo-se essa disposição dentre as normas reguladoras do contrato de empreitada. Sendo específico para essas circunstâncias, sempre consistiu num problema explicar como é que o adquirente conseguia acionar o empreiteiro ou construtor, não sendo dono da obra. Quem é o dono da obra? É o titular do domínio, muitas vezes o incorporador. Contudo, como adquirente, sempre foi reconhecida minha qualidade jurídica para acionar o construtor. Isso sempre foi aceito com naturalidade extraordinária, mas será que é tão simples assim? A explicação sempre se pautou pela idéia do adquirente como um sucessor do dono da obra, a partir do momento em que fossem transferidos os direitos sobre a unidade autônoma. No entanto, sabemos que no nosso sistema jurídico a transferência da propriedade só acontece com o registro. Nesse momento é que temos um novo titular, um novo dono do terreno, um novo proprietário. Bem, mas não é isto que quero salientar. Se temos dificuldade para entender essa transposição de direitos para o adquirente, parece não existir a mínima possibilidade do dispositivo alcançar o agente financeiro, mesmo porque, como explanamos anteriormente, a qualidade de empreiteiro não se confunde com a do incorporador, muito menos com a do agente financeiro.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Parabéns, Dr. Everaldo. Suas colocações, sua perplexidade, também nós a temos, quando nos vemos diante de uma decisão dessa ordem, quando o agente financeiro é simplesmente um emprestador de recursos para ser colocado na obra e ser responsabilizado pela solidez da obra, como o exemplo lá do Rio de Janeiro, do edifício do Sérgio Naya, que era financiado, não sei se já teria ultrapassado

cinco anos do habite-se. Segundo comprovou-se, foi utilizada areia do mar e por isso a obra não tinha solidez. Imagine um agente financeiro ser responsabilizado por isso. Você bem destacou, seria necessário que o agente financeiro verificasse cada material, não é só a colocação do material na obra e sim a compra do material, se estaria compatível com aquela obra.

Augusto Everaldo Cambler – A começar pela participação na seleção da contratação da mão-de-obra: agente financeiro, de um lado, e o encarregado da construtora, de outro, para fazer a contratação do peão, que, eventualmente, pode desviar materiais, qualquer coisa assim.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Eu só queria lembrar que essa questão realmente não é nova. O próprio BNH tentou mediante uma resolução imputar essa responsabilidade a agentes financeiros. Na época, nós, da própria Abecip, fizemos críticas enormes nessa linha; mesmo assim tivemos uma dificuldade muito grande para ter a revogação dessa resolução do BNH. Posteriormente tivemos mais de um projeto de lei criando ou determinando essa responsabilidade do agente financeiro, porque, uma vez por mês, o agente manda um engenheiro à obra para verificar se o recurso é efetivamente colocado na obra.

Augusto Everaldo Cambler – Aproveitando a lembrança da Resolução 171, de 1982, que é justamente essa do Banco Nacional de Habitação, curiosamente até fiz um grifo aqui, esse acórdão como disse é de 2001 e o outro é de 1996, e ele faz referência à Resolução 171 como se ela estivesse em vigor.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Nossa colega Eloisa Marques, advogada da Caixa, solicita ao nosso expositor que fale um pouco do patrimônio de afetação, do instituto do regime de afetação e do seguro de término de obras nas incorporações.

Augusto Everaldo Cambler – Deveria fazer essa pergunta para o Prof. Melhim. É claro que, hoje, existe esse regime da medida provisória, mas é um regime opcional. O patrimônio de afetação tem todo um senso de

proteção do adquirente, de proteção dessas situações, que poderiam levar à não-realização da incorporação. Evidentemente o patrimônio de afetação no sentido da segurança, na medida em que ele assegura o adquirente, levaria tranqüilidade aos agentes financeiros também. Sob essa ótica, o patrimônio de afetação é muito bem-vindo no sentido de dar essa tranqüilidade para os agentes financeiros e para o próprio adquirente. Não tenho muita notícia até por falta de tempo para pesquisa. Nossa vida é um turbilhão. Só tive a última notícia da medida provisória mesmo, mas não soube como estaria uma eventual tramitação para aprovação da Medida Provisória, que tem praticamente *status* de lei, porque ela foi daquelas que apareceu anteriormente à emenda constitucional. Mas ela dá aquele caráter de opção.

Falando dos empresários com quem, evidentemente, tenho bastante contato, gostaria de lembrar um pouquinho do Código do Consumidor, hoje já aculturado ao nosso sistema jurídico. No fundo ele beneficia o bom empresário. Esse é o senso. Aquele que oferece um bom serviço diferencia-se do mercado, e o consumidor que se sentir lesado tem um instrumental maior para se servir, para tutela de seu direito, para se ressarcir do dano sofrido. Mas os bons empresários, os bons produtores, esses talvez até se aculturem mais. Acredito que, hoje, a consciência de consumo está mais para empresário do que para o consumidor; ainda há muita deficiência no que diz respeito aos direitos do consumidor, ao passo que as empresas de um bom patamar, o próprio serviço bancário, está num patamar excelente com a utilização de Internet, que facilita o serviço. Não vemos reclamações contra bancos ganhando os procons da vida; vemos, isso sim, as empresas que prestam serviço médico. Qual é o nosso interlocutor da vida diária? É o banco, não é a empresa. É ele que mostra sobremaneira como está com a cultura de consumo já bem assimilada.

Eloísa Marques – Se bem me pareça um contra-senso o fato de o patrimônio de afetação ser uma proteção ao consumidor e ao mesmo tempo ser uma faculdade do incorporador que pode oferecer a segurança para um e não oferecer para o outro.

Participante – Um aspecto interessante e evidente com respeito à responsabilidade civil do agente financeiro; seria preciso que estivéssemos presentes na obra 24 horas por dia. Tenho uma curiosidade: discute-se responsabilidade civil do banco na incorporação. Hoje, os contratos de empréstimos para produção prevêm caução de recebíveis, prevêm obrigação do empresário dar ciência ao banco das vendas feitas, para que o banco possa monitorar e verificar quanto recurso entrou e tudo mais. Faz parte do estudo da responsabilidade civil do incorporador dar seguimento a essas condições contratuais ou isso é um problema entre o banco e o construtor exclusivamente?

Augusto Everaldo Cambler – Não sei se entendi bem. Pelo fato de você ter o controle que o contrato impõe, por conta do interesse do próprio agente financeiro em ter garantias, na verdade esses instrumentais são garantidores e aí a tradicional hipoteca pode ser lembrada, está desgastada, alquebrada, mas nós sempre encontramos a garantia hipotecária presente. Ela está surrada, mas ainda consta dos contratos, ninguém a abandonou; mas ao lado dela, como bem foi lembrado, há a caução dos recebíveis, e assim por diante. Em função da existência dessas garantias, se haveria alguma razão para que essa responsabilidade pudesse ser argüida ou suscitada?

Não; vejo efetivamente esses instrumentais no plano estritamente da garantia, efetivamente da garantia. Seria como dizer o seguinte: porque a Caixa Econômica fica com determinado objeto em penhor, ela teria que responder ou isso a levaria à responsabilização por conta da espécie de garantia dada.

É claro que ela tem que fazer a garantia do próprio bem, que tem de estar guardado numa situação que não possa se deteriorar. O fato de você ter garantias não pode significar que tenha responsabilidade. O fato de eu ter uma garantia hipotecária deveria significar afastar outras obrigações, outros prestações, outros direitos, que não *status* de garantia real. Por isso eu brinquei falando que a hipoteca está desgastada, alquebrada, porque nós temos visto a desconsideração do ônus hipotecário, da força do ônus real em detrimento de direitos que têm *status* obrigacional. Aquela figura representa garantia, é isso que representa.

Representa os cinco anos do art. 1.245 do Código de 1916, prazo de garantia; isso significa garantia. A multa de 20% nos condomínios significa garantia contra inadimplemento. De uma maneira irresponsável, você não retira, diminui essa multa de 20% para 2% porque acha que a inflação não está alta. Vejam, não há nenhuma relação – pasmem os senhores – essa foi a idéia que causou a redução do teto da multa da cláusula penal do Código do Consumidor primeiro que era de 10% e que caiu para 2%. Lembro-me muito bem o fundamento de que a inflação era baixa. Quando a razão de ser da cláusula penal, é evitar o inadimplemento. Por isso essas associações não podem ser feitas. A garantia tem razão de ser, ela existe, ela é fornecida pelo instrumental jurídico para que o crédito seja protegido e haja recursos no mercado. Porque exijo garantias, sou obrigado a responder pela qualidade de obra? Parece-me que essa associação não pode ser feita de forma nenhuma.

Participante – O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do construtor, nos contratos de financiamento à produção, pode resultar também em responsabilidade civil perante os adquirentes? E no caso de os agentes financeiros anuírem aos compromissos de compra e venda, a partir do que os pagamentos seriam direcionados aos agentes, isto é, seriam pagos diretamente ao agente financeiro, como para compensar o pagamento do empréstimo, o agente financeiro se vincula às obrigações do construtor perante os adquirentes?

Outro participante – Para mitigar esses riscos do agente financeiro e também dos adquirentes finais, por que não fazer uma escritura de compra e venda da fração ideal da unidade e já transferir a unidade para o mutuário final? Qual a resistência do mercado em relação a isso?

Augusto Everaldo Cambler – São várias perguntas. Eu vou respondendo na medida do possível. Se eu esquecer alguma coisa, poderei retornar depois.

Nós falamos na figura da incorporação a preço de custo. Na incorporação a preço de custo é o que acontece, você já faz o registro na matrícula da transferência da fração ideal de terreno. Normalmente, a fração de terreno corresponde a mais ou menos 30% do preço, e 70% do preço seria por conta

das acessões que são acrescidas ao terreno, e esse valor, no preço fechado vai ser alcançado num período de tempo longo. Mas aí o financiamento não é de responsabilidade do adquirente, porque ele ainda não tem condições de oferecer garantias ao agente. Por que o repasse é feito após a obra pronta? Por que aí o adquirente que recebe o recurso para poder pagar o incorporador vai dar como garantia a unidade autônoma que já está pronta. No momento anterior, na incorporação a preço de custo, acontece justamente isso, e a fração ideal já transferida serve como garantia.

Eu vi várias incorporações nesse sentido, mas a preço fechado você tem todo um problema da composição do valor para poder transferir efetivamente a fração ideal. Por outro lado, temos um problema grande de inadimplência no preço fechado. Temos aí uns 25% a 30% talvez mais até de percentual de inadimplemento nos empreendimentos. Depende muito da situação, mas vamos imaginar uma situação boa, que tenha 9% de inadimplentes. Esses 9% acabam com a rescisão do contrato, com o destrato da unidade. Isso tudo se complica muito, se eu já tiver transferido para esse adquirente a fração ideal. O mercado não trabalha com isso por essas razões e ainda por outras de ordem do próprio controle do incorporador. Lembro-me também que, para obter recurso junto ao agente financeiro para a produção, eu hipotequei o imóvel. A venda acabaria também aparecendo com oneração, também haveria uma hipoteca. Será que o adquirente aceitaria receber uma fração já hipotecada?

Existem várias razões de ordem tanto jurídica quanto comercial que não beneficiam essa solução. No preço de custo isso é tranquilo, mas é uma situação mais rara, porque o adquirente aporta capital muito rapidamente e o prazo de construção é de dois anos, talvez três anos. Participei de algumas assembléias de incorporações a preço de custo, nas quais eram votadas verbas para aquisição de elevadores, por exemplo de 600 mil reais, enquanto as pessoas aportavam recursos da ordem de 50 mil a 60 mil reais.

Existem problemas operacionais que, em termos de mercado, impedem isso. A comissão de representantes é uma figura que prevê todo tipo de incorporação, a preço fechado e a preço de custo. Hoje, no entanto, ela só tem expressão no preço de custo. É a comissão de representantes que acaba fazendo o exercício dos poderes que a lei outorga a ela, o preço de custo e tudo mais. No preço fechado, esse acompanhamento é su-

prido em certa medida porque o que existe por parte dos adquirentes é a curiosidade de saber como a obra está caminhando. Ninguém quer participar de reunião nenhuma para saber de compromisso. Nós não vamos às nossas assembléias de condomínio para saber da vida do nosso prédio, para saber o que o síndico está fazendo, o que está acontecendo, nós não aparecemos nem por perto. Quando tem assembléia marcada, nós vamos ao futebol, para qualquer lugar, menos para o prédio.

Então é claro que isso muda de figura, porque no preço de custo, o adquirente está aportando 60 mil, 70 mil reais no dia seguinte; por isso ele tem todo interesse de estar presente acompanhando. No preço de custo, sem dúvida nenhuma, nós também temos as auditoriais que acompanham normalmente as incorporações; existe o apoio de auditoria profissional nessas situações. Eu, particularmente, tenho visto clientes que têm suprido isso por meio da informação. Semestralmente, existe uma mala direta mostrando como é que a obra está se desenvolvendo. Existem obras hoje que são acompanhadas pela Internet; pelo *site* da construtora, vejo as pessoas trabalhando na obra, o fulano assentando o tijolo. Se ainda não é bem assim, certamente vamos ter um aperfeiçoamento cada vez maior desse acompanhamento. Por conta disso, estamos percebendo que as construtoras e incorporadores estão ganhando economicamente no controle de desperdício de materiais, graças à evolução dessa mentalidade. Por quê? Porque você está fazendo um acompanhamento eletrônico da obra. É claro que não é isso; não podemos dizer para todos os incorporadores. Mas esse é o caminho natural. Não é tão difícil você fazer a implementação de pontos dessas construções *on-line* acompanhando pela Internet. Qual seria a outra? As cláusulas contratuais.

Participante – Everaldo, me permita agregar mais alguns dados a esse propósito da participação da comissão e da co-participação da comissão com o agente financeiro na tarefa de fiscalização da aplicação dos recursos, dos recursos dos agentes financeiros e dos recursos dos adquirentes. A comissão existe independentemente de financiamento. E ao atuar, ao realizar suas tarefas, o que ela está fazendo é fiscalizar a aplicação de seus recursos. Portanto, de acordo com a linha de argumentação desses acórdãos, ela poderia ser responsabilizada pelos vícios de construção.

No que tange à MedProv 2.221, que ainda não começou a ser aplicada, na realidade ela institui o patrimônio de afetação, lamentavelmente em caráter facultativo, opcional, mas ela também dá outras providências. Uma das providências é tornar mais efetiva a participação da comissão de representantes no acompanhamento da obra, na fiscalização. Vocês se lembram que a Lei 4.591 previa que o incorporador apresentasse um relatório semestral sobre o estado da obra, um demonstrativo do estado da obra. Agora, o que prevê a lei é que ele apresente um demonstrativo do estado da obra com relação aos recursos aportados no período e com relação à programação financeira do empreendimento. Quer dizer, trata-se de um elemento de fiscalização efetiva por parte da comissão do representante, que, se não tiver elementos capazes tecnicamente de acompanhar esse trabalho, pode contratar economistas, engenheiros, auditores, o que seja, e a medida provisória diz que ela pode fazer isso. Não seria preciso dizer. Hoje em dia, nos grandes empreendimentos, algumas comissões de representantes contratam engenheiros para acompanhar e para ajudá-la na sua tarefa de fiscalização. Essa é uma questão que poderia ser superada com a aplicação da 2.221, que já está em vigor, independentemente de estar ou não estar com afetação. É um argumento importante, no sentido de espancar essa argumentação de que o agente financeiro, pelo fato de estar fiscalizando a aplicação de seus recursos, deve ser também responsável pela obra. Há um outro aspecto também independente disso. Tenho a impressão que essa sugestão, aliás muito boa, da transferência da fração ideal, ficaria superada em face dessa nova competência da comissão de representantes pela 2.221. Por outro lado, você falou que não encontrou um outro aspecto; realmente eu também não encontrei em toda a legislação nenhum dispositivo que atribuísse responsabilidade solidária entre construtor e incorporador.

Augusto Everaldo Cambler – Procurando falar alguma coisa sobre as indagações a respeito do trabalho do Carmo, a parte que me chamou muito a atenção foi essa idéia da interferência do agente financeiro nos contratos. Minha avó dizia muito aquela frase em tom de brincadeira, a faca de dois legumes. Eu tenho percebido que, na medida em que eu interfiro mais e mais na atividade e nos contratos com os adquirentes, mais eu dou argumento para os julgadores dizerem: está vendo? Estou interferindo na

atividade corporativa, controlo fluxo financeiro, número de unidades vendidas, controlo tudo. Se eu controlo tudo, então eu estou fazendo parte do processo produtivo.

Lembra aquele argumento que eu mencionei lá atrás, quando disse: olha não tem sentido enquadrar o agente financeiro nisso porque ele não participa do processo produtivo. Agora, quanto mais eu interferir na atividade empresarial, quanto mais eu tutelar de alguma maneira a atividade empresarial, assino como interveniente todos os contratos de aquisição, dizendo que pagamento tem que ser feito para mim; depois eu repasso isso e libero a conta-gotas, vou medindo; se acontecer lá na frente, tudo isso está passando uma imagem de interferência na produção da coisa, o que vai dar argumento depois para que uma determinada circunstância em que está bem configurada a participação do agente financeiro na própria produção, na configuração do produto, na realização do produto.

Por isso eu tenho receio sim; tenho percebido que os agentes financeiros estão encaminhando nesse sentido. Mas é claro, existe um outro lado: fico mais tranqüilo; na medida em que eu controlo, tenho mais tranqüilidade porque tenho certeza, porque o empreendimento está recebendo os recursos; mas, por outro lado, fico envolvido com a atividade empresarial, com a gestão, o que acaba refletindo, porque, se eu libero e depois a obra não sai como a especificação, como foi divulgado, eu que liberei sou responsável pela liberação, porque tinha controle sobre isso. Tenho muito receio desses argumentos, porque, por muito menos, o Tribunal de Justiça já disse que sou solidariamente responsável e co-obrigado por muito menos.

Agora, se eu interferir decididamente na operação, muda de figura, desde que seja mediante um texto legal que você faz a reserva patrimonial. A lei é que está dizendo que a atuação deve ser naquele sentido. Por isso, acho que a solução está encaminhada pela afetação do patrimônio. Agora, acho melhor a alternativa mencionada pelo Prof. Melhim; ela é a a solução.

Quanto a você mesmo interferir, quanto mais você interfere, mais se distancia da simples figura da garantia. Porque você interfere diretamente no negócio, assume a carapuça de que está envolvido e acaba dando razão ao argumento em certa medida. Veja bem, eu estou apenas susci-

tando idéias para o debate. Em certas circunstâncias, mesmo sendo acionado de qualquer maneira, pelo menos eu tenho o controle. Enfim, é a famosa faca de dois gumes, dois legumes de que falávamos.

Mauro Silva – Dentro dessa linha de raciocínio que o senhor conduziu, eu estava aqui também fazendo uma reflexão muito mais semântica dos nossos contratos e dos termos que a gente usa. Por quê? A expressão mutuário compreende duas partes. Não existe nenhum mútuo com uma parte só, por isso a construtora também é mutuária, e quem toma o financiamento é o mutuário.

Quando colocamos algumas cláusulas-padrão num contrato, mediante as quais o agente financeiro vai fiscalizar qualitativamente e quantitativa a aplicação dos materiais, nossas cláusulas poderiam suscitar uma reflexão jurídica sobre a nossa responsabilidade civil, sobre a obra, porque nós mesmos estamos nos salvaguardando mediante vinculação com a obra. Por isso acho que a gente deve fazer uma reflexão semântica mesmo, sobre palavras que nós mesmos criamos nos contratos.

Queria saber se o senhor concorda com essa postura.

Augusto Everaldo Cambler – Creio que vem ao encontro do que acabei de dizer. Temos de ter redobrada preocupação com essa questão semântica, que, na verdade, é a colocação das idéias nos contratos, porque hoje eu tenho função social do contrato, boa fé objetiva; temos uma série de figuras que estão no novo Código Civil e que estão, não a meu ver, não propriamente afetando o princípio do *pacta sunt servanda*, mas dando mais poder de revisão do contrato pelo poder Judiciário. Apenas ratificando tudo que o senhor disse: o cuidado extremo nas cláusulas, na verificação, na forma como isso é colocado, para que lá na frente não tenhamos mais problemas com a revisão.

Participante – Ainda um outro aspecto. Alguns agentes estão colocando anúncios em *stands* de vendas, em jornais, garantido pelo agente tal. Isso pode induzir a que ele seja responsabilizado. O pior é que no caso que eu vi, tratava-se de preço de custo, sem necessidade, portanto, de estar com esse tipo de responsabilidade. Esse é mais um aspecto a ser pensado, o

da publicidade. Se se fala financiado, é uma coisa, se se fala garantido, é outra coisa.

Augusto Everaldo Cambler – A placa de financiamento era uma exigência do BNH, que determinava até o padrão delas, mas era só isso: Financiado com recursos da Caderneta de Poupança do Banco X ou Banco Y. Mas se isso for confundido com a figura de garantido, o banco está assumindo uma responsabilidade que não deveria.

José Pereira (Abecip) – O senhor fez algumas colocações interessantes. Tenho participado de muitos debates, muitas discussões sobre formas de viabilizar mais recursos para produção de habitações e de imóveis. É uma questão que sensibiliza. O próprio presidente da república; ao falar em geração de emprego, o foco dele é construção. Mas sabe-se que há uma série de problemas, além de todos aqueles que a gente já discutiu.

Hoje o senhor trouxe dois novos, que não têm merecido muito enfoque nas discussões que a gente tem tido: é a questão dos próprios agentes serem responsabilizados pelos riscos de construção que venham a ocorrer, o que é uma coisa muito séria. Participo também do comitê de recursos de seguro habitacional que praticamente só discute isso. Estive no conselho curador do FGTS, cujo representante da construção civil questionou se o fundo não deveria colocar mais recursos na produção efetiva, tentando inibir o financiamento para móveis usados. É um assunto que sensibiliza todo mundo. Mas como encontrar formas de tornar essas operações mais viáveis? A pergunta é para uma resposta bastante rápida: o senhor acha que há possibilidade de essas duas decisões que citou se tornarem mais frequentes? A possibilidade é grande ou é pequena? A gente tem que incluir isso no nosso rol de preocupações?

Augusto Everaldo Cambler – O que me impressionou e por isso resolvi partir por elas, é que elas advêm do STJ; uma de 2001 e uma outra mais antiga, de 1996. Agora, isso está longe de constituir matéria pacífica. Ao contrário, no acórdão de 2001, o relator é o Min. Carlos Alberto Menezes Direito, que tem uma ascendência considerável, e aqui neste outro, é o Min. Peçanha Martins. Um acórdão da 2ª Turma e outro da 3ª.

É esse justamente o material que o Prof. Melhim me entregou e eu não tive oportunidade de examinar mais detidamente. São decisões exatamente em sentido contrário. Do TJRJ são duas as decisões que afastam essa responsabilidade. O de 2001 é unânime e o de 1997 é que não foi unânime. Mas o Prof. Melhim trouxe as decisões do Rio de Janeiro que afastam essa possibilidade. Além disso, mesmo o projeto de lei que foi levado ao Congresso, imputando essa responsabilidade foi rejeitado. Longe de ter qualquer entendimento pacífico a respeito. Tenho conversado com colegas que se dedicam a estudar a matéria; a maioria deles tem se pronunciado contra. O STJ está tomando um posicionamento menos técnico e mais político. Esse tipo de decisão vai muito naquela linha da Súm. 84 do STJ que discutiu a questão, dizendo que a hipoteca poderia ser questionada tendo o adquirente simples direito obrigacional. Encontramos julgados no STJ com essa conotação política. Acho que o que vai definir na verdade é a consistência dos julgamentos técnicos das instâncias inferiores; isso é que vai decidir. Estamos vendo nessas instâncias inferiores uma posição, aqui no caso do Rio de Janeiro, firme no sentido de não responsabilizar os agentes financeiros.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Quero agradecer a palestra do Dr. Everaldo e a colaboração de todos vocês pelo bom andamento do trabalho. Para registrar sua presença, uma homenagem da Abecip, representada por essa lembrança que passo às suas mãos.

ASPECTOS ECONÔMICOS DO CÓDIGO CIVIL

Expositor: **DR. GUSTAVO LOYOLA**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: José Pereira Gonçalves

Dia: 03.04.2003 (quinta-feira)

Hora: 9h

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Bom dia a todos! Vamos reiniciar nossa jornada. Ontem foi um dia bastante produtivo, e hoje, tenho certeza, também teremos o mesmo resultado, a começar pela primeira exposição do dia que será feita pelo Prof. Gustavo Loyola. Para dar início aos trabalhos, convido José Pereira para compor a mesa, nosso superintendente técnico da Abecip, e o palestrante do dia, Dr. Gustavo Loyola.

Dr. Gustavo Loyola falará a respeito dos aspectos econômicos do Código Civil.

O Dr. Gustavo Loyola é Economista, sócio da Tendências Consultoria e também ex-Presidente do Banco Central.

Antes de conceder a palavra ao Dr. Gustavo, como eu comentei ontem, farei um pequeno resumo do dia de ontem, para que ele conheça alguns aspectos que foram debatidos.

Iniciamos com o nosso Presidente Décio Tenerello, que ressaltou a importância da segurança jurídica dos contratos, lembrando os casos do Plano Collor e do *leasing*. Salientou que, após mais de 13 anos da vigência do Plano Collor, ainda não há uma definição sobre qual o índice a ser utilizado nos contratos imobiliários: se o IPC, de 84,32%, ou o BTN, de 41%, se bem alguns entendam que deva ser o BTN.

O Dr. Décio também enfatizou a necessidade de uma solução para o caso. Além do Plano Collor, a ser apreciado pelo STJ na reunião de ontem, havia mais assuntos na pauta, dentre os quais um deles foi preferencial porque culminou com o afastamento de um dos ministros do STJ, o Min. Vicente Leal. Esse fato tomou praticamente toda a tarde e por isso

nosso processo será retomado talvez daqui a uns 15 dias, numa quarta-feira, quando se realizam as sessões ordinárias da corte especial.

Em seguida, o Dr. Sérgio Jacomino, Presidente do Irib, informou que o eixo de todo o sistema registral é a segurança jurídica sobretudo para viabilizar os negócios. Enfatizou que a verdadeira função do registro de imóveis é a de propiciar segurança jurídica. Mostrou que os cartórios não existem apenas no Brasil, não são uma invenção tupiniquim. Existem em toda a América do Sul e em toda a Europa, e ressaltou que o sistema russo vem se aprimorando e se aperfeiçoando à luz do sistema brasileiro. Lembrou que um dos pilares do Banco Mundial é o desenvolvimento econômico com base no sistema de registro imobiliário organizado. A atividade cartorial existe no Brasil há mais de 100 anos, sem ter tido qualquer interrupção do serviço de registros imobiliários. Esclareceu que a concorrência no registro de imóveis traz em verdade insegurança.

Também tratando do registro de imóveis, o Dr. Eduardo Pacheco Ribeiro de Souza discorreu sobre o compromisso de compra e venda e as questões que envolvem o crédito imobiliário destacando os contratos com hipoteca e compromisso de compra e venda durante a fase de construção. Falou de algumas inovações no atual Código Civil, como o direito do promitente comprador, que foi incluído no rol dos direitos reais. Ressaltou o privilégio de compromisso em face da hipoteca pelo Código 1916, que, em sua visão, poderá ser revisto com o novo Código. É importante esse destaque feito por ele, que, antes de registrador, foi magistrado. De fato tratou-se da visão importante de um ex-membro do poder Judiciário, segundo a qual há de ter muito cuidado para que não haja distorções que tornam ineficaz uma hipoteca legalmente registrada em cotejo com um compromisso sem registro, compromisso esse que ganha mais validade do que a hipoteca.

Com as inovações trazidas pelo Código Civil, certamente essas posições serão revistas. Esclareceu que há necessidade da escritura pública, num compromisso de compra e venda, porém existem exceções estabelecidas em lei que sempre terão que ser ressaltadas conforme a situação. Lembrou das hipóteses de alguns normativos que estabelecem essa isenção, como a própria Lei 4.380, a Lei SFI 9.514 e a Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Destacou ainda como inovação a permissão do promitente comprador que cede seus direitos sem anuência do promitente vendedor, cláusula *pro amico eligendo*, regra que não se aplica para o SFH, uma vez que, por ser uma lei ordinária de hierarquia igual ao do Código Civil, a Lei 8.004 prevalece, ou seja, ela impede a cessão por compromissário comprador sem anuência do agente financeiro, apesar de o Código Civil admitir essa hipótese. No entender do magistrado, o Código não revogou a Lei 8.004, fato importantíssimo para evitar a constituição de contratos de gaveta.

Por fim, ele ressaltou a possibilidade e a manutenção do pacto comissório como um negócio que pode ser realizado com frequência, esclarecendo que se trata de um recurso e até uma garantia importante a ser utilizada em nossas operações. Confirmou que a alienação fiduciária de bens imóveis continua em pleno vigor, uma vez que o novo Código Civil não revogou a Lei 9.514/97, da alienação fiduciária de bens imóveis, segundo afirmação do Dr. Chicuta.

O Dr. Chicuta fez brilhante palestra sobre obrigações, que além de receberem melhor sistematização, ganharam poucas modificações no novo Código Civil, em comparação aos demais livros do mesmo Código.

Tratou da ampliação da responsabilidade civil, exemplificando com o caso de hospitais. Se houver furto de material radioativo, o hospital poderá ser responsabilizado pela guarda indevida ou pelo descuido que teve.

Tratando da cessão de crédito, demonstrou que houve correção de impropriedade em relação ao Código anterior; não vale a cessão em relação a terceiros, se o devedor não for notificado, a não ser que haja legislação específica admitindo, como é o caso da Lei 9.514.

Mostrou, o que é bastante interessante, que o silêncio da parte, em determinadas situações, pode ser considerado como anuência ou como consentimento, bem como em outras hipóteses é exatamente o inverso: o silêncio é o não-consentimento. Lembrou ainda que essa é uma das grandes polêmicas que o novo Código trouxe.

A propósito, o Dr. Gustavo poderá nos ajudar a pensar a respeito dos juros legais. Já ouvi afirmarem que os juros de mora do Código novo seria o da taxa Selic. E por que seria pela Selic? Para evitar a procrastinação. O Dr. Chicuta, porém, esclareceu que um enunciado do Centro de estu-

dos jurídicos do STJ fala de mora no limite de 1% ao mês, conforme está definido no art. 161 do CTN.

Em se tratando de responsabilidade civil, esclareceu que não se deve analisá-la apenas do ponto de vista do patrimônio ou da repercussão do patrimônio, mas do ponto de vista da personalidade do sujeito.

Tratou também da perda de oportunidade ou da perda de chance como situações novas para responsabilizar o dano ocorrido. Por fim, esclareceu que o dano moral não é etéreo. É preciso sistematizar, considerar objetivamente o *quantum* do dano. A prescrição, no Código antigo, era a perda do direito da ação; agora, é a perda do direito da pretensão; mais que a prescrição, ela só poderá ser exercida ou ser levantada uma única vez durante todo o processo.

No final do dia, o Prof. Everaldo Cambler tratou da responsabilidade civil do incorporador, ressaltando que ela não deve alcançar os agentes financeiros, apesar de algumas decisões dos tribunais superiores decidirem nesse sentido. Mencionou dois acórdãos em que o agente financeiro, por fiscalizar a obra e empregar recursos na construção, passa a ter responsabilidade por vícios ocultos e danos nos imóveis. São dois acórdãos do STJ, um mais antigo de 1997, e outro mais recente, de 2001, este com decisão unânime.

Discorreu sobre a dinâmica de uma incorporação imobiliária, destacando a distinção entre o incorporador e o construtor bem como suas respectivas responsabilidades. A Lei 4.591 é uma lei de proteção ao consumidor, tratando-se, na palavra do Dr. Melhim, de precursora do Código de Proteção ao Consumidor no Brasil. A atividade do agente financeiro não é próxima nem se confunde com a do incorporador; ela é apenas circunstancial. O incorporador pode obter financiamento para construção de um empreendimento bem como pode concorrer com seus recursos próprios para a construção. Portanto, a presença do agente financeiro é apenas circunstancial, razão pela qual ele não pode jamais ser responsabilizado por defeito de construção.

Destacou também a não-incidência de alguns artigos do Código de Defesa do Consumidor como, por exemplo, a desistência de compra no período de até sete dias para operações de compra de bens imóveis. Como o Código Civil define um prazo de sete dias para arrependimento, esse prazo não deveria ser praticado nas operações imobiliárias.

Destacou que, apesar de também se aplicar às alienações fiduciárias em geral, o art. 53 do CDC não se aplica à alienação fiduciária de bem imóvel, o que me leva a concluir muito mais adiante, uma vez que a alienação fiduciária de bem imóvel é posterior ao Código de Defesa do Consumidor, é uma lei especial em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

Feito o resumo das atividades de ontem, passo a palavra ao Dr. Gustavo Loyola.

Gustavo Loyola – Bom dia a todos! É um prazer estar aqui participando deste seminário. Agradeço ao Dr. Fleury e à Abecip a oportunidade. Me sinto um pouco fora d'água, um pouco estranho ao ambiente, uma vez que não sou profissional do Direito e, evidentemente, não tenho muito a acrescentar na questão jurídica propriamente dita em relação ao novo Código Civil.

Mas eu gostaria de trazer aqui alguma leitura que o economista faz do novo Código sem me ater, evidentemente, a disposições específicas do seu texto, mas procurando olhar a questão mais geral, à luz dos problemas que temos hoje no Brasil causados pelo nosso sistema judicial, sob o ponto de vista dos reflexos econômicos. Evidentemente, nós, como economistas, temos sempre que considerar o papel importante do sistema judicial do ponto de vista econômico. Tanto é assim que um dos campos hoje de maior dinamismo, principalmente nos Estados Unidos, é o campo da Law Economics, encarregada exatamente de ligar essas ciências: Economia e Direito. É um campo no qual transitam igualmente profissionais de direito e profissionais de economia. É exatamente nesse contexto que eu gostaria de me ater em alguns conceitos para analisar um pouco o Código.

Posteriormente, nos debates, poderemos comentar algum item específico, como a questão das taxas de juros colocada muito bem pelo Dr. Fleury. O Prof. Miguel Reale, um dos idealizadores do Código, seu inspirador e participante ativo da sua redação, principalmente no início, escreveu um artigo comentando-o, um pouco antes de ele entrar em vigor. Ele escrevia que esse Código foi feito sob a inspiração de três princípios básicos, os quais ele procurou agregar no seu desenho: os princípios da eticidade, da socialidade e da operabilidade.

Segundo o Prof. Reale, o princípio da eticidade, de fato trata de levar em consideração no Código princípios da ética, fugir um pouco do formalismo jurídico em favor de uma maior capacidade de adaptação do Código às mudanças, à evolução da sociedade; adaptabilidade desse Código a questões, hábitos e costumes de variadas regiões etc. Ou seja, a idéia dos princípios éticos muitas vezes deve prevalecer sob o puro formalismo jurídico.

Outro princípio mencionado por ele é o da socialidade. Pelo que entendi, trata-se basicamente do reconhecimento do fato de que as pessoas vivem em sociedade e que o interesse individual não deve prevalecer sempre, mas, ao contrário; crescentemente o interesse da sociedade deve prevalecer sobre o interesse do indivíduo. Segundo o Prof. Reale, o Código de Beviláqua era um Código muito voltado para os interesses individuais.

Finalmente, o princípio da operabilidade indica que o Código possa ser efetivamente aplicado, que tenha condições de ser aplicado. A propósito, o Prof. Reale cita desde problemas de interpretação, sinonímia, ambigüidades etc. até problemas que existam no velho Código e ressalta que houve essa preocupação de clareza na feitura do Código bem como cuidado com seus aspectos mais práticos.

Por que comecei a palestra citando esse trabalho do Prof. Reale e esses três princípios? Creio que esses três princípios trouxeram para o Código algumas conseqüências econômicas. Eu consigo quase perfeitamente, não exatamente, mas quase exatamente obter categorias, noções em economia que são muito próximas a esses princípios básicos enunciados pelo Prof. Reale. Por exemplo. Quando se fala em eticidade, lembra-me uma questão econômica que é equidade, que não é exatamente a mesma coisa, mas entre as quais pode-se fazer um paralelo muito próximo. Os economistas em geral não têm muito a dizer sobre equidade; normalmente eles têm muito a dizer sobre eficiência. O que quer dizer isso?

A ciência econômica é uma ciência que, na realidade, procura reconhecer que os meios existentes à disposição da sociedade são finitos e precisam ser o mais bem aproveitados para se obter deles um determinado fim; na realidade, é isso o que a economia procura exatamente dizer. Mas os fins em si mesmos são determinados pela sociedade e a economia normativa e a positiva têm muito pouco a dizer quais são esses fins

que devem ser alcançados pela sociedade. Por exemplo. Não cabe ao economista dizer que é de interesse social que cada pessoa, cada ser humano, cada família tenha casa própria. O que o economista pode dizer é exatamente qual o melhor meio, qual o meio mais eficiente para que as pessoas tenham casa própria. Não cabe ao economista contestar a idéia de que a casa própria é um direito do cidadão, como está na Constituição agora, um direito social. Mas ele pode dizer claramente como esse direito pode ser obtido, materializado ao longo do tempo.

A questão é saber, do ponto de vista do Código, se esses princípios, se a maneira pela qual esses conceitos de eticidade foram incluídos no Código trazem efetivamente algum tipo de prejuízo ou benefício do ponto de vista econômico, em termos de eficiência, ou seja, se, da maneira que está colocado no Código, nós podemos ter um efeito até contrário ao pretendido pelos seus redatores e pelo legislador. Depois eu vou voltar a essa questão.

A segunda questão, o segundo princípio básico mencionado pelo Prof. Reale, o princípio da socialidade, é um princípio que tem a ver com a questão do interesse social prevalecer sobre o interesse individual. Aqui nós temos um paralelo muito mais forte com a economia. A economia passou também por evolução semelhante. Os mercados idealizados, por exemplo, por Adam Smith, pelos pioneiros da economia, e depois formalizados, se desenvolvem por si sós resultando em uma distribuição eficiente de recursos. Mas ao longo do tempo se percebeu que as coisas não eram bem assim e que, na realidade, algumas das hipóteses básicas por trás da idéia do mercado perfeito não existem. Uma dessas hipóteses básicas, por exemplo, é a idéia de que a ação de um agente econômico não afeta a situação do outro agente econômico que não esteja diretamente envolvido na transação; isto é, se eu comprar ou vender um apartamento no mercado perfeito, a hipótese básica é que só o comprador e o vendedor são afetados por essa transação e ninguém mais. Se eu tenho uma empresa e produzo um determinado bem, a idéia básica é a de que somente os envolvidos diretamente na produção desse bem, vale dizer, o empresário, os trabalhadores, os compradores desses bens, os fornecedores são afetados por essa atividade econômica e não as pessoas alheias a essa transação.

Na realidade, sabemos que não é bem assim que funcionam os mercados, principalmente no mundo contemporâneo, onde existe aquilo que nós economistas chamamos de externalidades. Basta abrir os jornais de hoje e ver o que está acontecendo no rio Paraíba e seus afluentes, para ver que, na realidade, existem essas externalidades. A partir da ação do agente econômico ou de agentes econômicos, há eventos que afetam terceiros que estão diretamente envolvidos nestas transações. São as externalidades. Obviamente as externalidades, em grande medida, decorrem do fato de as pessoas viverem em sociedade, estarem cada vez mais juntas, inclusive de ponto de vista meramente geográfico. Eu aporia ao princípio de socialidade, enunciado pelo Prof. Reale, o princípio, a questão das externalidades na economia. A idéia de que muitas vezes, em muitas situações, você tem que levar em consideração os efeitos de uma determinada transação, de um determinado contrato etc. sobre terceiras partes que não estão diretamente envolvidas nessa transação, nesse contrato. Isso é basicamente um conceito que muito aproxima, eu diria, a Economia do Direito.

Finalmente, na questão da operabilidade, me lembra muito um conceito de economia chamado custo de transação. Não é exatamente a mesma coisa, mas, lendo como economista o que foi escrito pelo Prof. Reale, entendo que, na realidade, aqui se trata de reduzir os custos de transação. Na medida em que você procura dotar o país de leis, no caso específico um Código Civil que seja de fácil operabilidade, na realidade, você procura reduzir os custos que a sociedade tem de buscar ou não necessariamente buscar os serviços da justiça, mas os custos de realizar transações de maneira geral. Ronald Couden, economista inglês que trabalhou por muito tempo nos Estados Unidos e é prêmio Nobel, é o fundador e responsável pelo desenvolvimento desse ramo chamado conceito de custo de transação.

Num artigo sobre o tema, ele postula que as leis existem para reduzir custos de transação. Quer dizer, se não houvesse um sistema judicial, se não houvesse leis, jurisprudência etc., o ato de contratar envolveria custos muito elevados. Os senhores podem imaginar um contrato entre duas partes, uma determinada transação, tendo que contemplar todas as eventualidades possíveis, todas as possibilidades cujas partes têm de se cobrir em

relação a qualquer tipo de evento que possa ser provocado, voluntária ou involuntariamente, pela outra parte, causa de força maior etc.?

Na realidade, à medida que existe sistema de Justiça, o ato de contratar se torna muito mais fácil porque há uma hipótese levada em consideração no ato de contratar de que esse sistema jurídico protege os contratantes de uma maneira ou de outra, facilitando, portanto, a transação. Dito de outra forma: onde o sistema jurídico não consegue exatamente dar essas garantias, os custos de transação não são reduzidos e a eficiência econômica é afetada, na medida em que os agentes privados têm que gastar tempo e dinheiro e recursos próprios para exatamente suprir a ausência de um sistema judicial eficiente.

Colocadas essas categorias gerais, há uns aspectos do Código que merecem especial atenção, seja do ponto de vista dos profissionais de Direito, mas, principalmente, dos profissionais de Economia, razão pela qual eu também me remeto a esse artigo do Prof. Reale.

Nesse artigo e em várias outras entrevistas que deu, tanto o Prof. Reale como alguns outros intérpretes do Código insistem na frequência com que o Código usa a questão da boa fé. Boa fé vista do ponto de vista puramente econômico. É difícil buscar uma categorização da definição para boa fé. O que é boa fé? O que seria boa fé? Talvez os senhores e senhoras profissionais de Direito possam conceber com mais segurança uma definição exatamente clara do que é boa fé. Como economista, me sinto razoavelmente desconfortável quando se exige boa fé nos contratos, mesmo para tornar esses contratos ilícitos na ausência de boa fé, como parece que ocorre no Código. Por que isso? Por que sinto um certo desconforto. Porque, embora obviamente não me oponha ao conceito boa fé, acho que ela realmente tem de estar presente sempre. Me causa certo desconforto na medida em que pode haver um grau, uma certa subjetividade na interpretação dessa questão pelos juízes; e se houver essa subjetividade, isso introduz um elemento de incerteza no ato de contratar.

A idéia de que um contrato pode ser anulado ou, pelo menos, modificado, ou não se tornar eficaz por força de uma interpretação sobre a questão da boa fé, me parece um risco. Evidentemente, não tenho uma solução para o problema. Acho que essa é uma questão que certamente já existia antes do Código, e o Código, de certa forma, talvez tenha só introduzido

isso de uma forma mais explícita. Mas é uma questão que me preocupa bastante porque gera um custo de transação adicional. É um princípio ético louvável, mas sua aplicação pode trazer alguns problemas. Volto a esse assunto daqui a pouco.

Uma outra questão que me parece interessante e que vem também desses princípios enunciados pelo Prof. Reale é a referência em vários aspectos do direito contratual na questão da onerosidade excessiva, desequilíbrio contratual etc. Claro, esse é um conceito que já existe plenamente praticado pelos tribunais; é um conceito muito caro no direito do consumidor. Mas, do ponto de vista econômico, também é conceito razoavelmente subjetivo. O que é oneroso? Por exemplo, nós tivemos aqui o caso recente da desvalorização cambial afetando os contratos de *leasing*. Houve pouca ou quase nenhuma discussão sobre o fato desses contratos serem legais, lícitos etc. Houve uma discussão em relação ao desequilíbrio que esses contratos provocaram a partir da desvalorização cambial, que foi um evento absolutamente alheio às vontades das partes, tanto da ganhadora como da perdedora. No entanto, se a desvalorização cambial fosse 10%, teria sido onerosa, 20% teria sido onerosa, 30%... O que torna esse contrato oneroso? Afinal de contas, essa questão da onerosidade é uma questão objetiva que independe das partes? Ou a desvalorização de 100% no câmbio, no contrato de *leasing* para o sujeito que comprou uma Mercedes último tipo, um bilhardário, deve ser interpretado diferentemente de um sujeito classe média, que comprou seu primeiro carro, um carrinho pequenininho, e que realmente afetou grande parte da sua renda? Será que tem que se aplicar exatamente a mesma coisa para os dois? Então isso abre também uma discussão importante, o que, a meu ver, também traz uma complicação adicional.

Finalmente, um outro conceito do Código que também não é conceito novo, obviamente, é o conceito evolutivo, que tem cada vez mais permeado as leis, os costumes de vários países cuja base econômica também é a questão do interesse social. Claro que existe esse aspecto social, a função social do contrato, os efeitos de uma determinada transação, de determinado contrato sobre a comunidade. Eles devem ser considerados claramente pelo sistema legal de cada país. No entanto, aqui também vejo uma dificuldade de interpretação. No fundo, o que é o interesse social?

Como é que ele se coloca? Acho que no Brasil existe exagero muito grande nas ações civis públicas, se considerarmos que muitas vezes o interesse coletivo é atingido. Na realidade, depositamos uma interpretação exagerada nisso, o que, me parece, pode ser um problema sério. Principalmente se associado à questão da responsabilidade objetiva, própria da legislação civil e do Código de Defesa do Consumidor especificamente.

Por isso, acho que essa questão da boa fé, onerosidade excessiva, interesse social, essas três palavrinhas, esses três conceitos trazem alguns problemas, principalmente à luz do funcionamento do Judiciário aqui no Brasil. Não que o Código Civil tenha sido pioneiro nessas questões, como seus próprios autores reconhecem. Na realidade ele consolidou uma tendência que já existia na legislação não codificada. Mas acho que o momento agora é oportuno para reflexão sobre essas questões também à luz do crédito imobiliário.

Antes de entrar no crédito imobiliário, o Prof. Reale menciona que o Código, basicamente, procurou deixar uma margem maior para interpretação do juiz, de forma a dar mais dinamismo à norma, evitando assim que ela se petrificasse. Na realidade, há várias circunstâncias, um maior grau de liberdade para o juiz interpretar.

Quando você tem esses conceitos de onerosidade, boa fé etc., me parece claramente ser uma dessas áreas em que a liberdade de interpretação do juiz foi ampliada pelo Código. Nada tenho a comentar sobre essa questão, exceto pela característica do nosso sistema judicial e principalmente pela característica do nosso processo. Se o objetivo do Código foi deixar a cargo da jurisprudência adaptar as mudanças da sociedade, mudanças de hábitos, surgimento de novas tecnologias e de novas categorias de contrato, se é isso, na realidade, deveríamos ter um processo no qual essa jurisprudência pudesse ser sedimentada de uma maneira eficiente e mais rápida, ou seja, se a gente não tem um sistema desse tipo, o que acontece é o aumento da incerteza nos negócios jurídicos.

Olhado sob o ponto de vista do economista, o aumento da incerteza nos negócios jurídicos representa um custo. Portanto, na realidade, a gente deveria ter um processo no Brasil que fosse compatível com esse tipo de necessidade criada pelo Código, favorecendo desse modo a jurisprudência em relação ao texto puro das leis e dos códigos. Mas a experiên-

cia que temos no Brasil é o contrário: de uma maneira geral, nossas leis não são ruins; o que não vem atendendo exatamente é a demora que existe nas decisões, a demora que existe na sedimentação dessas decisões, as contradições em termos de julgados, inclusive dentro de um mesmo tribunal etc. Posso até estar superestimando essa questão, mas me parece relevante mencioná-la aqui.

Dito isto, como podemos considerar o crédito imobiliário? Do ponto de vista de contrato, o crédito imobiliário é uma área de um setor cujos problemas, como mencionei, são magnificados por várias razões. Em primeiro lugar, pela própria relevância social da habitação. Numa transação de bens de alto luxo, certamente a questão da boa fé, da onerosidade, da função social teriam muito menos campo de utilização do que nos negócios pertinentes à habitação, na qual existe percepção social correta, a meu ver, uma percepção da sociedade, melhor dizendo, de que existe o interesse social na questão da habitação, bem esse que não pode ser tratado como se fosse um bem qualquer. Portanto, isso tende a magnificar esse problema na área imobiliária.

Uma outra questão relevante são os financiamentos imobiliários que normalmente são de longo prazo, principalmente quando ligados à habitação. Estamos falando de contratos de longo prazo, contratos que atravessam anos e anos, contratos, portanto, cuja situação inicial de equilíbrio entre as partes, com os mercados, com os preços, pode se modificar muito no decorrer do tempo. O contrato passa por uma série de mudanças no meio ambiente que o cerca.

É evidente que, do ponto de vista dos contratantes, é preciso que esse contrato seja uma nau, um navio que conduza essas relações contratuais ao abrigo de mudanças de conjunturas durante os próximos dez, quinze anos. Se não fosse assim, não existiria contrato de longo prazo. Se não houvesse essa garantia, ninguém faria contrato de longo prazo porque o risco seria muito grande. Então o contrato tem aqui o objetivo, a meu ver, de estabelecer certas regras que sejam permanentes ao longo da sua vida.

Ora, essas categorias que eu mencionei aqui, esses princípios que estão mais do que nunca incertos no Código Civil, segundo o Prof. Reale, na realidade acabam tornando muito mais fácil a modificação desses contratos ao longo do seu período de vigência. Portanto, eles aumentam a incer-

teza. O crédito imobiliário, a meu ver, é particularmente atingido ou pode vir a ser particularmente atingido, quando se discutem essas questões. Por exemplo, a onerosidade. Imagine que uma pessoa assina o contrato de financiamento da casa própria e naquele momento a prestação corresponde a X% da sua renda, perfeitamente suportável. Mas daqui a três anos, por alguma razão de mercado, o salário dessa pessoa pode ter caído em termos reais e a prestação subido em termos reais. Resultado: o contrato pode se tornar ou ser interpretado como excessivamente oneroso para uma das partes. Aí você faria uma revisão que, no fundo, se levada ao extremo, ressuscitaria a equivalência salarial por vias tortas. Do mesmo modo, imaginem um mutuário que, por alguma razão, não conseguisse mais pagar o condomínio e resolvesse devolver o apartamento, porque ele não tem mais como arcar com seus custos etc.

Enfim, podemos ter uma série de dificuldades. Assusta-me verificar o que está acontecendo com os contratos de crédito imobiliário, como eles são facilmente contestados na Justiça por razões muitas vezes frágeis, oportunidade em que normalmente uma das partes acaba conseguindo seu objetivo maior que é retardar o cumprimento de suas obrigações. Na verdade, o Poder Judiciário no Brasil, pela sua natureza e pelos seus defeitos, acaba sendo usado não para reduzir custos de transação, mas para aumentar custos de transação. Na realidade, o Judiciário é usado como uma máscara para o não-cumprimento de obrigações contratuais. De fato, isso é uma coisa que preocupa muito aqui no Brasil e aos economistas em particular, tendo em vista que isso é o custo-Brasil. No fundo, isso representa aumento no preço dos imóveis, aumento no *spread* bancário; embutido, esse custo está sendo pago dissimuladamente pela sociedade. Um Código, por melhor que seja e por mais bem intencionado que tenham sido os princípios consagrados nele, na realidade pode ter um efeito contrário justamente pelo processo que nós temos no Brasil hoje, na maneira pelo qual o Judiciário trabalha.

Essas são as questões que me parecem mais dificultosas do ponto de vista econômico. A idéia de enfraquecimento do poder normativo dos contratos; no fundo, o fato de se ter relativizado o que está na letra de contratos, a meu ver, embora seja algo admissível do ponto de vista da evolução do direito moderno, até Direito, Economia, Sociologia, da Ciência Política

Moderna, embora isso seja admissível, na realidade se torna um exercício perigoso à luz do nosso sistema processual, à luz do nosso sistema judicial. Quer dizer, nós temos que refletir mais sobre essa questão, porque vejo um risco pairando crescentemente sobre o crédito imobiliário.

Como consultor da Abecip tenho participado de muitos debates sobre crédito imobiliário no Brasil, por isso acho que 90% dos problemas discutidos têm raiz na questão judicial, no processo, questionamento e principalmente insegurança jurídica, os senhores sabem disso. Embora o Código pontualmente possa ter melhorado vários aspectos, mas por causa desses princípios que eu mencionei ele pode agravar essa situação.

Além disso, existe um período natural de sedimentação da interpretação do novo Código, período em que se gera uma certa dificuldade. Imagino que, se daqui a dez anos, não tivermos ainda uma jurisprudência sedimentada sobre determinados aspectos importantes do Código, pode ser um risco grave.

Como disse, meu objetivo aqui não era discutir aspectos específicos do Código, mesmo porque me falta esse tipo de competência, e os senhores já ouviram e vão ouvir pessoas mais abalizadas do que eu para isso.

Nas suas palavras iniciais, o Fleury mencionou uma interpretação de que, por causa do novo Código, a alienação fiduciária não prevaleceria no crédito imobiliário. Não tenho competência jurídica para discutir essa questão, mas esse é tipicamente um problema que eu mencionei aqui. A meu ver, a questão está exatamente no processo e não nas leis objetivas. Esse é o temor. E nesse ponto, o Código é uma obra no mínimo incompleta; não incompleta no sentido de que não incorpora todos os aspectos do direito, mas incompleta no sentido de que a questão do processo ainda continua razoavelmente inatacada bem como a questão do processo que, a meu ver, é mais difícil de ser atacada do que as relativas ao direito objetivo, por causa exatamente dos interesses que cercam o sistema de justiça. O sistema de justiça é estruturado, é organizado de acordo com – usando um jargão econômico – a demanda. Na realidade, existe uma demanda pelo sistema judicial que é derivada do sistema processual que nós temos no Brasil. E o sistema é organizado dessa maneira.

Uma vez escrevi um artigo dizendo o seguinte: eu sou contra o fim da justiça trabalhista. Por quê? Porque não é por aí o problema. O problema

do Brasil é administrar uma justiça trabalhista grande, uma enormidade de causas trabalhistas, cujos problemas não são resolvidos com o fim da justiça trabalhista ou a transferência dela para a competência da justiça comum. Seriam resolvidos pela mudança das leis, da Consolidação das Leis do Trabalho e de outras leis que existem. Aqui é mais ou menos igual. Na questão processual talvez exista oposição muito maior à mudança do *status quo*, do sistema que prevalece hoje no Brasil e gera a estrutura que temos hoje, não apenas no poder Judiciário, mas eu diria que nesse chamado mercado de operadores jurídicos, do qual fazem parte também os advogados. Não estou querendo cotucar nenhum advogado, mesmo porque eu não conseguiria entrar em casa, uma vez que meu pai é advogado, meu irmão e dois sobrinhos são juízes.

Para finalizar, a questão dos juros colocada pelo Fleury é uma questão interessante, sem querer entrar no mérito jurídico. Por quê? Porque quando devemos para o tesouro e não pagamos, temos de pagar depois com a correção pela taxa Selic. Na prática, é isso que está valendo. Parece-me que, segundo o Código, quando os juros moratórios não forem convencionados ou forem sem taxa estipulada, ou quando provierem de determinação, serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para mora de pagamentos de impostos devidos à fazenda nacional. Quer dizer, na realidade, independentemente do rótulo que a gente coloque, uma vez que o rótulo não é importante no Direito, mas do ponto de vista econômico, na realidade o que se está pagando é taxa Selic mais alguma coisa sempre.

A minha interpretação é que aí deveria prevalecer esse tipo de coisa. Acho que o conceito relevante, que eu sempre procurei aplicar lá no Banco Central, quando se normatizava taxa de comissão de permanência, é exatamente o seguinte: você tem que remunerar, no atraso, o custo do dinheiro, o custo alternativo do dinheiro e mais alguma coisa que tem que ser um elemento inibidor à inadimplência. Certamente, esse custo de oportunidade mais essa taxa para inibir inadimplência sejam a composição que não pode ser nunca inferior à própria taxa contratual. Caso contrário, haveria um benefício ao ficar inadimplente. Do ponto de vista econômico, isso me parece um conceito relevante. Também não adianta você colocar uma multa, um ônus excessivo, porque estará dificultando a própria liquidação da dívida pelo ônus excessivo que você está colocando para o de-

vedor. Tem de ser algo razoável. Sei que isso é um problema difícil, dadas as diferentes interpretações que existem em relação ao próprio pagamento de tributos. Acho que é complicado.

Bom, muito obrigado, eu espero não tê-los chateado muito com essas coisas um pouco abstratas de economia. Mas, existe um ponto em comum entre a ciência do direito, a ciência econômica e a ciência política. E esse ponto comum chama-se contrato. Nenhuma dessas ciências poderia existir como tal se não existisse contrato. Contrato é algo que une essas três ciências e o conceito de contrato é um conceito comum. Podemos ter uma grande diferença de vocabulário entre Economia e Direito, mas certamente sabemos perfeitamente o que é um contrato. E contrato, para economista, é exatamente igual a contrato, para profissional de direito. Do ponto de vista do contrato, vejo que o Código, se colocado num sistema jurídico processual no Brasil de hoje, pode contribuir para o aumento dos custos de contratar. E aumentar custo de contratar significa, em última análise, reduzir o volume de transações, o volume de contratos e/ou encarecer os contratos. Vale dizer, nesse caso específico, reduzir o montante de crédito imobiliário e/ou encarecer o crédito imobiliário.

Obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Muito obrigado Dr. Gustavo pelas brilhantes considerações mostrando que realmente a ciência econômica está sempre muito próxima da ciência jurídica. O senhor destacou essa questão dos juros e eu, pelos mais antigos, me lembro quando a mora decencial do sistema era de 1% a cada dez dias; com a inflação em níveis elevados, muitas vezes o mutuário preferia ou aplicar esse recurso, ou fazer um outro pagamento, porque o custo para ele era menor, se deixasse atrasar a prestação do sistema financeiro da habitação. De qualquer forma, essa taxa Selic vai continuar sendo controversa, segundo o teor do art. 406 do novo CC. O fato de o sujeito ingressar em juízo não lhe dá o direito de ter benefício com a demora da justiça. Eu acho que esse é o ponto central.

Para iniciar os debates, começo eu e em seguida passo para vocês. O Dr. Gustavo destacou a questão do prazo longo dos contratos imobiliários, razão por que o equilíbrio inicial, ao longo do tempo, pode deixar de existir.

Então eu perguntaria ao Dr. Gustavo se, do ponto de vista econômico e em comparação também com o ponto de vista jurídico, é possível ajustar os contratos? Por exemplo, num determinado momento, a taxa de juros está num nível bastante elevado e o contrato é feito numa taxa muito elevada. Pode existir a situação inversa: numa taxa extremamente baixa, porque naquele momento o mercado praticava aquela taxa. Só que essa taxa, pelos nossos contratos, ficam fixas por quinze, vinte anos, dependendo do prazo de contrato. O senhor vê alguma alternativa para que esse equilíbrio inicial possa prevalecer durante todo o contrato, por exemplo, com repactuações anuais, por exemplo, ou uma alternativa?

Gustavo Loyola – Como eu estava tratando aqui da questão do Código, e de forma muito oportuna aproveitei para tratar só de aspectos jurídicos e deixei a parte econômica de lado até para disfarçar um pouco a responsabilidade dos economistas. Na realidade, nós, economistas, talvez tenhamos mais responsabilidade nas dificuldades de crédito hoje no Brasil do que os profissionais do direito, se a gente considerar sob o aspecto de mais longo prazo. O que existe por trás disso é que as condições econômicas no Brasil mudam muito e com frequência e, para você estabelecer um contrato que fique equilibrado, principalmente contrato de longo prazo, presentes essas condições, é muito difícil.

Uma das grandes dificuldades que temos é com a taxa de juros. Idealmente as taxas de juros em contratos de longo prazo deveriam ser repactuadas ou repactuáveis. Claro que isso suscita uma série de questões, inclusive do ponto de vista jurídico, mas o ideal seria isso e é assim que funciona em outros países. O grande problema no Brasil é que não apenas as taxas reais de juros são altas como também elas são muito voláteis e muitas vezes esse tipo de solução não ocorre. Há duas maneiras de você lidar com essa questão. Primeiro, o ideal do ponto de vista é evitar disputas, dúvidas etc., tentar ter um contrato em que o próprio contrato estabeleça as circunstâncias, as situações em que você possa repactuá-lo em função de determinados eventos.

Acho que isso tem a vantagem de, por um lado, evitar questionamentos judiciais. Dá mais garantia ou mais segurança para as partes e certamente isso seria interessante. Mas, por outro lado, a gente tem sempre que reco-

nhecer que dificilmente o contrato vai esgotar todas as possibilidades, todas as questões, todas as mudanças que possam ocorrer.

Daí a necessidade de se ter um sistema judicial, um sistema de solução de controvérsia, que possa ser também de arbitragem, capaz de dirimir determinada disputa, determinada dúvida. O ideal seria isso. No caso tipicamente, há algumas variáveis que afetam o contrato imobiliário, variações no preço do imóvel, variações na renda do mutuário e variações na taxa de juros. Essas são as três variáveis mais importantes e eventualmente você poderia criar algum sistema de proteção, que determinasse alguma revisão contratual na medida em que um desses eventos, uma dessas variáveis fugisse de um determinado padrão.

Agora, acho que o ideal nesse tipo de coisa é não criar simetria. Como no Brasil a gente tem sempre uma simetria, a revisão sempre vem para beneficiar o mutuário. Se o mutuário quer o seguro, ele tem que pagar pelo seguro, quer dizer, se eu quero me proteger contra a taxa de juros elevada, eu tenho que pagar algo por isso. O que eu pago por isso? Também se a taxa de juros cair abaixo de determinado valor, por exemplo, pode-se exigir de mim que continue pagando determinado valor fixo. Porque essa seria exatamente a contrapartida que eu estaria dando por estar me livrando de um risco de uma taxa de juros maior. É como se fosse um seguro ou mesmo uma opção, em linguagem de derivativos, seria uma opção. Isso seria o justo. Agora, no Brasil não. Você interpreta normalmente que essas cláusulas existem para favorecer uma das partes como se o desequilíbrio fosse algo que dependesse basicamente de uma luta entre o grande e o pequeno. Na realidade, talvez não se deva considerar por que uma instituição financeira, por exemplo, com todos os seus contratos desequilibrados, evidentemente, ela corre um risco que afeta não só seus acionistas mas afeta seus depositantes e eventualmente até, numa condição sistêmica, pode afetar a economia, as pessoas que não têm, a rigor, nada a ver com aquela transação específica, com aquele contrato específico.

José Pereira Gonçalves – Queria só fazer aqui uma colocação, não é nem uma indagação para o Dr. Gustavo, em função de algumas colocações que ele fez que são muito interessantes.

Ele observou que uma das principais missões do economista é exatamente, considerando os recursos escassos, viabilizar o maior número de operações e maximizar o que se quer atingir. Que é o caso, por exemplo, se você pretende viabilizar moradia para pessoas, é preciso saber que recursos tem, quanto isso custa. Só que nessa forma de viabilizar, tem um fator que eu acho que vale a pena debater – debate serve exatamente para isso –, que é o fator risco da operação, uma coisa que hoje em dia está muito forte.

Eu participei, há uns dois meses, se não me falha a memória, de um seminário em que um economista apresentou um estudo sobre os efeitos do Judiciário com relação ao crédito no Brasil e o comparou com outros países. Existem pessoas que estudam isso porque a coisa é muito séria. A questão da insegurança das operações, a questão da própria interferência nos contratos. A gente vê o sistema financeiro da habitação: por ter operações de longo prazo, é um sistema muito sensível a interferências, razão por que se questiona tudo, se questiona até a Tabela *Price*, que é um sistema de amortização mundial. Aqui no Brasil questiona-se a Tabela *Price*, que é um sistema de amortização. Então é um absurdo! Só para vocês terem uma idéia desse seminário que eu participei, consultem o resumo dessa palestra que está no *site* da Abecip. Esse economista procurou saber da sociedade, dos empresários, de 700 magistrados, 25% dos quais disseram que decidem não à luz da lei, mas à luz do aspecto social do que está envolvido. Então vocês imaginem. Ao decidir fazer uma operação, os economistas têm de considerar isso no custo da operação. Hoje se discute o *spread* bancário e muita gente diz: aplica 12. Quanto por trás disso tem a ver com toda essa insegurança jurídica?

Acho que é culpa não só do Judiciário, mas também do Legislativo, que faz leis complicadas, a gente sabe. E é culpa também do Executivo, porque parte dessas leis é oriunda de medidas provisórias, que não são feitas por advogados, mas por economistas. Delas surgem certas confusões. Essa pesquisa é anterior ao novo Código Civil que, todos sabem, criou uma série de outros conceitos que, na minha opinião de leigo em termos de direito, vão agravar ainda mais essa situação. Dizem que ele inclui princípios de boa fé. E o que é ou não é boa fé? Quando você começa a colocar muita coisa subjetiva, dá margem a muitos mais questionamentos.

Acho que a possibilidade de você viabilizar o crédito fica cada vez mais difícil. São coisas que preocupam.

E outro dado também que ele apurou é que, se esses problemas fossem reduzidos, o efeito no PIB poderia ser de um crescimento em cerca de 20%. Ou seja, se no ano passado nosso PIB cresceu cerca de 1,5%, ele poderia ter crescido 1,8%, o que seria muito significativo. Os fatores que estão envolvendo essas operações são realmente muito complicados. E nossas dificuldades, principalmente dos operadores do crédito imobiliário, dizem respeito às pressões para aplicar, pressões dos advogados, a inadimplência está alta. Acho que essa questão jurídica tem que ser olhada com muito cuidado. Sou um pouco cético, não vejo muita possibilidade de a gente melhorar a situação depois de algumas coisas que saíram em termos do Código Civil. Não sei se ele veio para ajudar ou atrapalhar.

A gente ontem discutiu a questão da prescrição. No SFH existe uma série de problemas. A multiplicidade: perdeu-se o *timing* para executar aquele pessoal que tinha duplo financiamento? Mas a Caixa não tinha dito ainda que havia duplo financiamento? Provavelmente, se o agente financeiro fosse cobrar de uma forma judicial, poderia até ter uma ação regressiva: por que você está me cobrando se na realidade meu contrato está regular? Então é uma coisa muito complicada. Eu não quero fazer nenhuma pergunta para o Dr. Gustavo, só quero parabenizá-lo pelas colocações.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Chegou aqui uma questão do Dr. Fonseca, do Bradesco. Ele pergunta o seguinte para o Dr. Gustavo: o grande problema do SFI bem como do próprio SFH são os contratos de longo prazo. Como no Brasil, afirma ele, o pré-pagamento é um direito do devedor, é um direito daquele que tem a dívida, ele questiona o seguinte: se no SFI, com contratos de longo prazo, não poderá haver um conflito em razão do *funding*? Quer dizer, a possibilidade de o devedor fazer o pré-pagamento, o *funding*, correspondente à emissão de um CRI, que foi colocado na mão de um investidor, com o pré-pagamento poderá haver um conflito, um risco com isso. Então ele questiona exatamente esses aspectos.

Gustavo Loyola – Eu acho que essa questão do pré-pagamento é realmente complicada do ponto de vista do sistema financeiro, em geral, e das operações de crédito imobiliário, em particular, principalmente nas operações em que há securitização. Quer dizer, se você tem, evidentemente, na securitização, a correspondência entre um contrato de crédito imobiliário que foi firmado para vigorar durante um certo período e, na realidade, isso é interrompido pela vontade do mutuário, você pode criar um desequilíbrio e um custo adicional que não está previsto por nenhuma dessas partes. Acho que existe esse conflito: você ter um *funding* de longo prazo sendo alocado supostamente por um contrato de longo prazo. Na medida em que esse *funding* de longo prazo, esses recursos de longo prazo, acabam sendo alocados por contrato de curto prazo, você cria um – no jargão nosso do mercado – descasamento que tem um custo. Na realidade, eu não sou contra tirar o direito do pré-pagamento. Acho que o razoável é você possuir cláusulas que estabeleçam que esse pré-pagamento importe algum tipo de ônus para quem está pré-pagando. Na realidade, é preciso que essa modificação no contrato – que, na realidade, é uma modificação no contrato – tenha alguma contrapartida, não é? E aí sim, na negociação do contrato, esse risco que foi mencionado aqui seria de alguma forma mensurável e representaria um determinado percentual de multa ou um determinado outro tipo de penalidade.

Por exemplo, eu me deparei com uma situação muito parecida com essa na área da previdência privada. Previdência privada também você faz de longo prazo e certamente a entidade de previdência vai procurar ter ativos de longo prazo para poder honrar essa sua previdência lá na frente. Se, de repente, você dá o direito de retirada desse segurado, dessa pessoa, na realidade a entidade tem que se desfazer desses ativos de longo prazo, eventualmente até com perda de valor para poder honrar esse pagamento. Então é uma questão complicada. Tem uma discussão muito grande disso nessa indústria de previdência, que é a questão da portabilidade, que é o direito que você tem de levar suas aplicações de um lado para outro *versus* o custo que a portabilidade traz do ponto de vista da estruturação das carteiras de ativos dessas empresas, que têm que ser de longo prazo. O ideal para evitar isso aí é você ter a portabilidade, mas mediante condições, para que isso não vire exatamente uma regra, por-

que aí todo o objetivo nesse caso seria perdido. E a mesma coisa vale aqui no crédito imobiliário, o mesmo tipo de raciocínio.

Hamilton Nogueira – Uma pergunta bastante singela. Neste seminário certamente vamos discutir com muita profundidade os aspectos eminentemente jurídicos da questão dos juros no Código Civil. A redação é bastante falha, a meu ver, tanto no art. 406 quanto no art. 591. Então, aparentemente, à primeira vista, a Selic, neste momento, e segundo o Código Civil, é piso para a cobrança de mora, ou seja, punitivamente ela é piso porque não há uma limitação aqui na lei quanto ao máximo. Só diz que, não estipulando, é ela. Enquanto isso, o art. 591 traz a Selic emprestado como teto. Então a pergunta que vem é a seguinte: a Selic incorpora, salvo falha de conhecimento minha, ela incorpora uma parcela remuneratória, que seriam os juros, e uma parte, que seria de correção monetária, decorrente do índice da inflação? Nos contratos do sistema, temos normalmente a previsão da correção monetária. Se utilizarmos a correção monetária e tivermos também na taxa de juros a Selic, me parece que estamos correndo o risco de cobrar duas vezes a correção. É essa a questão que eu queria colocar.

Gustavo Loyola – Acho que é uma excelente questão. A taxa Selic já cobre tanto a parte de remuneração real quanto a correção inflacionária, vamos dizer assim. Eventualmente, a taxa Selic pode até ficar abaixo da inflação, dependendo da política monetária, mas de qualquer forma, como regra geral, é isso. Você poderia ter de fato, ao aplicar correção monetária em cima de taxa Selic, uma remuneração excessiva; você teria um custo excessivo para a outra parte, por você estar teoricamente incidindo uma taxa nominal sobre uma correção de inflação. Isso poderia ser alegado sim.

Hamilton Nogueira – Então parece que o lógico seria a fixação de taxa fixa para a remuneração do contrato, taxa essa que ficaria no tempo subordinada a uma limitação ou a uma redução em função da Selic, mas não colocar a Selic como taxa de remuneração contratual.

Gustavo Loyola – Eu não saberia responder assim de pronto, teria que pensar um pouco. Essa é uma discussão complicada, porque na realidade

busca exatamente eliminar o efeito inflacionário. Só que a TR, hoje, realmente, não é correção monetária porque ela é muito abaixo da inflação. Aí, a questão é saber se essa taxa Selic entra em substituição à taxa contratual. Se for assim, por exemplo, um contrato que está em TR + 10, você deixa de cobrar TR + 10 para cobrar Selic, nessa idéia de substituir. Mas nada pressupõe que a Selic seja superior a essas taxas TR mais alguma coisa. Pode ser ou pode não ser. Então, de repente, você está cobrando uma taxa que é inferior à taxa contratual e aí você tem um estímulo à inadimplência. É uma coisa meio complexa. Talvez o ideal, do ponto de vista da economia, seja você fazer uma punição que tenha uma proporção com a própria taxa contratual. E não uma taxa que seja universalmente aplicada a todos os casos.

Alfredo Bilo (Fin-hab, Rio Grande do Sul) – Antes que terminasse esta palestra, eu queria trazer alguma coisa para nós meditarmos, em relação ao que foi colocado pelo Dr. Loyola. Ele falou que as leis não são ruins, o que realmente é ruim é o processo, tendo dificuldade no Judiciário, em função dos atrasos no julgamento dos conflitos jurídicos bem como dos problemas às vezes de dicotomia no entendimento, às vezes nos próprios tribunais em relação a determinadas matérias, com o que nós concordamos plenamente. Mas há fatos que agravam ainda mais esse custo-judiciário e que também influi no custo-Brasil, que são as intervenções – e aqui vai um contraponto que eu quero fazer com o palestrante – à atividade de política de governo, muitas vezes feitas por economistas, que intervêm no processo, muitas vezes ferindo contratos, direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e acabados e que acabam enfatizando e agravando muito mais ainda esse processo no Judiciário. Exemplo disso é o caso do Sistema Financeiro da Habitação, que foi concluído em cima de uma noção de equilíbrio; os indexadores dos ativos eram os mesmos indexadores do passivo, o que garantia o retorno integral do financiamento concedido, quando da concessão do empréstimo; as prestações tinham indexadores de acordo com o salário dos adquirentes. Então, era um sistema perfeitamente equilibrado. Na medida em que, por força de planos econômicos e de políticas de intervenção do governo, esse equilíbrio foi quebrado, isso fez com que o poder Judiciário fosse abarrotado de inúmeros conflitos em

decorrência dessa política intervencionista e que agravou muito mais o custo-Brasil, o custo do poder Judiciário. Essa é uma matéria que trago para reflexão, no sentido de que se faça um contraponto em relação às questões que foram colocadas.

Gustavo Loyola – Muito oportuna sua interação; concordo em gênero, número e grau. Até brinquei que, na oportunidade de falar sobre o Código Civil, foi até conveniente que eu tenha esquecido um pouco a responsabilidade dos economistas e me centrei na responsabilidade dos operadores de direito. Eu até escrevi um artigo dizendo o seguinte: o grande problema do sistema hoje é que nós substituímos a época em que os economistas faziam leis por um tempo em que os juízes fazem economia, os juízes operam mercados. De fato, todo o início dessa confusão se deu com a excessiva intervenção do Estado sobre os contratos, principalmente no bojo dos planos econômicos. Depois, hoje, nós temos uma reinterpretção desses planos econômicos por parte do Judiciário. E claramente é uma situação que tanto a emenda quanto o soneto são ruins. Não se pode dizer que a emenda é pior que o soneto, porque seria uma injustiça com o Judiciário. Mas eu diria que a emenda é tão ruim quanto o soneto. Acho que aí existe uma responsabilidade compartilhada. É claro que se a gente ficar nessa questão de jogar a responsabilidade, nós vamos chegar a Pedro Álvares Cabral, depois a Dom Manuel, o Venturoso... Na realidade, o grande problema no Brasil foi que a gente não conseguiu criar uma economia estável nos anos de 1980; a tentativa de criar essa estabilidade se deu mediante essas intervenções abruptas do governo, que por coincidência ocorreram justamente no período de redemocratização, quando se buscava um processo de reafirmação dos poderes Legislativo e Judiciário, um processo de descentralização do poder e, enfim, quando se chocaram essas duas realidades. O resultado é o que nós vemos hoje. Então eu não quero aqui diminuir a responsabilidade dos economistas, mas apenas centrei muito mais a palestra numa questão do Judiciário, em função justamente do tema que aqui está sendo debatido hoje.

Pedro Gelda – Primeiro, é uma contribuição nessa questão da mora, dos encargos moratórios. No nosso sistema, o encargo moratório corresponde

à aplicação dos mesmos indexadores do contrato mais a taxa contratual e aí, por cima, o 1%, correspondente aos 12% ao ano de encargo. Então sempre se cobra o que está no contrato – TR, IGPM ou o que for – mais as taxas contratuais e mais o encargo moratório, que, aí, é independente do indexador. Foi a solução que a gente achou para se adequar mais próximo do que o Dr. Loyola falou.

Agora, em relação ao mercado e a essas incertezas todas que o Código Civil veio trazer, acho que a gente tem que estudar um mecanismo para dar mais flexibilidade. Nós estamos falando aqui como é que a gente faz prevalecer o contrato, o ato jurídico. A gente sabe que, como o Dr. Loyola falou, a questão da operação de longo prazo, no país que a gente vive, deve contemplar alternativas de se repactuar o salário, a perda de renda, fatores que venham interferir. E eu acho que teria que prever mecanismo de, por exemplo, substituição do imóvel. A gente sabe que hoje há vários fatores tributários. Mas como não podemos tratar de tributação menor nessa substituição de imóvel por perda, então vamos ter que procurar soluções criativas para tratar esse problema.

Minha pergunta é se existe alguma idéia nessa questão. Por exemplo, no mercado americano, há essa questão de substituir o imóvel, dar garantia, não sei se é por opção de compra e sem transferência da titularidade. É preciso dar mais flexibilidade, porque retomar, ir para a Justiça para retomar, a gente sabe que o custo é elevado. Então, tentar resolver esse problema de inadimplência e até para se adequar ao Código Civil, com alternativas de negociação que não venham ferir o novo Código Civil. Quer dizer, nós estamos oferecendo a oportunidade, estamos oferecendo outro imóvel, não tem simplesmente que retomar, realizar a garantia e tomar.

Gustavo Loyola – Bom, é claro que, primeiro, eu acho que a flexibilidade dos contratos, a adaptabilidade do contato é importante até para assegurar a força do contrato. Vamos usar um conceito de engenharia, quer dizer, no fundo, um prédio de 50 andares só é sólido, ele só se sustenta, por exemplo, à ação de um vento muito forte se ele tiver algum tipo de inclinação que ele possa sustentar um pouco essas forças que estão atuando sobre ele. Então, essa flexibilidade é inerente a essas estruturas e dá a elas exatamente a força para resistir a essas tensões muito altas. Nos con-

tratos, acho que o mesmo conceito se aplica: eles têm de ser flexíveis para resistir na sua essência ao meio ambiente em mutação que ocorre durante sua vigência. Agora, não conheço assim especificamente, confesso, a legislação americana, mas posso dizer o seguinte: dadas as especificidades do sistema judicial americano, dada a existência de mercados de muita profundidade e liquidez, essas flexibilidades contratuais existem e normalmente são quantificáveis, quer dizer, é possível fazer qualquer alteração no contrato – estou exagerando o qualquer aqui –, porque isso é precificado e só pode ser feito, de forma que, por exemplo, a substituição do imóvel deve ter, imagino eu, algum tipo de mecanismo mediante o qual isso possa ser feito e tenha um determinado custo para se fazer. É como você conseguir precificar, num mundo ideal, todos os imprevistos, todos os eventos incertos, o que significa, em outras palavras, que você estivesse seguro quanto a tudo; na realidade seria um mundo ideal, você criaria para aquele contrato, para as partes, um mundo sem risco. Obviamente, isso não existe, mas nos Estados Unidos você consegue, de certa maneira, pela existência dos mercados, reduzir os riscos, porque você tem muitos mecanismos de gerenciamento, distribuição, disseminação, transferência desse risco etc. Acredito que você tenha esses mecanismos e a eles deve ter associado alguma coisa do tipo: olha, você quer um contrato em que você pode fazer isso ou um contrato em que você não pode fazer isso? No contrato em que você pode fazer isso, então você tem uma sobretaxa de X. Eu não sei se é assim não, mas segundo minha experiência e do pouco que conheço do mercado financeiro americano, acho que deve funcionar mais ou menos assim.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Em agradecimento e em homenagem à brilhante exposição do Dr. Gustavo, a Abecip quer marcar sua presença neste seminário oferecendo-lhe uma singela lembrança do evento.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Expositora: **DRA. TERESA CRISTINA PANTOJA**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Osvaldo Correa Fonseca

Dia: 03.04.2003 (quinta-feira)

Hora: 11h

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vou destacar apenas alguns aspectos do extenso *curriculum* da Profa. Teresa Cristina Pantoja. Ela é Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, em 1972; desde 1999 é Sócia-Gerente do escritório Pantoja Advogados Associados. É Professora de Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, desde 1986. Em 1996 presidiu a banca do concurso público para admissão de novos Professores de Direito Comercial à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. É Professora de Direito Internacional Privado na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro e foi Professora de Direito de Empresas e Direito das Obrigações, na Fundação Getúlio Vargas, de 1981 a 1990, e do Instituto de Direito Público e Ciências Políticas, em 2001 e 2002, na mesma Fundação Getúlio Vargas; *Management* em Direito Imobiliário; é Professora Convidada da Escola Superior de Administração de Empresas de Cachan, na França, desde 2000; é Mestranda em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Além disso, têm diversas outras atividades, como membro de câmaras de arbitragens, e autora de diversos ensaios e artigos em publicações jurídicas e especializadas.

Com a palavra, a Dra. Teresa.

Tereza Cristina Pantoja – Bom dia a todos! Muito obrigada, Fleury, pela gentileza. Gostaria de agradecer ao Ibrafi e à Abecip pela gentileza do convite que me fizeram, chamando-me para falar aos senhores. Queria

agradecer igualmente a presença do Dr. Fonseca, colega de mesa, o que muito nos honra.

Vamos conversar sobre essa questão da desconsideração da personalidade jurídica. Vou pedir desculpas àqueles dentre os senhores que são advogados, porque quando eu fui informada de que haveria alguns advogados e alguns não-advogados, fui obrigada a montar uma apresentação tentando ser um pouco didática para aqueles que não são advogados. De modo que aqueles que são advogados e já estão cansados de saber, vão ter uma certa paciência. Nós vamos tentar explicitar primeiro, no estudo da desconsideração da personalidade jurídica, o que é que é, efetivamente, a personalidade jurídica.

Não há como não mexermos ou não lembrarmos dos institutos de Direito romano quando estudamos Direito no Brasil, porque o Brasil é um país de sistema originariamente romano-germânico, ou seja, é o direito romano evoluído e sofrendo as influências do direito dos germânicos, do direito dos visigodos, a evolução dos direitos na Idade Média. Então, os advogados já sabem e vão ter paciência.

No Direito romano, o que é que a gente tinha? A gente tinha o cidadão, que obviamente era pessoa e como tal tinha a característica da personalidade e ponto-final. Roma era a união dos cidadãos e das pessoas especiais, os senadores, que os cidadãos haviam elegido para elaborar as leis. Então, como hoje se vê em filmes que retratam a época ou se lê em trabalhos, era a sigla SPQR, quer dizer, o senado e o povo de Roma decidiram. Em todas as leis vinha a sigla SPQR, o senado e o povo de Roma decidiram.

Muito bem, os romanos não tinham a menor necessidade de criar uma noção de personalidade jurídica. Essa noção resultou de uma determinada evolução. Partiu, originariamente, da necessidade que se verificou ainda em Roma antiga, da atribuição da característica da personalidade a determinadas situações. Quais eram essas situações? Muito bem, quando era necessário efetivar alguma obra pública, essa obra pública tinha que receber uma dotação de determinados recursos, determinadas contribuições. Então essa obra pública não era nem o Senado, nem o povo de Roma e não eram os cidadãos de Roma. Então o que ela era? Aí começou a se criar esse tipo de *societatis*, essas *societas publicanis* ou

societates publicanorum, no plural, que eram sociedades especificamente constituídas para um objetivo. Ou seja, o objetivo de concretizar obras públicas, o objetivo de concretizar o fornecimento de serviços ou de materiais voltados para a administração pública. Um dos primeiros conceitos de administração pública surgiu em Roma. Muito bem, até mesmo se constituíam essas “pessoas”, entre aspas, que não eram vistas ainda como pessoas, para prover ou para providenciar a exação tributária. Para evitar sobrecarga dos agentes públicos, essas sociedades eram formadas para providenciar a exação tributária.

Essa noção de uma “personalidade”, entre aspas, ou de algo diferente daquilo que havia no Direito romano clássico, começou a evoluir e a se condensar mais, porque as noções, historicamente, vão se densificando, vão se condensando até que se tornem um princípio e até que se tornem um instituto, a conscientização dos povos também vai evoluindo. Então, a idéia veio e sofreu um impacto muito grande na baixa Idade Média, com os preceitos do Direito Canônico, de Santo Agostinho, que escreveu muito sobre a pessoa humana, escreveu também sobre a Igreja. E por que isso? Porque a Igreja, numa fase de implantação, precisava ter condições de gerir seus próprios bens. Porque uma coisa é o reino dos céus e outra coisa é o reino da terra. Então a Igreja precisa ter condições, poderes e formas para viabilizar a gestão de seus próprios bens. Com isso começaram a se atribuir certa personalidade, que ainda não era propriamente a personalidade, mas atribuíram uma característica diferenciada das pessoas naturais a essas instituições, a essas entidades, conventos, ordens religiosas etc. Já houve um início de uma evolução gradual, chegando perto da personalização, uma sofisticação. Já podiam administrar seus próprios bens, o que já foi uma evolução.

Com a evolução do comércio, das profissões liberais, todos nós estudamos história geral, aquelas corporações de ofício na Idade Média e tal, o que é que começou a haver? Uma dissociação daquele Direito romano clássico, que começou a se misturar com o direito dos povos bárbaros, dos povos nômades.

Enquanto o Direito romano valorizava a propriedade da terra, porque Roma era basicamente agrária, os povos nômades valorizavam a propriedade de moedas, a propriedade de gados, a propriedade da safra, da co-

lheita. Então, já não era mais propriamente a propriedade da terra que eles valorizavam. Isso provocou uma mudança no pensamento, nos esquemas, no juízo de valores, nas prioridades, impactando até a produção de normas. Muito bem.

Na Idade Média, com a formação das corporações de ofício e aquele ímpeto de obtenção de lucro, o que é que começou a acontecer? Formaram-se essas corporações, portanto formou-se um início da especialização profissional. Essas sociedades, as famosas corporações de ofício, geraram a formação de sociedades. O que é que eram essas sociedades dos comerciantes? Não tinha mais qualquer relação com os conventos nem com os mosteiros.

Tanto assim é que o nosso Código Comercial cuja parte primeira agora em 11.01.2003 foi revogada com o novo Código Civil, o nosso Código Comercial ainda usava a terminologia corporações de mão morta. E o pessoal que estudava agora recentemente direito comercial perguntava: mas o que é que é isso, corporação de mão morta? Eram as corporações religiosas. E por que mão morta? Porque o indivíduo, quando ele assina um documento para dispor do seu patrimônio, ele assina a mão. Então dizia-se mão morta porque ele perdia a disposição do seu patrimônio, porque o patrimônio era vertido para aquela ordem religiosa, em decorrência do voto de pobreza que era feito. Foi assim que a Igreja Católica amealhou o vultoso patrimônio que conserva até hoje. Como é que começaram a se formar essas primeiras sociedades mercantis? De forma diferenciada da formação dos conventos, das ordens religiosas. Elas começaram a se formar porque o comerciante em nome individual não conseguia desenvolver suas atividades. Quando ele começava a aumentar o seu movimento, e já não conseguia mais desenvolver a atividade sozinho, precisava de alguém para dividir, para repartir com ele as tarefas. Então, uma primeira forma, uma primeira razão de surgimento dessas sociedades foi a divisão de trabalho. Aí o salto que é dado é uma sofisticação porque aí já é uma proteção patrimonial. E a gente vê às vezes um filme, que eu não sei se os senhores viram, mas há uma história em quadrinhos que circula muito na França chamada Asterix. Recentemente passou um filme aqui, foi feito com o Gérard Depardieu e tal. Esse Asterix ilustra justamente a vida numa comunidade medieval. Então a gente observa coisa curiosa. Se um pei-

xeiro vendesse peixe estragado, o que é que acontecia? Ele era recriminado, só faltava ser apedrejado. Porque não havia distinção entre o empreendimento desenvolvido por ele e a pessoa dele.

Ou seja, gradualmente, o comerciante em nome individual começou a perceber que, para proteger seu estabelecimento e às vezes até mesmo sua família, era necessário criar uma forma pela qual ele pudesse ter um certo grau de quitação de responsabilidade. Esse segundo salto histórico que houve foi para limitar a responsabilidade, portanto para proteger o patrimônio do comerciante. Já é um segundo momento. Essas sociedades, portanto, resultaram da necessidade de apoio mútuo, da divisão do trabalho, muito bem. Elas começaram a se sofisticar e a assegurar, ou buscar assegurar, uma proteção patrimonial para o comerciante. Como é que elas acabaram se constelando? Para o que elas evoluíram?

Em 1407, a primeira sociedade por ações de que se tem notícia foi a Banca de Santa Gênova, em Gênova, na República de Gênova, onde alguns comerciantes, credores que haviam feito empréstimos à República de Gênova, se uniram numa casa propriamente dita, alugada, e lá trocavam idéias, faziam reuniões sobre como iam executar os créditos contra a república. Para consubstanciar, para corporificar esses créditos, haviam sido emitidos, evidentemente, contratos. Eles decidiram se unir nessa casa e decidiram apanhar esses contratos e transportar, conferir esse direito de crédito para a formação de um banco. A Banca di San Giorgio foi formada com conferimento, ou conferência, de direitos de crédito oponíveis à República de Genova. O que aconteceu?

Como eles tinham um direito de crédito absoluto contra a República de Genova, quais eram os recebíveis, que é um termo mais contemporâneo, que a República de Gênova tinha? Arrecadação tributária, evidentemente. No século XV, como os senhores percebem, não havia tanta regulamentação, tantos limites, a não ser aqueles limites do Direito Canônico, e por força de eles serem credores de Genova, sub-rogaram-se no poder fiscalizatório, arrecadador da própria República de Genova. Surgiu daí a primeira sociedade por ações. Como eles tinham essa feição de se sub-rogarem no poder fiscalizatório, no poder arrecadador da República de Genova, eles precisavam de uma autorização para funcionar dessa forma; precisaria haver, formalmente, uma autorização, ainda que

eles tivessem, praticamente, se sub-rogado. Houve uma autorização para que eles viessem a funcionar dessa maneira.

Depois, a gente evolui mais e já não eram mercantilistas as primeiras companhias, estruturadas à feição daquela primeira, Banca di San Giorgio, em Gênova, que começaram a ser criadas.

A primeira companhia mais semelhante a uma sociedade por ações foi criada em 1593, na Holanda. Naquele tempo das corporações de ofício, uma das mais importantes era a Hansa Teutônica, a Liga Hanseática, que era curiosamente sediada nos Países Baixos ao invés de ser sediada na Alemanha.

Em 1593 foi criada, na Holanda, a primeira, e depois, em 1602, foi criada, também na Holanda, a Companhia das Índias Orientais. Mais adiante, em 1621, a Companhia das Índias Ocidentais. Em resumo, por que eu estou falando de S.A.? Porque a S.A., classicamente, é a sociedade que, de forma mais clara, mais evidente, assume, primeiramente ao longo dos anos, ao longo dos séculos, uma personalidade jurídica. Muito mais claramente, ou muito mais conceitualmente e muito mais evidente do que a personalidade das instituições ligadas ao sistema canônico, à Igreja Católica.

Em síntese, era isso o que eu gostaria de falar, agora, nessa primeira parte. Em seguida vou falar, ou tentar falar, da desconsideração. Porque nós estamos falando da pessoa jurídica. Em síntese, a noção de personalidade jurídica é uma noção complexa. A gente se acostuma porque, desde que nascemos, vemos lá isso estabelecido no Código Civil, mas essa idéia levou muitos séculos para se constelar, para se configurar intelectualmente na consciência dos indivíduos.

Resumindo, ela surgiu, basicamente, da conveniência de se limitar a responsabilidade dos sócios em determinados empreendimentos. E ela atinge um maior grau de sofisticação com a formação da sociedade por ações ou companhia; a S.A., portanto, se desenvolve historicamente, como uma entidade, que, em princípio, é perene. Decorre daí a perenidade, essa permanência da empresa, essa perenidade da sociedade por ações; basicamente, decorre dessa estruturação lógica. Por quê?

Porque em Roma, quando se criavam essas sociedades, que aparentemente já eram um prenúncio de pessoa jurídica, eram eminentemente transitórias, para atender a um suprimento necessário para as obras pú-

blicas, como vimos. Agora não. A S.A. já adquire essa perenidade. E os sócios detinham ações, que eram títulos que corporificavam o direito de participação no patrimônio social. Em função da perenidade dessa sociedade, o sócio não pode mais propor uma dissolução parcial; ele não pode mais pretender sair da sociedade, voltar-se para a sociedade e dizer, estão aqui minhas ações, quero sair. Não pode mais. Por quê? Por causa da perenidade. A perenidade que decorre dessa autonomia patrimonial e que decorre da autorização para funcionar, porque todas elas, estruturalmente, começaram com uma autorização para funcionar. A sociedade por ações ilustra, de forma muito acentuada, a personalidade jurídica. Por quê? Porque ela prescinde das pessoas dos sócios para existir. Na realidade, os sócios da sociedade por ação não são pessoas, eles são dinheiros, são capitais. Quem se associa *longa manu*, em última análise, quem detém o dinheiro é alguém, mas, essencialmente, a formação da sociedade por ações é uma associação de capitais. Diferentemente de outras sociedades, mais primitivas, num grau de conscientização institucional menos elaborado, tais como a sociedade em comandita.

Na primeira parte do Código Comercial, que até janeiro de 2003 estava em vigor no Brasil, era preciso que um dos sócios pelo menos fosse comerciante, o que mostra que a pessoalidade da sociedade decorria da pessoa de um sócio. É muito mais elaborada a sociedade por ações, porque a pessoalidade dela não decorre da pessoa de ninguém, decorre dela própria. Sempre tivemos esses graus diferenciados de personalização, com tendências divergentes através dos tempos.

Enquanto, de um lado, havia essa evolução para consolidar, corporificar a sociedade por ações, havia, através dos tempos, determinadas situações, determinadas circunstâncias que não chegavam a evoluir para adquirir pessoalidade, mas era algo no meio do caminho. Por exemplo, o condomínio.

O condomínio atua como se personalidade tivesse, mas não tem personalidade. Consórcio não tem personalidade também. Atenção, pois essa imagem, não esgota todas as possibilidades de universalidades de direito. O patrimônio de afetação é uma universalidade de direito, mas não tem personalidade, é uma segregação patrimonial. A herança jacente, o espólio. O que caracteriza essas entidades? É atribuído a elas o condão de agir

como se, legalmente, personalidade tivessem. Podem ingressar em juízo, podem ser demandados em juízo, porém, não têm todas as características da pessoa jurídica sobre as quais falaremos. Assim como, supostamente, a pessoa natural, que somos nós, tem uma certa durabilidade, que, obviamente, é o nosso tempo de vida, a pessoa jurídica também tem uma certa durabilidade, e existe uma propensão para a perenidade na pessoa jurídica. E nada disso existe, seja no espólio, que, obviamente, é transitório, na herança jacente, no patrimônio de afetação. Por quê? Porque se trata de uma segregação patrimonial para atender a consecução de uma determinada finalidade. Não tem uma índole perene. Cada caso é um caso, mas é possível perceber que existem graus diferenciados de personalização. E o que é, basicamente, essa personalização?

Na verdade, quando equiparamos um ente que não é uma pessoa, ele só passa a ser pessoa a partir no momento em que a lei lhe atribui personalidade. Por que a gente precisa atribuir personalidade? Por que nós somos limitados, somos seres humanos e, para efeito do nosso próprio raciocínio, a gente tem que equiparar as situações ao nosso corpo.

Os senhores sabem, por exemplo, por que a cidade mais importante de um país é chamada capital? Porque é cabeça, capital é *caput, capitis*, que em latim é cabeça. Por que cabeça? Porque na nossa limitação de consciência, de pensamento, o corpo humano, se for decapitado, não funciona. Então, a cabeça é o mais importante. A cidade mais importante de um país, de onde provêm as ordens, onde está sediada a administração pública, os poderes legislativo, o judiciário centrais, essa é a capital, porque é a cabeça do país. Nós temos essa feição. Às vezes a gente diz que o braço metálico da empresa tal é a outra empresa tal. Braço metálico? Por quê? Quer dizer, a ramificação, dentro do grupo empresarial, a ramificação que cuida da exploração da metalurgia ou da exploração de minérios e tal, então é o braço mineral, ou o braço metálico. Por que a gente usa braço? Porque nós temos braço. E usa braço no sistema de uma correlação, por proximidade com o corpo humano.

Essa personalidade acarreta a mesma intangibilidade que a pessoa humana deve ter. Aqui, a gente volta um pouco no encaminhamento das idéias. Por que a pessoa humana deve ter intangibilidade? Porque, como pessoas humanas, obviamente, erigimos isso num dogma, tanto no Direito Canônico,

como nos sistemas jurídicos de todos os países, a pessoa humana é sempre intangível. Primeiro, por uma questão de autoproteção; depois, por questões de ética, morais e tudo mais, mas, basicamente, por uma questão de autoproteção, porque nós somos os únicos animais conscientes.

Agora chegamos. O que é, então, a desconsideração da personalidade jurídica? Vimos a longa evolução da personalidade, da evolução conceitual à personalidade; por que desconsiderar a personalidade? Se levamos tanto tempo para chegar à personalização, por que despersonalizar? Numa sociedade por ações, os fundos postos à disposição da sociedade pelos sócios, os quais, num momento zero, vão ter o apelido de capital social, são categorizados contabilmente como passivo. É curioso. Porque, na verdade, a gente deveria pensar: ora, se os recursos que são objeto de contribuição para a sociedade são o dinheiro que a sociedade vai ter para se movimentar e para gerir, para alugar um galpão, para comprar uma máquina, essa coisa toda, então, por que isso não é o ativo, por que isso é o passivo? Porque, essencialmente, é uma disponibilidade pecuniária que a sociedade tem, mas que nasce de um débito. Porque, quando um sócio adquire o direito de participação na sociedade, ele confere o dinheiro ou confere bens suscetíveis de avaliação em dinheiro para a sociedade, para a formação do capital, e da sociedade, por sua vez, emite em favor do sócio ou do fundador o título que é a ação. Se esse sócio não quiser mais ser sócio da sociedade, o que ele faz? Ele não pode chegar na sociedade e dizer, bom, está aqui minha ação, você, por favor, me devolva o meu dinheiro. Por quê? Porque se ele pudesse fazer isso, estaria ao alcance dele romper com a perenidade da sociedade por ações.

Como eu estava dizendo, a sociedade por ações é aquela cuja personalidade jurídica é a mais complexa, mais sofisticada; pior isso ele não pode fazer isso. Mas o que ele pode fazer? Ele pode alienar a terceiros aquele direito de participação. Se houver acordo de acionistas, ele oferece suas ações primeiro para os seus sócios ou signatários. Senão, ele oferece no mercado. Ele não está permanentemente vinculado à sociedade, mas também não pode prejudicar o capital. Porque o capital da sociedade assegura o quê? Primeiro, o capital da sociedade é a garantia de terceiros. E por que o capital da sociedade é a garantia de terceiros? Porque ele é a medida, a mensuração do investimento que os sócios estão fazendo no risco

empresarial. Tanto é verdade isso, que a saída ou retirada do sócio não se sujeita à oposição de credores; não há um prazo legal para que os credores possam se opor. Entretanto, quando o capital social é reduzido, existe um prazo, de lei, para que fique em aberto a redução do capital. Por quê? Para possibilitar que credores que se sintam prejudicados com a redução do capital possam exercer o seu direito de oposição. O que demonstra que a pessoalidade é para ser permanente bem como para mim também demonstra que a desconsideração da personalidade jurídica é algo extremamente grave e que só pode ser feita em obediência à mesma sistemática lógica da atribuição da personalidade, da personalização.

No Brasil, no nosso sistema jurídico, temos algumas tutelas especiais. Existe a desconsideração da personalidade jurídica em benefício de, basicamente, três modalidades especiais de credores. A primeira delas é o fisco. Não significa que o credor tenha a primeira preferência, não. São leis diversas que estatuem essa possibilidade da ruptura da personalidade jurídica. Muito bem. Por que eu coloquei o fisco em primeiro lugar? Porque, estatisticamente, quem mais exerce, quem mais impetra ações para desconsiderar a personalidade jurídica de entidades, dotadas de personalidade, é o fisco. Trata-se de um remédio preponderantemente utilizado pelo fisco.

Mas, sempre, no Brasil, a despersonalização, tem de ser justificada e ocorrer sempre por determinação judicial. Porque senão é uma enorme confusão, deixa de existir a segurança que deve haver na ordem jurídica. Ela sempre deve resultar de determinação judicial. E quem faz uso da personalidade jurídica? Os juízes, em princípio, determinam a desconsideração; uma vez que quem faz uso da personalidade jurídica o faz no intuito de fraudar a lei.

Mesmo que não existisse no nosso sistema jurídico uma expressãozinha com esse apelido de desconsideração da personalidade jurídica, poderia, teoricamente, ser utilizada a desconsideração, ainda que não tivesse esse apelido. Por quê? Porque seria um abuso de direito, não é verdade? Então, com base nas antigas teorias de abuso de direito, poderíamos promover a desconsideração, mas usamos a desconsideração porque gostamos, às vezes, de usar uns apelidos que os outros sistemas jurídicos dão à realidade, um apelido mais moderno. Tem de haver o intuito, quer dizer, a

vontade de fraudar a lei. Do mesmo modo quando ela é usada para perpetrar abuso de direito. Isso ocorre porque fraude à lei ou qualquer exercício abusivo de direito de propriedade, em princípio, pode ser penalizado, e uma forma de penalizar é desconsiderar aquele veículo jurídico que foi interposto como uma proteção patrimonial.

Qual é a origem da desconsideração? Foi mencionado antes que ela é um instituto exógeno, não propriamente um instituto do sistema romano-germânico, absolutamente. Discute-se muito qual é a origem da desconsideração da personalidade jurídica. Os Estados Unidos gostam de asseverar que teria surgido em 1809, numa famosa decisão judicial *Bank of United States versus Deveaux*. Discute-se muito que a origem teria sido na Inglaterra. Eu, particularmente, estou inclinada a achar que a origem foi na Inglaterra. Curiosamente, os senhores vão, talvez, ler ali no *slide*, que ela resultou de uma decisão que não desconsiderou a personalidade jurídica, mas manteve a pessoa jurídica hígida, sadia. Os senhores podem ler ali: Mr. Salomon tinha muito sucesso como comerciante e tal. Num dado momento, ele resolveu criar uma sociedade e transferir seus ativos comerciais para essa sociedade. Os ativos comerciais pertenciam a ele, porque ele era comerciante em nome individual. Ele transferiu os ativos para a sociedade, como quem transfere dinheiro, porque os ativos são suscetíveis de avaliação em dinheiro. Muito bem. E, criou a sociedade, que era uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada, não era uma S.A. Mas ele criou essa sociedade atribuindo ações aos seus filhos e à sua esposa. Como ele entendia que o negócio era dele, que seus ativos valiam muito, ele achou que o capital que determinou atribuir a essa sociedade não era suficiente para compensar pelo bem que ele havia transferido. Ou seja, o valor das ações não seria suficiente para compensar a atribuição, o conferimento integral do negócio dele. Então, ele também fez com que a sociedade emitisse debêntures, que, como os senhores sabem, são um lançamento público ou privado de um contrato de mútuo, a cartularização de um contrato de mútuo. E o que ele fez? Emitiu debêntures que ficaram em poder dele, uma vez que ele não só era um acionista muito importante como era um debenturista muito importante. Um credor.

Num dado momento, a empresa, não o negócio, que já estava transferido para a empresa, mas a própria empresa entrou em insolvência,

numa época em que houve muitas quebras de empresa, por uma série de circunstâncias históricas. Foi nomeado um liquidante, porque o procedimento usado na época era a nomeação de um liquidante externo. Esse liquidante se recusou a pagar as debêntures, ou seja, o débito da companhia perante o próprio Salomon. Para quem? Para Mr. Salomon, que era o acionista principal da empresa também. Ele tentou executar a empresa, na pessoa do liquidante, pelo não-pagamento das debêntures. E foi para o poder Judiciário. De lá o processo foi, evidentemente, para a Câmara Alta, e dela, com grau de recurso, para a câmara dos Lords.

Lord Hallisbry deu um voto muito interessante, voto que gerou a expressão “desconsideração da personalidade jurídica”. Ele disse que a decisão de primeira instância estava errada. Por quê? Porque a empresa se defendia do credor; o liquidante se defendia da execução das debêntures e dizia: não, eu não vou pagar essas debêntures, não, porque eu, como liquidante, analisando aqui a formação da empresa e a emissão das debêntures, cheguei à conclusão de que o valor pelo qual esse negócio foi transportado para o capital foi um valor muito elevado. O negócio foi hipervalorizado, o bem conferido, e essas debêntures são injustificáveis. Elas não deveriam ter sido emitidas. Isso, obviamente, diz o liquidante, era uma fraude. Porque Mr. Salomon fez isso muito espertamente, para lograr receber de volta um direito muito mais valioso.

Na Câmara dos Lords, o Lord Hallisbry disse: não, quando isso foi feito, não houve intuito de fraudar a lei; veja bem, não há motivação válida para que a personalidade jurídica dessa empresa seja desconsiderada. Por quê? Porque, caso viesse a ser desconsiderada a personalidade jurídica da empresa, o que aconteceria? A confusão. As figuras de credor e devedor se confundiriam na mesma pessoa. Então, estava eliminada a obrigação de pagar. Lord Hallisbry disse não, não há razão, não há evidência de fraude. Tratava-se de uma situação coisa curiosa, porque a primeira decisão que fala de desconsideração, ao invés de desconsiderar, manteve a personalidade jurídica.

No Brasil, como é que isso é aplicado? Como já mencionamos, o fisco, os empregados, os consumidores. O fisco vem equiparando o não-recolhimento de tributos a fraude à lei, no que há um certo grau de exa-

gero. Por quê? Porque o simples não-recolhimento de tributos não é, propriamente, fraude à lei. Não é fraude, é uma desobediência justificada à lei, com certeza, uma desobediência aceitável à lei, mas não é fraude à lei. Então, você pode discutir não o fato gerador nem a hipótese de incidência, você pode discutir, simplesmente, o *quantum debeatur* está certo, ou os encargos, o exagero dos encargos, ou, ainda, a hipótese de incidência pode não estar muito clara. Há milhares de processos em que se discute a hipótese de incidência no caso de CPMF, por exemplo. Não necessariamente o não-recolhimento tempestivo do tributo significa fraude à lei.

Às vezes, a empresa, o indivíduo não tem recurso naquele instante; por isso dá preferência a pagar uma indenização trabalhista e planeja pagar o imposto daqui a alguns meses, com maiores juros de mora e tudo mais. Tanto assim é que o Código Tributário Nacional, muito sabiamente, esclarece isso no art. 112. A lei tributária que define as infrações ou comina penalidades deve ser interpretada, sempre, de maneira mais favorável para o acusado. Quando? Em caso de dúvida, quanto à capitulação legal do fato, quanto à natureza ou as circunstâncias materiais de fato ou a natureza e extensão dos efeitos, a autoria e imputabilidade ou punibilidade e a natureza da penalidade aplicável à sua graduação. Com isso, vemos que o Código Tributário Nacional, que foi uma lei extremamente bem raciocinada, bem elaborada, vem sendo desconsiderado. Por quê? Porque muito afoitamente, uma vez que essa é a atribuição do fisco, que é exercer a atribuição estatal de arrecadação, é compreensível e o fisco se desespera, porque a União, o estado ou o município têm os seus encargos constitucionais. Sequioso de botar a mão no dinheiro, o fisco age assim: vamos desconsiderar a personalidade jurídica e pedir isso para conseguir mais rapidamente. E muitas vezes ele vem conseguindo. Por quê? Porque não são todos os magistrados de primeira instância que conhecem a origem da personalização jurídica e a gravidade das conseqüências da despersonalização, a instabilidade social que isso gera. Quando isso chega aos tribunais superiores, eles, muitas vezes reverterem as decisões de primeira instância, porque, freqüentemente, o órgão colegiado julga de forma mais organizada, são várias cabeças a pensar.

Outra forma de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é com relação aos direitos dos empregados, e faz sentido que

seja assim, porque a Consolidação das Leis do Trabalho determina que, quando a empresa empregadora participar de grupo de empresas, seja ele o mero grupo econômico ou o grupo juridicamente constituído, tal como está estipulado na Lei das S.A., existe uma constituição formal de grupo. O direito dos empregados não pode ser obstado, porque foi feito um grupo de empresas e, subitamente, os recursos que uma determinada empresa tinha para prover o pagamento da indenização trabalhista ou de acidentado de trabalho, direitos ligados ao direito do trabalho, foram transferidos rapidamente numa cisão ou numa outra operação societária própria para evadir ativos. Toda vez que houver movimentação de sucessão societária ou toda vez que houver um grupo de empresas, a legislação trabalhista determina que seja desconsiderada a personalidade da empresa inicialmente responsável, para que se alcancem os recursos de outra pertencente ao mesmo grupo. Mas, qual a razão disso? Trata-se de proteção constitucional ao direito do trabalho. Dentre os princípios da nossa carta política, estão a livre iniciativa, sim, portanto, a proteção da empresa, sim. Mas também estão o direito ao trabalho. Então, trata-se de prover o equilíbrio desses princípios.

Na defesa do consumidor também vem sendo justificada a desconsideração da personalidade jurídica, basicamente em função do art. 28. Por mais importante que tenha sido, na minha opinião, essa evolução que tivemos, a partir da Constituição de 88 e do Código de Defesa do Consumidor, toda essa legitimação do valor da moeda e do valor da moeda utilizada na compra de um bem ou no pagamento de um serviço, por mais adequada que seja essa proteção do consumidor bem como essa percepção da hipossuficiência econômica ou técnica do consumidor, tem havido um grande exagero na aplicação do art. 28 e na desconsideração.

A existência da pessoa jurídica é tão importante para o equilíbrio, para gerar empregos, para fazer a riqueza circular na economia, para estabilizar as relações sociais, que não deveria ser desconsiderada, quando houvesse um outro mecanismo, próprio para suprir o atendimento daquela demanda, daquele consumidor. Mas já houve, vamos dizer, essa ampliação das hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica com o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, no seu art. 28.

Além dessas preferências que mencionamos antes, são credores especialíssimos o fisco, os empregados e o consumidor, também tem ocor-

rido a desconsideração como uma forma de penalização do sócio, da pessoa jurídica que tenha incorrido nessas situações capituladas aí. O art. 13, basicamente, por exemplo, da Lei de Previdência Social, tem acarretado as desconsiderações mais cruéis.

Discutimos recentemente no Instituto dos Advogados a situação de um advogado do BNDES, durante muitos anos, que recebeu uma ação, designado que fora para compor o conselho de administração de várias empresas endividadas junto ao BNDES. O banco acompanhava a gestão das empresas. Como membro do conselho de administração, o advogado tinha de receber uma ação, porque está na Lei das S.A., para poder funcionar como membro do conselho. Ele recebeu aquela ação e ao longo dos anos agiu como tal. Quando esse senhor se aposentou, recebeu do controlador da empresa, como um de brinde, meia dúzia de ações da própria empresa.

A empresa tinha uma quantidadezinha de ações em tesouraria e essa meia dúzia de ações eram na verdade um tipo de brinde, como uma recordação. Muito bem. Ele foi muito feliz para casa, consultou todos, mesmo aposentado, para saber se poderia receber de presente as seis ações. Não havia problema. O valor não era lá essas coisas.

Alguns anos depois, a empresa foi alienada e as ações que ele recebeu de presente receberam de outra empresa uma ação preferencial não-votante. Muito bem. A primeira empresa entrou em insolvência, o controle foi vendido e os novos controladores não conseguiram levantar a empresa. Ela ficou em débito com os salários de empregados. Os empregados moveram reclamações trabalhistas. O que o juiz tem que fazer? O juiz é obrigado a julgar, conforme as leis. O problema é que, muitas vezes, as leis são contraditórias. Então, o que o juiz julgou? O senhor está com os bens indisponíveis. Entre aqueles que estão com os bens indisponíveis, por força da desconsideração da personalidade jurídica, está esse senhor de oitenta e poucos anos, antigo advogado do BNDES, detentor de seis ações, e com idêntico problema em outra empresa, na qual tem uma ação preferencial não-votante. Está com os bens indisponíveis e tem que acompanhar as execuções, que estão se processando em dois estabelecimentos diferentes da empresa, em Mato Grosso e em Minas Gerais. Ele mora no Rio de Janeiro. O BNDES não pode, legitimamente, oferecer a ele a tutela judicial, pois sendo ele aposentado, carece de interesse jurídico.

Então, convenhamos, esse caso é paradigmático, é um caso que demonstra o exagero. Não se pode desconsiderar a personalidade jurídica em relação a um sócio que não tem mando na sociedade ou cujo mando é rigorosamente irrelevante. Mas vamos chegar lá.

Todas essas outras normas, essa Lei da Previdência são caóticas, são catastróficas, porque os seus arts. 13, 95 e 30, IX determinam isso ao juiz. Por isso, o juiz, efetivamente, não está errado. Ele está obedecendo à Lei. É uma lei mal elaborada, lamentavelmente. Como o são o art. 4º da Lei 9.605, de 1998, a Lei do Meio Ambiente, a Lei do Cade. Há uma série de normas que autorizam, e outras determinam ao juiz que promova a desconsideração da pessoa jurídica. Mas nem sempre a desconsideração da personalidade jurídica é uma penalização. Muitas vezes, ela é até um benefício, como é o caso da Lei de Locações, que autoriza a não-renovação compulsória do contrato de locação, se o imóvel vier a ser utilizado pelo locador ou para transferência do fundo de comércio, mesmo que o próprio locador não seja detentor da maioria do capital.

Trata-se de uma desconsideração às avessas, ou seja, para favorecer o controlador da empresa, seja ele controlador ou não, mas, no caso, o locador. O controlador pode ser a mulher dele ou o filho. A desconsideração se aplica das duas maneiras. O que acontece no atual Código Civil? O antigo, o de 1916, dizia: “são pessoas jurídicas as sociedades, as associações, as fundações” e tal (art. 16). E o art. 20, que era importantíssimo, dizia: “não se confunde a pessoa jurídica com as pessoas dos seus sócios”. Isso pode parecer a coisa mais tola, mais tautológica. É claro que não se confundem, porque são distintas, mas era extremamente importante isso, porque é uma regra, uma asserção, uma regra afirmativa do Código anterior.

O novo Código não capitulou nada sobre isso. Pelo contrário. O art. 50 do novo Código tem uma redação que eu considero catastrófica, tanto que já há proposta de alteração dessa redação. Vou ler para os senhores. Artigo 50, do novo CC: “Em caso de abuso da personalidade jurídica” – o que é então o abuso? –, “caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial” – até aí, exatamente aí, é isso mesmo, não pode haver confusão patrimonial, porque a razão de ser é a segregação patrimonial. Então vamos lá. “Pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que

os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares”.

Aqui vamos pensar: bem, obviamente, aos bens particulares dos sócios porque essa é a desconsideração. Estender os efeitos aos bens particulares dos donos da empresa. Porque se você desconsidera, você só pode desconsiderar em relação ao dono. Aí, não, aí vem essa barbárie que os senhores vão ouvir: “Que sejam estendidos aos bens particulares dos administradores, ou sócios da pessoa jurídica”. É um problema sério. Então, o indivíduo que é contratado para administrar, se ele não administra bem, ele é um mau administrador. O patrimônio dele está em jogo? Claro, porque ele não está administrando adequadamente. Ele está tomando conta de algo que pertence a outra pessoa, e não está agindo bem, está se havendo de forma desidiosa, com negligência. Essa é a consequência do ato ilícito, a responsabilização objetiva. Bem, se me pediram para tomar conta, e eu não tomei – me pediram para eu regar a planta; não reguei e a planta morreu. Fui um mau administrador porque não molhei a planta. O que devo fazer? Tenho de recompor, de comprar uma outra planta. Essa é a responsabilidade típica do administrador da coisa alheia, responsabilidade típica do dono, do investidor. O que gera muita confusão.

As circunstâncias do art. 50, do novo CC, vão servir para, primeiro, congestionar o poder Judiciário com uma série de demandas desnecessárias, mal fundamentadas, ou mal ou bem, no texto do Código Civil, que vão tumultuar a ordem jurídica. Mas a conclusão que podemos tirar é uma sábia frase do Prof. Fábio Konder Comparato, no estudo extremamente importante: “O poder de controle na sociedade por ações”.

O veículo da economia moderna, da economia de mercado são as grandes empresas abertas. É extremamente importante a análise de como se processa o poder, o exercício do poder político dentro das empresas abertas. Publicada no Brasil em 1976, a tese de doutorado na Sorbonne, em 1973, do Prof. Fábio Konder Comparato, aponta um dado certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle da sociedade. Esse é elemento fundamental que acaba predominando sobre a consideração da pessoa jurídica como ente distinto dos seus componentes e não pode ser com relação aos administradores.

No nosso entender, a desconsideração da pessoa jurídica tinha que ser adotada como um remédio heróico, sim, é um remédio heróico. Como o mandado de segurança é remédio heróico, a desconsideração também é remédio heróico, para situações de evidente abuso da personalidade jurídica. E como esse abuso se concretizaria? Por desvio de finalidade ou confusão patrimonial. É claro que deve ser desconsiderado sim, mas não em relação à pessoa dos administradores e sim em relação à pessoa dos donos, que interpuseram aquela pessoa secundária ali, com o intuito de fraudar a lei. Enfim, era isso. Acabou a apresentação. Não sei se ficou claro, era isso o que eu tinha para falar para os senhores hoje.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Obrigado, Dra. Teresa. Suas colocações foram muito precisas. Acho que essa evolução histórica foi muito importante para inserir esse novo instituto nas nossas atividades, sobretudo nas atividades de crédito imobiliário. Acho que o ponto de desconsideração jurídica da personalidade é extremamente relevante.

Teresa Cristina Pantoja – Desculpe. Eu queria mencionar um caso recente, porque aí fica mais palpável para os senhores. Os senhores devem saber que o nosso palestrante de hoje à tarde pode se estender mais sobre isso, porque ele é o advogado que está cuidando desse caso, o Dr. Melhim Chalhub. É sobre a execução promovida pelo Banco Bamerindus, atualmente HSBC, contra as incorporadoras ligadas à Construtora Presidente.

O banco tinha concedido o financiamento para a construção e venda de determinados edifícios lá na Barra da Tijuca, na Barra Bali, no Rio de Janeiro. E as incorporadoras, ligadas ao grupo da Construtora Presidente construíram, receberam financiamento, deram garantias e tal e venderam os imóveis. Receberam o dinheiro da venda dos imóveis, e utilizaram-no não para pagar o banco a quem deviam, mas em ulteriores incorporações. Nessa situação específica, não houve, se bem pudesse ter havido, a formação, a constituição de patrimônio de afetação, uma vez que patrimônio de afetação.

O Dr. Melhim pode explicar melhor para os senhores a questão da segregação patrimonial, uma daquelas segregações patrimoniais des-

personalizadas, autorizadas por lei. Não houve patrimônio de afetação. E o que fizeram? Pegaram o dinheiro e utilizaram em posteriores incorporações. Não pagaram o credor. E o banco, o que fez? Executou as garantias. E o custo da execução das garantias? O banco requereu a penhora dos edifícios, uma vez que os apartamentos que compunham os edifícios já haviam sido vendidos. Quando o banco requer a penhora e só a penhora não for suficiente, uma vez que os apartamentos já estavam em poder de terceiros, o Ministério Público Estadual e o próprio Dr. Melhim Chalhub requereram a desconsideração da personalidade jurídica das incorporadoras. Para chegar a quem? Para chegar aos controladores *longa manu*, uma dessas expressões que a gente usa outra vez, um braço longo, quer dizer, os controladores, em última análise, das incorporadoras e da construtora. Mas por que isso? Para tentar haver o valor de seus créditos. Se não se conseguir das incorporadoras, que se consiga pelo menos das construtoras ou, em última análise, dos donos da construtora. Mas houve um complicador: houve esse requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, no intuito de receber o valor do crédito do banco. Mas também não se conseguiu ir muito longe. Mesmo com toda força da desconsideração da personalidade jurídica, não se consegue solucionar o problema pelo fato, exatamente, de essas unidades imobiliárias já estarem em poder dos adquirentes. Em muitas situações seria o bem de família ou a moradia do indivíduo, em que também há esse complicador. Nesse caso prático foi, efetivamente, requerida a desconsideração da personalidade jurídica em favor do credor. Só desejava comentar esse caso prático.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Perfeito, Dra. Teresa. Acho que esses aspectos, que depois o Melhim poderia comentar, são exatamente procedimentos de cobrança contra construtores, insolventes ou não, cujos compradores de unidades tenham sido enganados; são vendas realizadas, às vezes ou na maioria das vezes, à revelia do credor, e o agente financeiro acaba se deparando com essa situação.

Vou cobrar do meu incorporador o quanto ele emprestou, e a garantia que era constituída pela hipoteca de todas as unidades de certa forma vira pó, como já foi até debatido ontem. Muitas vezes, essas

construtoras não existem, não têm patrimônio suficiente para garantir suas obrigações. Parece-me que a desconsideração da personalidade jurídica é um elemento importante para se buscar junto aos administradores, sobretudo junto os donos dessas companhias, o patrimônio suficiente para suportar esses valores, tendo em vista que os empréstimos à produção, à construção de unidades são de grande monta. Mas, vamos colocar em debate que a Dra. Teresa pode nos ajudar um pouco mais.

Teresa Cristina Pantoja – É preciso entender por que razão o legislador inseriu os administradores no contexto do art. 50. Porque, para que o administrador possa ser responsabilizado como administrador, ele tem de ser responsabilizado por quem o erigiu administrador. Quem o elegeu administrador do empreendimento foi o sócio, em assembléia geral. Teoricamente, só o sócio é que poderia responsabilizar o administrador. Como o Dr. Fleury menciona muitas vezes, você fica sem ter como alcançar o patrimônio do sócio, porque, como se diz na gíria, usam um laranja e outros esquemas. Você, pelo menos, tenta alcançar o patrimônio do incorporador. Mas isso já estava autorizado no art. 28 do CDC, embora circunscritas às relações de consumo ou às relações equiparadas à relação de consumo. De qualquer forma, de qualquer sorte, já estava autorizada.

Meu comentário com relação ao Código Civil foi uma ampliação demasiadamente ampla, extremamente abrangente. Agora, é em relação a tudo. Quer dizer, se era uma questão de responsabilizar os administradores, a gente já poderia fazer isso pelo art. 28 do CDC. Caso contrário, não teríamos como fazer isso, mas sim quem o elegeu, quem os tiver elegido administradores. Acho que agora com o novo Código Civil ficou amplo demais. Vai custar muito caro contratar um administrador.

Melhim Chalhub – Dra. Teresa, em primeiro lugar, quero cumprimentá-la pela bela aula que a senhora nos deu sobre a formação do conceito de personalidade jurídica.

Quería fazer uma pergunta sobre esse exagero do Código Civil, a propósito de incluir o administrador, mas a senhora acabou de falar sobre

isso. Exemplos desse exagero vêm sendo mostrados na história recente do processo legislativo brasileiro.

Ainda há pouco tivemos aprovada uma medida provisória relativa aos clubes de futebol, se não me engano, sobre a moralização do futebol brasileiro, qual seja, transformar os clubes em empresa. Quer dizer, a sociedade só é moralizada se constituída sob a forma de sociedade anônima ou comercial, que seja. A sociedade comum, a sociedade não-comercial é desmoralizada ou é desmoralizável. Mais do que isso, não é sujeita à fiscalização. Essa é a argumentação dos defensores dessa nova legislação. Os clubes de futebol têm de se transformar em sociedades comerciais para se sujeitarem à fiscalização e à atuação do Ministério Público.

Até ontem eu entendia que, independentemente da forma pela qual é constituída a sociedade, ela poderia estar sujeita à fiscalização do Ministério Público e seus administradores poderiam ser responsabilizados, na linha de responsabilização que a senhora nos expôs. Não sei se a senhora concorda comigo nesse aspecto.

Teresa Cristina Pantoja – Concordo.

Melhim Chalhub – A respeito do caso Bamerindus, tenho a impressão, e o Fleury pode me confirmar isso ou não, de que você colocou no *site* da Abecip a petição em que eu sustento a tese e a decisão também, não foi?

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Está no nosso *site*, porque o trabalho foi seu, exatamente. Caso os senhores se interessem, o Dr. Melhim está oferecendo o acesso à petição em que ele sustenta, em que ele requer a desconsideração da personalidade jurídica. Primeira vez que foi feito isso nesse contexto.

A questão da responsabilização do administrador, a senhora tem alguma informação se há algum projeto de lei no sentido de suprimir esse exagero?

Teresa Cristina Pantoja – O Código Civil está com várias propostas de emendas. Aqui em São Paulo, o Cesa, que é o Centro de Estudos da Sociedade dos Advogados, propôs uma série de emendas também. Particularmente, acho que foi modesta a proposta de emenda ao art. 50. Tanto a

definição contida nele como no art. 966, que define empresário, são extremamente perigosas. Acho que poderiam ser um pouco melhores. Queria comentar o que o Dr. Melhim falou a respeito dos clubes de futebol. Esse é um problema sério. O que a Lei Pelé fez foi autorizar que os clubes, basicamente os clubes de futebol, pudessem se constituir como empresa e explorar mais adequadamente o direito de imagem dos jogadores e tal, fazer um *franchising*, a franquia daquela marca, do clube e tudo mais. Mas, com a iminência da entrada em vigor do Código Civil, é extremamente curioso até que ponto é constitucional. Há uma medida provisória de novembro de 2002, que propõe mudanças à Lei Pelé, atribuindo e definindo responsabilidades maiores, aos administradores dos clubes de futebol. Nisso, às vésperas do novo Código Civil entrar em vigor, dia 11 de janeiro, vem uma nova medida provisória, no dia 10 de janeiro, para mudar o quê? No final do novo Código Civil, no art. 1.035 ou 1.037, é explicitado que existe um prazo de um ano para que as sociedades atualmente existentes se ajustem, ajustem seus estatutos e se amoldem às determinações do novo Código. Aconteceu uma coisa absurda, a meu ver. O Departamento Nacional do Registro do Comércio, em Brasília, baixou uma instrução normativa ou parecer de orientação no sentido de as juntas comerciais exigirem de todos os comerciantes empresários que levam seus atos para alguma alteração, como aumento de capital, falecimento ou exoneração de sócio, por exemplo, por força de uma instrução normativa do DNRC; estão exigindo, portanto, que seja, desde logo, consolidado o contrato social ou o estatuto social, com base no novo Código Civil, o que é muito difícil, porque no caso de grandes empresas com grande quantidade de recursos, elas podem investir, contratar profissionais especificamente para estudar o tema, propor assembleia de sócios, mas no caso de empresas média e pequena, é muito difícil conciliar o entendimento entre os sócios.

É preciso tempo para que os sócios meditem e tal. Não tem o menor cabimento o DNRC exigir essa antecipação da decisão, quando a lei que criou, a lei que dá poderes ao DNRC não dá esse poder de exigir mais do que a própria lei. É a própria lei que diz que existe um ano. Por que razão então o DNRC exige que todo mundo, ao dar entrada numa alteração contratual coisa e tal, tem, desde logo, de promover a mudança?

Enfim, com relação à menção que o Dr. Melhim fez sobre os clubes de futebol, o novo Código Civil entrou em vigor no dia 11 de janeiro, e no dia 10 de janeiro foi emitida uma Medida Provisória, de n. 190, se não me engano, que diz o seguinte, resumidamente: para os clubes de futebol, aplicam-se desde logo as responsabilidades estabelecidas no Código Civil, ou seja, alguém no universo da ordem jurídica, alguém perdeu um prazo que a lei determinou para todo mundo, porque a lei foi feita para ser igual para todo mundo, qualquer que seja sua configuração, pessoa física, pessoa jurídica, fundação, associação, todo mundo tem um ano para promover as alterações, para se ajustar. Aos clubes de futebol, não, aplicam-se, desde logo, as responsabilidades.

Por isso está sendo muito discutida essa questão dos administradores dos clubes de futebol. Desde logo, desde já, desde janeiro, eles já são responsáveis por qualquer situação, tendo em vista que o clube de futebol que ainda não tiver sido convertido em sociedade por ações é uma associação civil. E em se tratando de uma associação civil, a responsabilidade do sócio é muito mais gravosa do que a responsabilidade de uma sociedade por ações.

Por isso tem muita gente preocupada, como o camarada que é sócio de carteirinha do Corinthians – se bem eu não saiba especificamente o caso do Corinthians, se já foi transformado ou não –, mas não só clubes de futebol, clubes de qualquer esporte.

Maria Emília (Banco BBV) – Eu gostaria de entender melhor esse trecho que a senhora mencionou do grupo econômico para proteger os empregados, quando há movimentação das sociedades. Como ocorre, é desconsiderado e a sociedade anterior volta a vigir ou o próprio sócio ou sócios vão responder pelos direitos dos empregados?

Teresa Cristina Pantoja – Se não me engano, muito antes de a Lei 6.404 surgir, quando ainda era um Dec.-lei 2.627, em 1940, já havia alguma responsabilidade do empregador pelos débitos do empregado, por causa daquela proteção da Consolidação das Leis do Trabalho, e continua assim. Agora, essa responsabilidade é a seguinte. O que acontece? Vamos esquecer as operações de sucessão societária. Primeiro, *prima facie*, quem deve responder é a própria empresa, com os recursos que ela tem. Se

esses recursos não forem suficientes, vai-se para a pessoa do sócio da empresa – isso está na Lei de Previdência, isto está na Consolidação das Leis do Trabalho. Mas, isso já é mais ou menos antigo. A Lei de Previdência, cuja redação é mais recente, de 1990 e de agora, 1999. Mas a Consolidação das Leis do Trabalho já vem desde 1943. Se existe o débito trabalhista e existe a carência de recursos na empresa, porque ela emprestou, por exemplo, fez um *inter company loan*, que seja, emprestou recursos que não poderia ter emprestado para sua co-irmã, por exemplo, o que diz a Consolidação das Leis do Trabalho?

Na época em que ela foi promulgada, não tínhamos esse conceito de poder de controle. Assim como antigamente não existia o conceito de personalidade jurídica. Trata-se de um conceito recente, que surgiu na Europa, com os estruturalistas franceses, filósofos neomarxistas como o Claude Champaud, com quem o Fabio Comparato estudou, cuja preocupação era analisar mecanismos de poder na sociedade.

Elaborada em 1943, a Consolidação das Leis do Trabalho utilizou a terminologia da época. Refere-se a grupos econômicos dizendo: “Sempre que uma ou mais empresas, tendo embora cada uma delas personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outras, constituindo um grupo industrial econômico, industrial, comercial, ou de qualquer outra atividade econômica serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis à empresa principal e cada uma das subordinadas”.

É necessário que entendamos o que é que está por trás, o que estava na cabeça do legislador quando escreveu isso. O que a empresa tem? Tem capital. E o que o a pessoa natural do trabalhador tem? A força dos braços ou a força intelectual. É uma relação de prestação e de contraprestação. Muito bem.

Durante muitos séculos, o capital foi muito mais valorizado do que o trabalho. Mais tarde, também durante muito tempo, o capital e o trabalho eram uma coisa só. Com a Revolução Industrial houve a cisão entre capital e trabalho. Por quê? Por que houve a mecanização, a aceleração, a economia de escala. E gradualmente começou a haver o quê? Uma supervalorização do capital em relação ao trabalho, que Marx chamou de mais-valia, o que o capitalista recebe a mais. Por quê? É o peso do ganho que o capital tem em cima do trabalho do trabalhador. Muito bem.

Em 1943, Getúlio Vargas promulga a Consolidação das Leis do Trabalho pensando em quê? Pensando em valorizar o trabalho. Proporcionar ao trabalhador uma valorização, no mínimo equiparada. E para que ela fosse no mínimo equiparada, foi preciso que toda vez – esse é o raciocínio da norma – que alguém ganhar dinheiro, qualquer que seja a estrutura que está ganhando dinheiro com o trabalho de outro alguém, a gente diz: ganhou dinheiro, mas proporcionou insumo, proporcionou máquina, deu um lugar, botou um ar condicionado, botou luz para ele trabalhar. Não importa, isso tudo é descontado, porque isso tudo são custos de produção e é descontado até na legislação de imposto de renda.

Contingenciar para futuro, provisionar-se para o futuro. E como é esse ganho? Não é à toa que em 1996 foi criado o PPR, Plano ou Programa de Participação nos Resultados para os empregados, cujos direitos vão se sofisticando, na medida em que o ganho do capital vai se sofisticando também e a metodologia de ganho também vai se elaborando mais. Vejam: o CRI, Certificado de Recebíveis Imobiliários, essa cartularização é uma sofisticação intelectual dos mecanismos, não é verdade? É uma sofisticação operacional, intelectual e operacional. Se essa empresa por razões A, B, C ou D, não tiver recursos próprios, mas participar de um grupo de empresas, por que razão ela participa desse grupo de empresas? Para prover, aumentar, aprimorar sua lucratividade. Tudo aquilo que ela faz para aumentar sua lucratividade pode ser usado, suposta e teoricamente, para aumentar a remuneração do seu empregado. Essa é a lógica da Consolidação das Leis do Trabalho. Agora isso foi redigido – não sei se estou respondendo sua pergunta –, mas isso foi redigido numa época em que a gente não tinha ainda o conceito de poder de controle nem nada. Por isso a terminologia que o legislador utilizou foi essa, mas o que ele já estava fazendo aqui, até mesmo sem se dar conta, era uma desconsideração da personalidade jurídica.

André Matheus (BBV) – Uma pergunta de não-advogado. Nos nossos empréstimos à produção, normalmente prevemos, além, evidentemente, da responsabilidade da empresa do incorporador, a fiança pessoal dos sócios e dos controladores. Isso representa, de forma implícita, que já está prevista a desconsideração da personalidade jurídica ou não?

Teresa Cristina Pantoja – Muito boa a pergunta, senhor André. Exatamente, quando se pede a fiança dos sócios, nesse pedido de fiança claro que existe uma desconsideração. E por que razão o sócio deveria afiançar uma obrigação que não é dele? Porque não é dele, existe uma separação patrimonial. Mas que a gente peça isso, veja bem, numa sociedade de menor porte, uma sociedade limitada, a gente até entende. Por quê? Porque ela é uma sociedade de menor porte e porque, através dos anos, o Dec.-lei 3.708, que trouxe para o Brasil a sociedade limitada, não exigia que fossem feitas demonstrações financeiras; quem veio a exigir que fosse feito balanço anual na limitada foi a legislação do imposto de renda. Que na própria lei da sociedade limitada, no Dec.-lei 3.708, não há exigência de demonstração financeira. A cautela natural do banqueiro, como o senhor, diz não, eu não quero saber disso não, o seu capital social está defasado. E outra coisa: aqui no Brasil, eu não me importo, eu quero uma garantia. Que garantia eu vou querer? Vou fazer de conta que não existe essa empresa, por isso quero a garantia do senhor, que é o dono da empresa. O senhor tem toda razão. É uma desconsideração da personalidade jurídica. Ele poderá dar a fiança ou não. Obviamente que, precisando do dinheiro, ele vai dar a fiança. Por quê? Porque banco é muito mais esperto do que nós em matéria de lidar com dinheiro.

Imagine que um dia eu pretenda emprestar 10 reais para o Dr. Fleury. Como ele me parece boa gente, vou emprestar. E você me devolve os 10 reais amanhã? Devolvo. O que é que eu uso nessa relação com ele? A confiança que tenho nele. Confiança é crédito. Na verdade, quando lhe dou crédito é porque tenho crédito nele. Mas não sou *expert* para lidar com dinheiro. Amanhã ele se esquece ou vai para Brasília, e eu fico sem meus 10 reais. Mas o banco não fica; quando o banco empresta dinheiro, ele leva em consideração o quê? Os senhores levam em consideração o capital social. Por quê? Porque logicamente o capital social é a garantia de terceiros, é a medida, é a aposta que os sócios estão fazendo em quão bom é o negócio. Quanto mais eu investir muito mais eu vou ganhar. Então, se eu acho que supostamente vou abrir uma confecção e que vou ganhar uma dinheirama com ela, quanto preciso para abrir essa confecção?

Para alugar um galpão, comprar uma máquina, arranjar uma costureira, comprar um rolo de malha, ou o que seja, vou precisar de 100 mil

reais. Mas como eu quero ganhar muito, vou botar mais dinheiro aí. Boto só os 100 mil que eu estou calculando e depois vou pedir um dinheiro no banco, para importar uma máquina – para conseguir importar tenho de ter um capital mais alto, senão o produtor não me vende a máquina. Lá vou eu ao banco fazer um *leasing*.

O banco analisa minha proposta e diz: não, não vou emprestar dinheiro para quem tem um capital de apenas 100 mil reais. Mas o Banco não analisa só capital, ele analisa o capital como uma correlação com o objeto social dele. Então, para quem pretende explorar uma confecção e produzir sei lá quantas mil camisas ou não sei quantas mil malhas, esse capital de 100 mil reais é muito pequeno.

Só o banco faz essa análise com essa *expertise*, a instituição financeira que lida com dinheiro. Feita a análise e avaliado que o capital é ligeiramente insuficiente para a atividade, a instituição financeira pede a garantia dos donos. Porque no Brasil, não há lei que obrigue uma sociedade a se recapitalizar, como na Alemanha, por exemplo. Nos Estados Unidos, a jurisprudência vê com maus olhos ou enxerga muito mal uma empresa subcapitalizada, *under capitalized*. Por que isso? Porque o capital é a medida do risco empresarial. Mas como o senhor é banqueiro, percebe isso e pensa: não, está muito pequeno esse capital. Eu quero a fiança. E imediatamente pede a fiança, ou seja, o senhor imediatamente desconsidera. Na sua cabeça essa empresa está descapitalizada ou está mal capitalizada. Mas a fiança também tem um problema, não é Dr. André? Não há um livro de registro das fianças. O que aconteceu na Convenção de Basiléia? Pedia-se fiança aos bancos que faziam tantas cartas de fianças quantas, sem se dar conta de que estavam afiançando, o que obviamente era uma contingência, uma possível superveniência passiva para eles. Quer dizer que existe contingência amanhã e eles podem ter de pagar essas fianças. Por isso elas são um risco. Existe uma insolvabilidade potencial nela garantida por eles. O que acontece?

Muitos bancos, certamente não o BBV, concediam fianças sem raciocinar, sem contrapor aos seus patrimônios. Aí a Convenção de Basiléia disse que agora os bancos têm de fazer essa oposição. Acontece que essa carta de fiança bancária ficou muito mais cara, mais rara e mais difícil de ser conseguida. Sem falar do problema que ela não está anotada em lugar

nenhum. Pede-se a fiança para o tio, que pode ter afiançado, supostamente, vinte sobrinhos porque ele tem dois imóveis. Quão palpável é a garantia fornecida com a fiança? Por isso, o senhor tem toda razão. Na verdade, ela é melhor que nada. Vamos desde logo desconsiderar e pedir a fiança. É uma forma de conseguir essa desconsideração. É uma forma de conseguir alguma garantia.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dra. Teresa, nessa questão que o Dr. André colocou e voltando um pouco à hipótese do Dr. Melhim, tenho duas questões envolvendo limites. O limite da desconsideração e a renúncia de garantias. Como no caso do Dr. Melhim, certamente ele buscou a desconsideração, tendo em vista que a garantia envolvida, que eram as unidades hipotecadas já tinham sido vendidas a terceiros.

Considerado que a nossa jurisprudência do STJ tende a admitir como prevalente o compromisso em face da hipoteca, ele perdeu, portanto, a garantia, não poderia executar aquelas garantias. Foi em cima da construtora, que está em processo pré-falimentar, não sei dizer, mas estava numa situação delicada, provavelmente sem condições patrimoniais para garantir o crédito. A pergunta então, em primeiro lugar, seria esta.

No momento em que eu busco a desconsideração, de alguma maneira estou renunciando a execução das garantias que tenho? E um segundo aspecto: no exemplo do André, admitamos, na situação dele, que uma empresa obteve um empréstimo do banco concedido em garantia além da hipoteca, uma fiança. Em vez de ser de pessoa física, essa fiança é de uma outra pessoa jurídica, podendo ser vinculada ou não ao devedor principal. A desconsideração também poderia envolver essa jurídica que concedeu a fiança?

Teresa Cristina Pantoja – Essa pergunta é ótima, porque acho que esse é o grande perigo. Respondendo a segunda pergunta, classicamente, a desconsideração é para ocorrer em relação àquele que tem a consideração de pessoa jurídica, que criou a consideração, ou seja em relação ao criador ou ao dono da pessoa jurídica; para evitar a confusão patrimonial, o que é um abuso da pessoa jurídica. Isso é a teoria clássica. Agora, da forma como ela veio redigida no art. 50 do novo CC, tenho a impressão

de que existe até um risco de a gente apelidar de desconsideração e tentar, sob o apelido de desconsideração, imputar responsabilidade ao controlador da prestadora de fiança. Aí, acho que deveria depender de uma questão adjeta: qual é a estruturação dessa prestadora de fiança? Ela vive de prestar fianças? Então esse é o risco empresarial dela. Então supostamente estaria mais justificada a desconsideração. Porque ela está deixando de atender ao risco empresarial. Agora, se quem prestou fiança não tem como objeto social prestar fiança, prestou circunstancialmente uma fiança de favor, aí descabe essa desconsideração.

Com relação à renúncia de garantias, acho que não, não necessariamente. Vejo a desconsideração como um remédio heróico, e todo remédio heróico deve ser utilizado em circunstâncias que se justifiquem, ou seja, primeiro, a pessoa deve buscar os bens da empresa, executar as garantias mais facilmente executáveis, exequíveis, aquelas que estão mais imediatamente à sua disposição. O fato de você partir em busca de uma solução heróica, não significa que você está renunciando.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – E nessa situação, a desconsideração sempre é em processo autônomo?

Teresa Cristina Pantoja – Pode ser nos autos, na própria execução.

Oswaldo Fonseca (Bradesco) – Vou fazer uma pergunta. Primeiro, uma surpresa muito boa, uma palestra de uma advogada como a Dra. Teresa para economistas. Agora o economista vai tentar falar alguma coisa para a advogada. Vou citar o exemplo da Construtora Presidente, que, acho, é devedora de todos os bancos. O que é comum. O Dr. Melhim deve ser o advogado de todos os bancos.

Você citou dois bancos, mas poderia ser qualquer outro banco. Era uma construtora sólida, sócios sólidos, bons princípios. A situação econômica do país fez com que essa construtora precisasse arrumar capital de curto prazo para um empreendimento de retorno a longo prazo. Os juros de capital de curto prazo estavam elevados, e ela começou a não perceber que estava indo num processo qualquer de possível queda futura. Ela realmente tinha que fazer lançamento sem que colocasse os recursos no próprio

lançamento para terminar os anteriores. Uma hora qualquer pegam-na de surpresa, quando tem vários compromissos a cumprir e não tem recurso nenhum. Vai ao banco e encontrou essa situação. O que acontece aí? Estou querendo dizer que não foram aqueles sócios que fizeram avais, fizeram fiança, mas pode ter sido até o administrador que, tentando recurso, foi cada vez se afundando mais no processo.

Conheço bem o que eu estou fazendo; a construtora conhece bem o que está fazendo; mas o coitado que está comprando não conhece; olha o nome do banco e diz: eu até comprei porque tinha o nome do banco, sinal que essa construtora merece credibilidade. Por isso acho que ele deve ser preservado. Mas uma coisa é certa: foram os planos econômicos que provocaram a falta de recursos de longo prazo, por isso trata-se de um produto que não dá para trabalhar a curto prazo, e as construtoras não perceberam isso.

Estou fazendo esta colocação porque, muitas vezes, quando estamos tentando fazer todas as negociações possíveis, temos que ficar liquidando essas operações passadas; assim, já conseguimos fazer com que vários possíveis empreendedores desistissem por causa das dificuldades. Estamos vendo que temos de entrar com alguma legislação e algum sistema de financiamento um pouco mais tranquilos. Por isso estamos lutando pelo patrimônio, em cima do patrimônio de afetação e em cima do controle dos recebíveis. Acho que, se a gente controlar isso, se segregar cada empreendimento, nenhum deles daria prejuízo. Seria impossível. Seria a mesma situação dos bancos na época de inflação. Falavam o seguinte: o melhor negócio do mundo é um banco bem administrado; segundo melhor negócio do mundo é um banco mal administrado. Para a construtora era a mesma coisa, o ganho era três, quatro vezes; agora não, não passa de 20%, 30%. Então é só questão de acompanhar a administração, por melhor que seja a pessoa.

Teresa Cristina Pantoja – Concordo, agora me cabe concordar com o Dr. Fonseca, porque acho que é exatamente isso. A gente analisa as leis, vê a evolução delas; é uma forma de nos lembrarmos da origem, entendermos. Acho interessante nos rebelarmos, quando percebemos que a decisão judicial é contraditória, deixou de levar isso em consideração, é

interessante criticar. Mas, com toda certeza, no caso da construtora, certamente os sócios têm responsabilidade na manutenção do administrador infiel, do administrador incauto, do administrador desidioso, porque quem elege pode destituir. Essa é a responsabilidade do acionista controlador, do dono; ele precisa fiscalizar, ele precisa acompanhar, ele precisa monitorar, faz parte de seu papel. Já que ele pode destituir, ele tem que efetivamente usar esse poder para destituir o administrador que não está agindo de forma correta. Concordo com sua exposição e principalmente com seu incentivo, para que óbices, essas pedrinhas no meio do caminho, leis às vezes mal redigidas, enfim, que isso não sirva de obstáculo; pelo contrário, não há melhor solução do que movimentar a economia gerar empregos. Outra coisa em questão é sopesar princípios constitucionais. Existe um direito constitucional à moradia. Por isso, a indústria de construção civil está inserida numa prioridade constitucional, graças a esse direito, inusitado até como norma constitucional; mas o Brasil tem isso erigido.

Concordo integralmente que devemos propugnar e manter um controle, um acompanhamento mais acentuados. Aquele tempo de ingenuidade de todos nós já acabou. A gente sabe que, para conseguir que a coisa funcione, a gente tem de estar em cima, tem de estar gerenciando, tem de estar acompanhando a administração. Concordo com isso.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dra. Tereza, mais uma vez queria parabenizá-la, pelas excelentes colocações e lições. Os debates têm mostrado quão importante é essa matéria na nossa área. A Abecip sente-se muito honrada com sua presença e mais uma vez agradece sua participação. Para registrar sua presença, quero lhe entregar uma singela lembrança do nosso evento.

Tereza Cristina Pantoja – Muito obrigada!

PRINCIPAIS INOVAÇÕES NOS CONTRATOS

Expositor: **DR. PABLO STOLZE GAGLIANO**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Osvaldo Correa Fonseca

Dia: 03.04.2003 (quinta-feira)

Hora: 14h

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. A mudança ideológica do contrato no novo direito civil brasileiro – 3. Rápidas reflexões sobre a função social do contrato – 4. A boa fé objetiva – 5. Deveres anexos como consequência do reconhecimento da boa fé objetiva: 5.1 O dever de sigilo; 5.2 O dever de assistência; 5.3 O dever de informação – 6. O novo papel da legislação civil brasileira – 7. Cláusula de restrição à novação objetiva – 8. A contagem do prazo prescricional – 9. Sobre os contratos celebrados antes da vigência do novo Código Civil – 10. Consequências jurídicas do descumprimento dos deveres anexos do contrato – 11. A lesão e o estado de perigo.

Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vamos dar continuação aos trabalhos. Por favor, Dr. Fonseca, componha a mesa. O Dr. Pablo Stolze Gagliano é o nosso palestrante. O tema proposto a ele são as principais inovações nos contratos. O Dr. Pablo também tem um currículo extenso. Permita-me resumi-lo. Ele é Juiz de Direito no Estado da Bahia; é Professor de Direito na Universidade Federal da Bahia; e autor de livros e artigos jurídicos, com destaque para a co-autoria dos *Comentários ao novo Código Civil*, da Atlas, e do *Novo Curso do Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1, 2ª ed., e do *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*.

Dr. Pablo, é uma satisfação tê-lo aqui conosco. A Abecip se sente muito honrada com sua presença. A palavra é sua.

Dr. Pablo Stolze Gagliano:

1. Introdução

Senhores, boa tarde a todos!

Venho, aqui, lhes falar principalmente do impacto do novo Código Civil na atividade jurídica, não só na atividade de crédito imobiliário.

O impacto do novo Código Civil na atividade jurídica nacional foi indiscutível.

Acabou-se o tempo de se discutir sua conveniência na nossa sociedade.

Durante muito, se discutiu se o Código seria conveniente ou não, se deveria se codificar ou não, uma vez que vivíamos num processo de decodificação do Direito Civil.

Eu não vim aqui para falar isso.

Porque o novo Código Civil é uma realidade.

Agora, uma realidade que, por um lado, se torna incômoda, na medida em que nós temos obrigação de tomar ciência de alguns pontos.

Eu tenho dito, em algumas palestras, que, se o advogado, o juiz ou promotor não cuidarem de se reciclar, passarão vergonha em audiência.

Se é certo que, de certa forma, o novo Código não foi muito feliz em certos pontos, não sendo perfeito pela existência de vários pontos de atecnia, por outro lado, ele é muito bom porque trouxe à nossa reflexão, novamente, o Direito Civil.

Senhores, o século XX foi o século do direito público.

Por muitas razões indiscutíveis, o Estado precisava se afirmar, mas, hoje em dia, arrisco dizer que o século XXI será o século do direito privado, especialmente empresarial.

Isso porque é o momento do direito privado fixar suas premissas fundamentais, começando a viver harmonicamente com o direito público, porque, de há muito tempo, o direito privado já havia se publicizado.

E, agora, nós nos deparamos com um novo Código Civil, que revoga um terço do Código Comercial, com proficuos 2.046 artigos.

Seguimos, inclusive, uma linha semelhante ao Código Civil suíço, porque nós vivemos uma unificação parcial do direito privado.

Agora, o nosso trabalho aqui é um trabalho de base, diria mais, é um trabalho, sobretudo, de postura.

Isso porque não adianta apenas se capacitar o advogado, porque se o banco não capacitar o seu gerente, o advogado pegará o problema já instalado. Porque é o gerente que, no dia-a-dia, vai ter que lidar com o problema de um rapaz de 18 anos poder fazer qualquer movimentação financeira, uma vez que maior, sob a égide do Código Civil. Será o gerente que vai ter que resolver o problema de referência ou o aval, com a exigência da anuência da esposa ou do marido, algo que não havia na sistemática anterior.

Eu sempre digo, senhores, que estamos vivendo um momento em que a advocacia preventiva, mais do que nunca, ocupa espaço, em face da advocacia contenciosa.

Principalmente, no campo contratual, que é, no final das contas, o meu tema formal nesta palestra.

2. A mudança ideológica do contrato no novo direito civil brasileiro

Se eu fosse dizer qual dos pontos do novo Código que, de forma mais contundente, causará mais impacto no direito brasileiro, eu diria que é no direito contratual!

Por um motivo muito simples: o que o Código traz de inovação em direito de família e no direito das sucessões – naquilo que ele não inovou para pior – são inovações já trazidas pela Constituição Federal.

No campo contratual, eu não diria que há grandes posturas de vanguarda, ou que agora o Código consagrou algo completamente novo, mas tenho certeza que há uma mudança de postura ideológica em relação ao contrato no Brasil.

E eu vou chegar à conclusão dessa mudança de postura ideológica, apenas para exemplificar, contando um pecado para os senhores. Certa feita em meu gabinete, eu ouvia dois advogados conversando por trás da minha porta no corredor. Eles, inadvertidamente, conversavam muito alto, junto ao meu gabinete de juiz de primeira entrância, o que atçou a minha curiosidade e – reconheço o pecado – me fez colocar o ouvido na porta. Nesse momento, eu ouvi um advogado dizer para o outro, amigos, o seguinte diálogo.

- Fulano, esta causa aqui você não ganha.
- Por quê?
- Porque o contrato que eu redigi amarrou o seu cliente!

Essa palavra da frase final – “amarrou” – ficou na minha cabeça. Isso reflete uma postura de um outro tempo.

Houve, na minha visão, uma mudança de postura, na medida em que o contrato, no Brasil, sempre foi visto como um documento formal.

Aprendemos na faculdade: ato jurídico perfeito, agente capaz, objeto lícito, forma prescrita em lei... Cumpra-se o contrato.

Senhores, é esse ponto que eu quero pegar e trazer uma reflexão.

Um contrato não é só um ato jurídico formal. Em um contrato, não se deve só aferir ou avaliar somente a capacidade do agente, licitude do objeto ou adequação de forma.

O contrato é muito mais do que isso.

Emílio Betti já dizia que é uma oportunidade de se manifestar a vontade, e não um instrumento de opressão.

Isso que poderia parecer ser retórica, não é...

Porque o artigo, na minha opinião, mais importante do novo Código Civil brasileiro (pelo menos, na parte contratual), o art. 421, abrindo a teoria geral dos contratos, diz assim:

“Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

As partes contratantes deverão observar no contrato a sua função social ou, como quer o Código, a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da *função social* do contrato.

Eu vou pegar essa frase final e não vou ficar aqui com argumento de retórica, mas sim provar, no Código, o que significa isso, e dizer aos senhores o que significa, na prática, a violação da função social do contrato.

3. Rápidas reflexões sobre a função social do contrato

Uma das maiores tendências do novo Código, reconhecida pelo próprio Prof. Miguel Reale, foi a socialização de institutos jurídicos. Não se socializou apenas a propriedade, o que a Constituição já fazia, não se socializou apenas a concepção de família, algo que a Constituição já fazia, mas se socializou a conotação e o entendimento do que seja contrato no Brasil.

Volto, portanto, à minha premissa: o contrato não é um documento formal apenas, mas sim deve atender a uma função social.

Ora, dizer que um contrato deve atender a sua função social é reconhecer algumas conseqüências dessa premissa fundamental.

Função social do contrato é uma expressão aberta, um conceito indeterminado, do que está repleto o novo Código.

Em dado ponto do Código Civil, no campo de Direitos reais, que não é minha matéria hoje, mas cuidando de uma forma de usucapião coletivo (ou desapropriação judicial, como querem outros), o Código, em uma regra, só para os senhores entenderem o que significa conceitos indeterminados, diz assim: se um número indeterminado de pessoas invade uma extensa área de terra, possuindo-a por cinco anos e exercendo e realizando obras de relevante valor social, adquire a propriedade daquele imóvel. O que significa número indeterminado de pessoas? 15, 20 ou 150? O que significa extensa área de terra? O que significa obra de relevante valor social? São cláusulas abertas, são conceitos indeterminados, assim como conceito de função social do contrato.

Mas, sem muita divagação teórica, falar em função social de contrato é contextualizar o contrato, reconhecendo que ele, no dizer do Prof. Antônio Junqueira Azêvedo, da USP, não é um átomo que interessa somente às partes, tendo, portanto, um contexto social. Assim como tem um contexto social a propriedade, o contrato também tem.

Nós estaremos aqui destruindo o princípio do *pacta sunt servanda*, mas sim refletindo a respeito dele, e o mais importante, aconselhando os senhores como deverão se portar, a partir de agora, no que tange ao direito contratual do novo Código Civil brasileiro.

4. A boa fé objetiva

A primeira consequência importante do reconhecimento da função social do contrato, é a admissão de que, em todo contrato, existe uma cláusula implícita de boa fé objetiva.

Senhores, esse é o ponto mais importante da minha palestra.

Vejam os senhores que não foi à toa que o art. 421 do Código está umbilicalmente ligado ao art. 422, que preceitua:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa fé.”

Trata-se de algo que não é algo de novo.

O Código Civil alemão já havia cunhado conceito de boa fé objetiva, ao se referir à expressão *Treu und Glauben* (lealdade e confiança).

Acontece que, no Brasil, embora boa fé objetiva seja muito mais do que uma cláusula implícita de contrato, sendo uma norma jurídica de fundo ético do direito privado como um todo, ela sempre foi muita desconhecida, principalmente – e eu trago a culpa para a minha classe – pelos juízes.

Porque, na mentalidade judiciária, falar em boa fé era sempre com a conotação psicológica, a chamada boa fé subjetiva.

Assim, falávamos e falamos em terceiro credor de boa fé ou o possuidor de boa fé.

Não é dessa boa fé que eu faço referência, não é boa fé psicológica.

Eu falo de uma boa fé regra ética, com eficácia jurídica implícita em todo contrato, ou seja, aquele princípio de que absolutamente tudo que não está proibido, está permitido, não tem espaço, de forma absoluta, em um Estado democrático de direito.

Num contrato, mesmo que não traga uma cláusula que explicitamente determine deveres, deveres de fundo ético, esses deveres serão sempre observáveis.

A boa fé objetiva impõe, em toda relação contratual, respeito, lealdade e confiança recíprocos.

Ah, isso aí é conceito muito aberto, não é?

O reconhecimento da cláusula de boa fé objetiva, feito pelo art. 422 do novo CC, significa, em linguagem muito simples, o seguinte: os senhores sabem que o contrato é espécie de negócio jurídico, e como sendo espécie de negócio jurídico, vocês sabem que o contrato jurídico é a principal fonte de obrigações. A obrigação é uma relação jurídica pessoal, que vincula credor a devedor. Na base ou na fonte da relação obrigacional, você tem o contrato.

Então, como nós sempre concebemos a relação obrigacional no Brasil?

Ora, fixado o contrato, celebrada a avença, o devedor deve cumprir uma prestação patrimonial de interesse da outra parte. Qualquer livro de direito civil diz isso.

As obrigações de dar, fazer ou não fazer, ou seja, o objeto de toda relação jurídica obrigacional, em outras palavras, objeto de todo contrato

sempre foi esse e continua sendo o seu objeto imediato, a prestação de dar, fazer ou não fazer. O banco, por exemplo, responsável pela pactuação de um compromisso de venda ao final das parcelas adimplidas, tem obrigação de fazer que é a outorga da escritura definitiva. O devedor tem obrigação de dar trato sucessivo de cumprir pecuniariamente as suas obrigações. Dessas obrigações de dar e fazer, ninguém esquece no contrato, é claro, vindo sempre muito bem redigidas e explicitadas.

É certo que isso tem que vir em toda relação em todo contrato celebrado, mas...

5. Deveres anexos como consequência do reconhecimento da boa fé objetiva

O que a cláusula de boa fé nos demonstra é que, ladeando as obrigações principais de um contrato de dar, fazer ou não fazer, existem deveres anexos ou obrigações acessórias, tais como, mesmo que o contrato não diga, a obrigatória observância dos deveres de sigilo, assistência, confidencialidade (que se confunde com a noção de sigilo) e o dever de informação.

Vou explicitar tais deveres, um por um, para os senhores, ressaltando, sempre, que a minha enumeração não é exaustiva.

Assim, entendam os seguintes deveres como consequência do reconhecimento da boa fé objetiva.

5.1 O dever de sigilo

O primeiro dever anexo de fundo ético, que eu posso referir, como consequência do reconhecimento da boa fé objetiva, é o dever de sigilo.

Mesmo que o contrato não diga, uma entidade contratante não pode divulgar dados da outra parte contratante, pois isso entra em choque com o problema do sistema interno de proteção ao crédito.

Eu sempre digo que o sistema de proteção ao crédito não é ilegal.

Por que não é ilegal?

Porque ele é uma exceção que a própria legislação abre para proteção ao crédito.

O que eu faço referência é que você, ao celebrar um contrato com determinada parte, não pode, de uma forma leviana, divulgar segredos ou atentar contra a imagem dessa parte, senão em um sistema considerado legal e jurídico de proteção ao crédito.

Ou seja, aqueles sistemas alternativos de comunicação, de negatização, são ilegais quando violam o dever de sigilo, que deve existir em toda relação contratual.

Observem os senhores que esse dever de sigilo é um dever de fundo ético. Ele não está no contrato, mas é de observância obrigatória.

5.2 O dever de assistência

Um outro dever que eu posso fazer referência é o de assistência, mesmo que o contrato não o explicita formalmente.

Imagine-se um exemplo simples: que eu seja um fornecedor de peças de computador, para uma outra pessoa jurídica, que as revende depois de manufaturadas. Ora, se eu vendo peças de computador para uma pessoa jurídica que as revende, essa pessoa não é consumidora das peças que eu vendo para ela, porque não é destinatária final.

Eu estou dizendo isso para chamar-lhes a atenção de que, mesmo não sendo consumidora, a pessoa jurídica, que adquire as peças, tem o direito de junto a mim – alienante – buscar uma assistência, se eu não puder prestar assistência técnica, tenho que indicar onde ele poderia fazer isso.

Eu não posso simplesmente dizer: olha, eu lhe alienei a peça, mas não há representante técnico da peça no Brasil. Se vire! A não ser que você pague 100 mil reais a mais, num termo aditivo contratual, para que eu lhe preste essa assistência. Isso viola um dever ético num caso concreto.

Num caso em que não haja representação técnica, essa empresa não é obrigada a dar assistência técnica, mas o dever de, pelo menos, indicar onde a adquirente pode buscar, é um dever de fundo ético, que deve ser observado. É um dever anexo do contrato.

5.3 O dever de informação

Mas, senhores, o dever anexo mas importante para vocês é o dever de informação.

Por que isso?

O dever de informar é um dos temas que os novos juristas do direito civil mais têm se debruçado nos dias que correm.

O descumprimento do dever de informar, ou seja, aquela idéia de se tentar ocultar determinado ponto do contrato, não se dando ciência expressa a outra parte, não pode mais ser aceita hoje!

Senhores, acabou-se o tempo das cláusulas e condições leoninas!

Se eu puder dar um conselho aos senhores, aqui, é: para se prevenir, se desarme!

Não é abrir seu flanco, não é redigir de forma leviana o seu contrato. Mas se desarme!

Eu vou dar-lhes um exemplo.

Eu tenho aqui em mãos um dos instrumentos particulares, que tive o cuidado de solicitar, utilizado por uma das entidades bancárias, filiada à Abecip. Devo dizer que, de redação primorosa, o contrato está redigido de uma forma perfeita. Você lê e conclui que não poderia redigir de forma mais técnica o contrato. Sugestões poderiam ser dadas, como, por exemplo, quando eu colocasse, aqui, contrato n., eu colocaria instrumento n., porque o que leva numeração é o documento, instrumento contratual e não o contrato em si, mas isso é simplesmente uma observação técnica simples, de um modesto professor de direito civil.

Mas vejam até onde vai o meu raciocínio sobre a cláusula de boa fé objetiva, pois destaquei dois pontos neste contrato que merecem destaque especial, mesmo porque sua linguagem financeira e técnica é irretocável (e tomo aula com isso aqui, eu devo reconhecer isso). Uma das cláusulas, me permitam ler, diz o seguinte: “Da suspensão das liberações das parcelas – É facultado ao credor suspender imediatamente a entrega das parcelas do crédito aberto se posteriormente à assinatura desse instrumento, surgir qualquer questão relacionada com a eficácia, ou a exclusividade da hipoteca, ou ainda se o devedor deixar de cumprir na forma e prazo ajustado qualquer obrigação prevista neste instrumen-

to”. Perfeita é a cláusula. É óbvio que o credor tem que ter essa cautela. Mas, doutores, mesmo que os senhores digam: “Pablo, nós já fazemos o que você vai dizer agora.”, acho prudente alertar. Como não foi explicitado como se dará a notificação do contratante ou por qual forma, é preciso ter muito cuidado com a idéia de “suspensão imediata ou cancelamento automático”.

Eu vou dar um exemplo recentemente veiculado na *Revista de Direito Privado*, da RT, referente a uma companhia seguradora, que, pelo que eu vi, não foi com nenhuma das entidades que atuam aqui. Falamos, portanto, de uma companhia seguradora um pouco mais desconhecida. Tendo contratado com ela, um sujeito deixou de pagar o prêmio do seguro, mas buscou regularizar a sua situação; não conseguindo e, por infelicidade, nesse meio tempo, ele foi roubado. Perdeu o carro. O ministro, que julgou o caso, condenou a seguradora a pagar-lhe indenização, mesmo sem quitação completa das parcelas, por um fundamento muito simples, não poderia haver cancelamento automático da apólice sem notificação, só isso.

É abusiva a cláusula que determina cancelamento automático da apólice, cancelamento automático do contrato, sem notificação anterior.

Isso aponta rumo de tendência na jurisprudência, pois o dever de informação é fundamental no nosso sistema.

6. O novo papel da legislação civil brasileira

É claro que a forma da redação do contrato é muito importante, mas, senhores, lembrem-se de que isso é um contrato de adesão.

Destaque-se, inclusive, que o novo Código, em dois artigos (acho, a propósito, que a disciplina foi muito pobre), cuida do contrato de adesão, porém, na mesma mentalidade do Código de Defesa do Consumidor. De que forma? Interpretação favorável ao aderente, o que é explicável, por uma questão de desigualdade econômica. Olha aí a legislação civilística brasileira se tornando intervencionista.

E tem mesmo de se tornar intervencionista.

Por quê?

Porque a nossa legislação de direito civil refletia, no seu nascedouro, na sua fundamentação clássica, uma concepção de contrato do final do século XIX, que não é a concepção de hoje.

Se os senhores, que também são pessoas físicas, forem resilir, que é a terminologia técnica, um contrato de telefonia celular, como eu tentei fazer há pouco tempo, vão sentir na pele o que estou mencionando.

Simplesmente, tentei mudar de plano, mas não consegui, tentei fazer isso *tête-à-tête* com alguém da entidade, mas tudo parecia um diálogo de surdos, próximo do surrealismo.

– Mas o senhor não pode cancelar sua linha aqui!

– Mas, minha senhora, eu sou o contratante e estou olhando para o preposto da contratante adversa, logo, eu queria...

– Não, para fazer isso, o senhor tem que ligar para número tal.

Aí você liga, permitindo-me o neologismo, impessoalizando a relação contratual, pois, de Pablo Stolze, eu me torno um número. Para falar com uma atendente, eu falei com três, em uma cadeia hierárquica, você vai ouvindo música, vai subindo na cadeia e, finalmente, quando você chega no topo (isso é interessante, talvez o mais interessante de tudo!), uma voz suave fala: “Senhor Pablo Stolze, o senhor é um cliente muito especial. Eu estou vendo aqui o seu histórico especialíssimo...” Quando ouvi aquilo, depois de ser maltratado por duas atendentes agonizadas, aí eu comecei a me enternecer com aquilo, sabe como é, a boa fé...

A boa fé – aqui subjetiva – alcançou o seu resultado, pois eu não mudei o plano. Depois, porém, tentei diminuir o valor que eu pagava, não deixaram, e, ainda, me deparei com uma situação, em que me disseram:

– O senhor falou com um dos nossos atendentes há uns três meses...

– Foi, eu falei mesmo, foi um rapaz educadíssimo, publicitário, fantástico. Pois, agora, eu queria somente mudar para um plano mais barato.

– O senhor não pode, pois o senhor está vinculado ao plano.

– *Vinculado?*

Repare o que é violação contratual da boa fé. Reparem os senhores o que significa desigualdade econômica do contrato, pois eu não podia sequer olhar para o olho da outra parte, ainda que preposto da pessoa jurídica. Aí, então, eu disse: “Olha, então, eu estou aqui rescindindo o contrato.” Qual não foi minha surpresa, ao ouvir:

- O senhor não pode rescindir o contrato.
- Não posso?
- O senhor está vinculado...

Senhores, isso, para o juiz, é um acinte!

Vou falar como juiz. É acintoso um juiz que pega um contrato tecnicamente bem redigido, tendo que buscar a psicologia do contratante. Ele tem que dizer: “Poxa, é o primeiro banco que eu vejo fazer a suspensão automática da hipoteca, mas ressaltando que a parte contratante será notificada antes”. Isso pesa, isso pesa muito. Tem aquela outra instituição que diz assim: “Não vamos notificar, pois aí nós cancelamos mais rapidamente...” Doutores, eu não estou tentando doutrinar nem catequizar ninguém, mas quero chamar a atenção para o fato de que estará na frente aquele que conseguir se desarmar sem ser leviano, ou seja, a redação técnica do contrato deve continuar sim, mas agora com essa preocupação da boa fé objetiva.

7. Cláusula de restrição à novação objetiva

Uma outra observação que achei interessante e que me chamou a atenção no contrato que me foi apresentado nesta palestra foi uma cláusula, sempre tida como necessária, que tem que continuar sendo assim considerada, que é a referente à novação.

É um ponto interessante que diz assim: “O recebimento de qualquer pagamento efetuado fora dos prazos estabelecidos não se considera novação”.

Trata-se de uma cautela interessante, mas que, na prática, não significa nada.

Por que isso?

Porque a novação objetiva existe se houver a criação de uma nova obrigação, com diversidade substancial em face da primeira.

E se juiz verificar que houve uma modificação substancial do contrato, mesmo que essa cláusula diga isso que aqui lemos, ela se opera.

Essa cláusula é de boa cautela, mas é o que eu estou dizendo, nem tudo que você ressalva, no contrato, será ressalvado no processo. Nem tudo.

8. A contagem do prazo prescricional

Vou falar sobre um outro tema importante no campo contratual: a contagem do prazo prescricional.

Não há questão mais controvertida que essa.

E eu acho que não adianta nós quisermos esquecer o Código Civil anterior.

Por que isso?

Porque o Código Civil anterior continuará tendo eficácia durante bons e longos anos.

Apenas para os senhores terem uma idéia, a enfiteuse, que desapareceu do novo Código Civil, substituída pelo direito real de superfície, continuará regida pelo Código anterior, assim como tantos outros atos jurídicos perfeitos já consumados, sem dúvida alguma.

Mas no campo dos contratos – falarei sobre os contratos celebrados antes da lei –, acho que é de bom tom fazer um breve apanhado sobre a regra geral de contagem de prazo prescricional.

Quais são as normas e transição?

Elas estão no final do texto codificado e são tão importantes que acho e concordo com o grande amigo Luiz Edson Fachin, que diz que esse Código tem que ser lido do final para o começo.

É verdade.

Porque no final do Código, com toda consciência dos princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, você encontra as normas de transição. Esse livro complementar interessante que, no Código velho, se resumia a dois artigos, porque, no Código anterior, você saía das ordenações para o Código, ao contrário do nosso momento, em que saímos de um grande Código para um outro grande Código.

E sobre os prazos, estabelece o art. 2.028:

“Art. 2.028. Serão os da lei anterior os prazos, quando reduzidos por esse Código, e se, na data da sua entrada em vigor, já houver transcorrido mais da metade do tempo estabelecido na lei revogada.”

Dentro dos prazos que conheço do Código Civil, lembro-me, nesse momento, somente de dois prazos que foram aumentados. Um prazo deles é quando cuida de vício redibitório.

Para os senhores terem uma idéia, uma ação de reparação de danos e reparação civil, que é ação tão comum cujo prazo anterior para a formulação era de 20 anos (e aqui eu vou me preocupar com a terminologia técnica, porque o que prescreve não é ação, mas sim a pretensão). Isso, o grande Agnelo Amorim Filho já falava na década de 60. Algo que é tão óbvio e patente, embora nós tenhamos o vício de dizer que a ação prescreve, eu sempre brinco assim: “A ação prescreve? Ação como nós concebemos? Direito Processual Público Subjetivo, de pedir ao Estado um provimento jurisdicional, prescreve? Como?” Imagine que eu tenho uma dívida prescrita há 25 anos. Se eu ingressar com uma ação em juízo, haverá processo, citação, sentença e recurso, e não houve ação. A ação de reparação de danos, ou, mais tecnicamente, a pretensão de reparação de danos prescreviam em um prazo de 20 anos pelo Código anterior, prazo máximo geral, comum das ações pessoais. O novo Código Civil, nos arts. 205 e 206, altera os prazos prescricionais e diz que a antiga ação de reparação civil prescreve a pretensão em três anos, de 20 para 3.

Então, imagine-se a situação. Imaginem que houvesse sido consumado um ilícito, e que durante (imaginemos!) 12 anos, a vítima do ilícito permanecesse inativa, não houvesse ainda formulado a sua pretensão em juízo. Doze anos depois entra em vigor o novo Código Civil. Quantos anos faltariam? Oito. Toda vez que o novo Código reduz o prazo prescricional, já tendo transcorrido mais da metade pela lei velha, continua a contagem do prazo pela lei velha. Ora, tendo transcorridos 12 de um total de 20, sendo 12 mais da metade do prazo total, faltam oito anos para prescrição da pretensão indenizatória.

Outro exemplo: imaginem que o ilícito haja se consumado e já houvessem transcorridos apenas sete anos. Tendo transcorrido menos da metade do prazo (é um prazo material contado dia a dia, mais da metade é metade mais um), tendo transcorridos sete anos, ora nesse segundo exemplo, como não ocorreu mais da metade, aplica-se a lei nova. Doutores, eu tenho escutado isso, não, se já correram sete com o Código novo está prescrito. Pelo amor de Deus, faltam três. É a partir da incidência da lei nova, porque se o senhor disser que já está prescrito, partirá da premissa equivocada e sofismática que, na época da consumação do ilícito, o Código novo estava em vigor. Não, faltam três anos para consumação do prazo prescricional, sendo assim que se conta prazo.

A regra geral é essa: se o prazo for reduzido pelo Código novo, tendo ocorrido mais da metade do prazo pela lei velha, continua a contagem pela lei anterior. Não tendo transcorrido, aplica-se a lei nova, a partir da sua entrada em vigor.

Doutores, essa é a regra para os prazos em geral do Código Civil.

Eu me deparei com uma reportagem da *Folha de S. Paulo*, exatamente sobre o problema do novo Código Civil em face do crédito imobiliário.

E um dos pontos da reportagem ainda sobre o prazo prescricional é o seguinte: nas associações de moradores e mutuários de todo país, há uma pergunta cada vez mais comum: recebi um protesto interruptivo do prazo prescricional do meu financiador. Os mutuários têm recebido um protesto para interromper, porque, pelo novo Código Civil, o prazo para cobrança de dívidas consubstanciadas em instrumentos públicos ou particulares seria de cinco anos. Então um advogado muito respeitado colocou que essa preocupação é desnecessária do financiador. Com o devido respeito eu discordo do advogado. Eu acho que o financiador está certíssimo em fazer isso. Porque, na dúvida – me permita esta expressão! – amarre seu cavalo na sombra, porque não sabemos como os juízes vão interpretar os prazos. Na dúvida, interrompa a prescrição, por que não? Você vai se submeter ao perigo do juiz declarar prescrita a pretensão de cobrar os valores. Eu acho que não e confesso que não estou aqui apenas para dar apenas segurança, mas também para dizer que haverá tormentas, pelo que eu acho que esse protesto interruptivo pode ser que não signifique nada, mas é uma cautela que, no caso concreto, não pode ser considerada desnecessária.

9. Sobre os contratos celebrados antes da vigência do novo Código Civil

E os contratos celebrados antes da sua vigência?

Os contratos celebrados antes do novo Código terão que ser analisados, à luz de um importante artigo, que é o art. 2.035, que estabelece.

“Art. 2.035. A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis

anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.”

Trata-se de um artigo problemático, dada talvez a sua inconstitucionalidade genética, que provavelmente vai ser interpretado da seguinte forma, caso reputado constitucional: nos planos de validade e eficácia, o contrato celebrado antes da lei terá disciplinas distintas. No que tange ao plano de validade, seus aspectos serão regidos pela lei do tempo de sua celebração. Imaginem um exemplo de um menor de 18 anos, que houvesse celebrado um contrato e financiamento em 1999 por cinco anos. O Código novo reduz a maioridade civil, para os 18. Mesmo com o Código novo, a nulidade – que, no caso, seria relativa (porque ele era relativamente incapaz) – não seria sanada porque, no que tange à validade, você aplica a lei do tempo da sua celebração. Todavia, no que diz respeito ao aspecto eficaz, será condicionada a que haja uma compatibilidade no tipo de execução escolhida. Imaginem um contrato de execução continuada, cuja incidência ultrapasse o período de vigência do Código novo, no que tange ao aspecto eficaz, a interferência do Código é imediata.

Como eu prometi que a minha aula não é só teórica, eu vou lhes dar um exemplo: a cláusula ou a norma legal que cuida da teoria da imprevisão, sob a roupagem de teoria da onerosidade excessiva – art. 478 – se um acontecimento superveniente torna excessivamente onerosa a prestação, o contrato pode ser resolvido ou revisado. Essa norma, que está somente no Código novo, incidiria em contrato de vigência de 10 anos, perfectibilizado sob a égide do Código anterior, uma vez que essa norma não é uma norma de validade, mas sim uma norma que cuida e que interfere na eficácia do contrato. Eu poderia citar outras, como, por exemplo, a norma que cuida da possibilidade de se revisarem prestações contratuais ou de pactuarem prestações com aumento progressivo das prestações.

Assim, os senhores verão que se trata de normas que cuidam da validade do contrato, porque, no seu aspecto de validez, o contrato obedece à lei do tempo de sua celebração, mas, no seu aspecto eficaz, o novo

Código Civil tem incidência imediata, com uma ressalva, que é o já citado parágrafo único, que eu acho que chegou até a ser um pouco agressivo. Como se o Código dissesse: “Se o senhor celebrou, pactuando uma cláusula reputada leonina, não me venha discutir!” A cláusula é considerada inválida por violação a texto expresso de Lei. É como se ele aqui absorvesse nesse parágrafo único, toda a ideologia do Código de Defesa do Consumidor.

Eu disse que a norma em si é de constitucionalidade discutível, porque, quando a Constituição consagra a proteção do ato jurídico perfeito, não diferencia a validade de eficácia. Não é isso?

Mas temos que nos lembrar que a nossa jurisprudência é muito pródiga de exemplos.

Lembrem-se os senhores que, por várias, o STF entendeu que os planos de governo atingiriam contratos firmados no antigo sistema financeiro, porque seriam normas de ordem pública. Permitam-me dizer se esse artigo é inconstitucional, essa posição do STF seria da mesma forma. Porque não é você justificando com argumento de ser norma de ordem pública que haveria retroatividade em face da Constituição...

É por isso que eu digo, mesmo se discutindo a constitucionalidade, eu acho que esse artigo vai ser aplicado na forma como estou me referindo.

10. Conseqüências jurídicas do descumprimento dos deveres anexos do contrato

Agora uma pergunta, que não veio ainda porque não se abriu espaço, mas viria: “Pablo, você falou um bom tempo sobre os deveres anexos do contrato, lealdade, confiança, assistência, sigilo que decorrem da boa fé objetiva. Qual é a conseqüência jurídica de um contratante violar um desses deveres? Seria considerar o contrato inválido, ou considerá-lo simplesmente inadimplente? Porque a inadimplência pressupõe um contrato válido, haja vista que é o descumprimento obrigacional da avença”.

Em setembro de 2002, em Brasília, houve uma reunião, com participação de vários professores e juristas, em que foram editados os chamados enunciados da jornada de direito civil. Se devo dizer que não temos,

ainda, jurisprudência sobre o novo Código, tenho certeza que estes enunciados, que são espécies de súmulas dos doutrinadores sobre os artigos problemáticos do novo Código Civil, são excelentes subsídios para textos processuais.

Um desses enunciados, aprovado por maioria, observa que, em virtude do princípio da boa fé, postulado no art. 422 do novo CC, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento independentemente de culpa.

Doutores, se o juiz chegar à conclusão que a sua empresa violou um dos deveres anexos ou implícitos do contrato, ela será considerada inadimplente em face desse dever, independentemente da aferição de sua culpa, e será obrigado a indenizar a parte prejudicada, ou seja, veja o que eu disse, o inadimplemento clássico dos livros tradicionais, foi, não diria proscrito, se tornou refletido, ou melhor visto de outra forma diferente, com outro matiz.

Por quê?

Para o novo Direito civil, inadimplente não é só quem descumpra a obrigação de dar fazer, ou não fazer. Inadimplente é quem descumpra deveres anexos de contratos, deveres que decorrem da cláusula de boa fé objetiva, que veio estampada no art. 422.

Vou mais além. Disse em uma palestra que, se não houvesse no Código um artigo que consagrasse a boa fé objetiva, eu diria que grande maioria dos juizes não iria aplicar. Porque lamentavelmente – eu tenho que reconhecer – a grande maioria dos meus colegas só aplicam o que lêem, o que está o Código; a grande maioria com exceções, exceções honrosas.

Eu sempre digo que precisou o Código explicitar certa regras, pois, há pouco tempo eu ouvia, de um respeitável desembargador, que não havia necessidade de que o juiz se reciclasse para aplicar esse Código.

Dizia ele: “Entrando em vigor, ele abre o Código na comarca e aplica. A norma é clara...”

Quando ouvi essa colocação, me lembrei de um comentário de Bobbio, que dizia que, quando o Código francês foi editado, ele era um prontuário de normas que continha todo o direito civil da humanidade. Aí, mesmo, porém, eu dei um exemplo que me parece interessante para “respaldar” essa afirmação de que esse Código é tão claro, que eu quero que os senhores me dêem inteligência de uma norma dele.

Refiro-me ao art. 561, referente ao contrato de doação.

A doação, no Código Civil brasileiro, pode ser revogada de duas formas: por inexecução do encargo ou quando o donatário pratica atos de ingratidão contra o doador. Dentre os atos de ingratidão, imagine-se a hipótese de o donatário matar o doador. O Código anterior não referia isso, com uma agravante de que o direito de revogar é personalíssimo. E se o doador tivesse morrido, quem revogaria a dação? Respondia a doutrina e o direito comparado, nesse caso em caráter excepcional, a legitimidade para revogar seria dos herdeiros do doador morto. E aí o Código novo foi resolver o problema, e veja como o Código não é uma tábua de normas prontas, dizendo no mencionado art. 561 que, no “caso de homicídio doloso do doador, a ação caberá aos seus herdeiros, exceto se aquele houver perdoado”.

Eu falei numa sala de aula essa regra pela primeira vez e alguém me perguntou: “Professor, só uma dúvida: o cara morreu.” Eu parei e disse: “O cara morreu!”

Aí vem um gaiato e diz: “Não, professor, vai lá no terreiro, baixa e aí perdoa...”

A intelecção da norma não é essa. Vejam como não adianta, com a devida vênia, você abrir o Código para aplicá-lo, se você não se municia e se capacita. Olha o que o legislador quis dizer: se a morte não é instantânea, você tomou o tiro, caiu, ficou no hospital em coma, acordou, aí o donatário diz, na delegacia:

- Doutor, me leva até o doador, que eu quero pedir perdão a ele.
- Doador, o senhor me perdoa?
- Perdôo...

Quem não perdoaria nessa hora? Claro que todo mundo, pois todo mundo quer ir para o céu...

Agora veja, esse perdão é livre, meu Deus?

Ele não é livre.

Será que é uma manifestação de vontade livre?...

Não, mas o Código consagrou.

11. A lesão e o estado de perigo

E eu volto a minha premissa: não pensem que esse Código é uma tábua de normas prontas! Esse Código socializa negócios jurídicos, e socializando os negócios jurídicos, ele consagra dois novos vícios, eu diria defeitos do negócio jurídico, a lesão e o estado de perigo.

Na medida em que o Código reconhece a lesão e o estado de perigo, o que já devia ser consagrado em leis genéricas de direito privado há muito tempo, interferindo na vida prática dos senhores, também demonstra a socialização da idéia de contrato.

A lesão é muito conhecida de todos, remontando ao direito romano que fazia menção à lesão enorme.

A lesão, em uma definição simplificada e objetiva (é sempre preciso citar uma das melhores definições de lesão, que é de Henry De Page, o grande civilista belga), é um defeito do negócio jurídico que decorre de um abuso de poder econômico.

Os senhores encontram a sede legal da lesão no art. 157, do CC que diz: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

Ou seja, a lesão é um defeito que surge quando uma parte, abusando da necessidade ou da inexperiência da outra, impõe-lhe uma obrigação ou uma prestação excessivamente onerosa.

A consequência da lesão é a anulabilidade e não a nulidade, a anulabilidade do negócio jurídico.

A lei de crimes contra a economia popular já fazia referência à lesão, assim como o Código de Defesa do Consumidor, mas não havia no Código Civil uma referência explícita à lesão, que veio, agora, contemplada.

Eu devo dizer aos senhores que a lesão pressupõe dois elementos fundamentais.

Um elemento objetivo que é desproporção no nascedouro do contrato, porque se a desproporção é posterior quando de sua execução, isso é teoria da imprevisão, não é lesão. A lesão vicia o contrato na sua nascente, um exemplo clássico tirado dos nossos anais eram os italianos imigrantes, que compravam mantimentos a preços extorsivos nos armazéns da

fazenda. Um exemplo mais comum poderia ser do pai de família de classe média que pactua um contrato com juros extorsivos em uma instituição, que aplica valores dez vezes ao valor de mercado, um exemplo apenas ilustrativo, ou seja, a lesão decorre de um abuso. Esse elemento objetivo é desproporção.

O elemento subjetivo, que alguns denominam de dolo aproveitamento, é o abusar da necessidade ou da inexperiência da outra. Esse é um problema para contratos técnicos, como contratos do sistema financeiro imobiliário. Então a preocupação em capacitar o gerente ou agente operador, no contato que ele tem com o cliente ou com contratante, é indispensável, no que diz respeito à ciência dos direitos dele. Não se trata de uma cautela desnecessária a de ciência expressa de cláusulas: “O senhor poderia explicitar?” “Olha, eu vou explicitar essa cláusula em negrito, o senhor poderia dar um ciente nela?” Isso não é excesso desnecessário, talvez não diria que isso evite a alegação de lesão, mas contorna a aplicação do instituto da lesão.

Já o estado de perigo, que é um defeito muito próximo da lesão, nada mais é do que o estado de necessidade no direito civil, vindo estampado no art. 156.

A consequência do estado de perigo é a mesma consequência da lesão, qual seja, a anulação do negócio jurídico.

E o que há no estado de perigo?

No estado de perigo, uma pessoa, para salvar-se de perigo de dano a si ou à pessoa próxima, assume uma prestação excessivamente onerosa.

Vejam a diferença: na lesão, você é levado a contratar em prejuízo próprio, em razão de uma inexperiência ou necessidade econômica; no estado de perigo, a outra parte, ciente da situação de perigo de dano, leva você a celebrar uma avença, assumindo uma prestação excessivamente onerosa.

Eu tive uma dificuldade terrível em buscar um exemplo de estado de perigo em minha obra, busquei vários exemplos, mas não me agradavam os exemplos da doutrina. Um dos exemplos doutrinários mais comuns era Caio se afogava e Tício foi salvá-lo. Então, ao salvá-lo, Caio celebrou uma doação, doando metade de seu patrimônio para Tício, ou seja, haveria, no caso, uma mácula do estado de perigo, viciando o contrato... Já pensou

uma pessoa se afogando? Ela não contrata, ela grita por socorro... Quando me veio à luz, do incidente que passei, pois, por um bom tempo, sofri de luxação recidivante de ombro, que poderia ilustrar um bom exemplo. Luxação de ombro são dores horríveis, dores horrorosas quando meu braço deslocava. Numa manobra no carro, fui olhar para trás; ao fazer uma manobra, em uma faculdade em que iria dar aula, meu braço saiu do lugar e eu perdi o controle do carro. Como havia um monte de areia atrás, meu carro levantou vôo, arrebentando o carro de trás. E a ambulância quando veio me prestar socorro, com o braço destroncado (se alguém já teve deslocamento de algum membro sabe o que é isso...), ao entrar na ambulância naquela situação de perigo de dano (porque, para os senhores terem uma idéia, eu ingressei no hospital com paralisia facial, embolando a língua), o enfermeiro sentou e cruzou as pernas, me dizendo, dentro da ambulância, que não saía do lugar enquanto eu não respondesse suas perguntas:

– O senhor é segurado de plano de saúde?

Na hora que eu ouvi aquilo, estourei a gritar, mas, quando eu acabei a minha “catarse judiciária”, ele falou:

– E o senhor fique calmo porque, senão, o médico não lhe atende.

Aí, ele ligou para seis estabelecimentos e eu só dei entrada depois da emissão do cheque caução como condição *sine qua non* para o atendimento de emergência, que é uma aplicação perfeita da teoria do estado de perigo...

Gostem ou não gostem – vejam os senhores que eu fui do contrato para o inadimplemento, dele eu voltei para o contrato, de onde para o negócio jurídico até os seus defeitos –, isso demonstra a conclusão única dessa exposição: mudou-se a ideologia contratual no Brasil...

Doutores, muito obrigado!

Hamilton de Abreu Nogueira (Larcky) – É sobre essa mesma matéria que vou reportar um pouquinho as exposições quanto a juros, os arts. 406 e 591. O art. 591 se refere a juros compensatórios ou remuneratórios, feliz esse artigo, exatamente dizendo que o teto para sua exigibilidade é a taxa prevista ao art. 406 que se refere a juros moratórios; a taxa, na palavra, é a taxa em vigor para cobranças dos impostos da fazenda pública nacio-

nal. Então surgiu a idéia de que como ela cobre a Selic, me pareceu aqueles arts. 160 e 161 da CPM, que fixam os juros em 1%. Esse é um lado, então seria 1%, mesmo porque se não fosse assim seria em descompasso à Constituição Federal. Voltando ao assunto anterior dos condomínios, eu queria voltar à questão dos moratórios.

Pablo Stolze Gagliano – Vamos lá Hamilton, meu amigo Hamilton. Se me permite, repare bem. Em relação ao condomínio, o próprio artigo, salvo engano, 1.336, § 1º, acho que é esse, fala sobre multa. É esse doutora? Art. 1.336 § 1º, fala da multa, mas ressalva os juros moratórios que podem conviver com a multa. A multa é sanção, não comporta tecnicamente um teto, é uma sanção civil, mas enfim os juros moratórios no condomínio estão ressalvados, é isso mesmo? É, acho que ele faz referência a 1%. Repare que os juros moratórios no condomínio mereceram referência expressa de 1%. O problema são os juros legais gerais dos contratos, Dr. Fonseca, do 406, porque ele fala assim, já estou saindo do condomínio e estou indo para o 406, quando os juros moratórios não forem convenacionados ou forem sem taxas estipuladas, ou quando provierem de determinação da lei, serão fixadas segundo a taxa que estiver em vigor para mora do pagamento do imposto devido à fazenda nacional. Vejam bem, os senhores sabem muito mais do que eu, a explicação jurídica econômica de juros e da taxa Selic. Não me botem na parede com isso, mas o pouco que eu sei é que a lei foi muito infeliz ao utilizar como parâmetro para juros legais e moratórios a taxa Selic, que foi uma taxa criada para remuneração de título da dívida pública federal.

Na minha opinião, a taxa Selic pode ser tudo, menos juros, mesmo porque, a depender da variação, ela pode ter um determinado sentido negativo para o credor, quer dizer, se o senhor me permitir isso aqui, só para concluir, Dr. Nogueira, veja bem. Não acho que o índice deva ser a taxa Selic. A solução que alguns doutrinadores têm referido é esse 1%, porque respeitaria o teto de 12. Não é por isso não. Um dos enunciados sobre isso diz que a taxa em vigor para mora de pagamentos de impostos é aquela do art. 1.161 do CTN, que a fixa em 1%.

Hamilton Nogueira – A colocação do professor vai ao encontro do que nós dissemos. Um dos enunciados desse conclave de juristas sobre esse

artigo foi a utilização aprovada à unanimidade que o Prof. Junqueira lembrou bem, a utilização da taxa Selic como índice de apuração de juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional porque o seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros e somente correção monetária; é incompatível com a regra do art. 591, que permite apenas a capitalização anual dos juros e pode ser incompatível com a própria Constituição Federal. Esse é o impedimento que está prevalecendo.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Pablo, ontem nós tivemos a palestra do Dr. Chicuta, colega seu aqui do Tribunal de Alçada, que se referiu exatamente a esse enunciado, para aclarar a situação no sentido de que os juros ali referidos seriam aqueles do art. 161 do CTN. Perfeito!

Dr. Pablo, temos mais algumas perguntas da Dra. Edileine, da Poupex. Ela quer a sua opinião a respeito dos efeitos do art. 303 do novo CC. E eu queria, até para ajudar na sua resposta, fazer uma colocação de um dos expositores de ontem, o Dr. Eduardo Pacheco Ribeiro de Sousa, que é ex-magistrado e é registrador na cidade de Teresópolis. Ele entende que esse artigo não se aplicaria, ou não teria revogado a Lei 8.004, que é de 1990, que estabelece para as operações no sistema financeiro de habitação a operação de compra e venda e a substituição de devedor tem que ser em ato concomitante.

Pablo Stolze Gagliano – Pelo art. 303, o adquirente de imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido, se o credor notificado não impugnar em trinta dias a transferência do débito. Esse artigo se contemporiza com o artigo de sub-rogação legal prevista no próprio Código Civil novo, porque há uma alteração aqui nesse sentido. Bem, não tem correspondente no Código anterior. Aqui, a idéia que eu tenho em relação a isso é a de que há uma facilitação da transferência do imóvel para terceiro, colocando-se o credor em uma situação de certo modo delicada, porque, mesmo que haja recusa desse credor, será que essas partes não poderiam discutir em juízo a causa dada pelo credor, ou seja, acho que haverá uma certa insegurança e acredito – não fiz análise específica da lei referida pelo palestrante anterior para dar uma opinião bem

concludente a respeito disso –, tenho a impressão de que as normas pertinentes ao sistema imobiliário são normas específicas. Há certos pontos que, se não buscarmos uma compatibilidade, inviabilizaremos a atividade imobiliária, como já soube que há certa inviabilidade em algumas praças.

José Junqueira – Eu gostaria só de sua opinião, mesmo porque no último encontro que tivemos com os registradores de imóveis foi dito, sobre o art. 108, que o doutor me lembrou, e o art. 1.417, a respeito do instrumento público, que aqueles contratos de valor acima de trinta vezes o salário mínimo devem ser formalizados obrigatoriamente por instrumento público. Bom, o art. 1.417 fala que o compromisso de compra e venda podem ser lavrados por instrumento público ou particular.

Pablo Stolze Gagliano – Veja bem. Não tenho dúvidas em relação a essa questão. Na minha concepção, essa norma do art. 108, que não é novidade, que determina a forma pública para atos translativos de propriedade que superem o valor legal porque havia referência no art. 134 do Código velho. É uma regra geral, que encontra exceção na própria lei, o art. 1.417, que é norma específica da promessa de compra e venda; admite que seja lavrada em instrumento público ou particular.

Se me permitem uma colocação, o exemplo clássico de conversão substancial do negócio jurídico, que também é um tema para outra oportunidade, é uma medida sanatória do negócio jurídico. O exemplo clássico é este: o compromisso do contrato de compra e venda que é nulo na forma particular e que pode ser convertido em promessa de compra e venda que admite a forma particular. Com a devida vênia, acredito que o compromisso de venda pode ser pactuado tanto pela forma pública como pela forma particular, porque o art. 1.417 é norma específica. Não tenho dúvidas disso.

José Junqueira – Eu também entendo assim. Que bom!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Pablo, voltamos à questão da adesão. Vou colocar uma questão aqui relativa a problemas com os financiamentos imobiliários. Os nossos contratos, como o senhor informou e

de fato o são, são contratos de adesão. O senhor vê a possibilidade de um mutuário, alegando inexperiência, pelo não-conhecimento técnico de como se forma uma operação de financiamento imobiliário, impugnar o valor da prestação? Nos tribunais, há discussões sobre sistema de amortizações, como, por exemplo, a Tabela *Price*. O senhor vê essa possibilidade, e se sua resposta for positiva, de que maneira os agentes financeiros poderiam se resguardar? Porque todo mutuário vai alegar uma inexperiência, a não ser que esse mutuário seja oriundo de um agente financeiro que opere no crédito imobiliário, mas mesmo assim ele pode alegar inexperiência?

Pablo Stolze Gagliano – Doutores, uma frase inicial de efeito: os juízes, inclusive eu, têm que ter responsabilidade, porque o princípio que vem da alegação da própria torpeza em juízo não foi proscrito do ordenamento; senão, no caso de contrato simulado interessante, esse de posicionamento, porque havia uma norma no Código velho dizendo que um simulador não poderia alegar contra o outro a simulação em juízo, ou seja, se esses simuladores brigassem, um não poderia impugnar o contrato, ajuizar uma ação anulatória em face do outro, alegando sua própria torpeza. Isso caiu, porque a simulação no novo Código é tratada como causa de nulidade absoluta, podendo ser reconhecida até mesmo pelo juiz de ofício. Assim, não há uma razão plausível para que um não possa alegar contra o outro, assumindo os riscos de sua alegação.

Agora, em relação a esse problema da alegação da inexperiência, os juízes têm de ter responsabilidade, porque a lei não pode estar apenas de acordo com a alegação do autor de inexperiência, chegar à conclusão de que há lesão, porque senão seria inviabilizada a atividade financeira econômica. O que eu devo dizer aos senhores é que tenham a preocupação em explicitar, em dar ciência, aquelas cartilhas de informação que os contratos de seguro entregam são interessantíssimas. Que vocês as entreguem para darem ciência à pessoa, porque, realmente, a linguagem de um contrato é muito técnica. Agora, senhores, a juntada de uma dessas cartilhas dá ao juiz a sensação de que o senhor não pode alegar que não sabia, não conhecia a norma, porque a cartilha explica esse artigo aqui para o senhor.

Só um último detalhe em relação à Tabela *Price*, porque não vou falar sobre isso. Não sinto nem vontade, mas há uma discussão muito gran-

de sobre a legalidade e ilegalidade da Tabela *Price*; se há ou não capitalização; se ela mascara o aumento camuflado e progressivo de prestações. Eu sempre digo o seguinte. É muito bom ser juiz de direito, porque você consegue ver o lado do cidadão, o sujeito que paga utilizando a tabela não tem a sensação de que está pagando, porque ele vai amortizando sem sentir. No entanto, doutores, vou dar uma dica: a alegação de que pode haver um aumento progressivo camuflado talvez encontre mais um oponente, ou seja, mais um argumento favorável aos senhores.

O art. 316 do Código disse ser ilícito convencionar o aumento progressivo em prestações periódicas. Não vou dizer que a Tabela *Price* implica aumento progressivo, porque muitos dizem que não há; não vou entrar nesse mérito. Só estou levantando mais um argumento, de que o aumento progressivo de prestações periódicas, desde que não caracterizem lesão ou prejuízo ou má fé é, a partir de 11 de janeiro, lícito de acordo com o novo Código Civil Brasileiro, art. 316.

Roberto (Bradesco) – Com base no que o senhor falou, com o princípio da boa fé objetiva, agora presente nos contratos, como ficaria a exceção dos contratos não-cumpridos, art. 477? Não haveria uma desconformidade entre a nova norma e a antiga?

Pablo Stolze Gagliano – Art. 477. Essa é de contrato não-cumprido: “Se depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.”

Roberto – Não fere a confiança?

Pablo Stolze Gagliano – Eu não diria que feriria a confiança, porque é mais uma cautela para não se ferir o patrimônio daquela parte que vai cumprir o contrato ante a segurança da outra. Imagine o gasto que você não vai ter para contratar, para realizar sub-empregadas, considerando que as partes adversas podem não cumprir a prestação dela. O que talvez esse

artigo gere é uma certa insegurança, porque, da forma como ele vem redigido, você não tem muita certeza de quando é que a parte pode se negar a cumprir a prestação ou exigir a garantia.

Não acho que colida com a idéia de boa fé, mas, se você me permitir um gancho do que você falou, há um aspecto interessante sobre a teoria da imprevisão, que no Código vem sob a denominação de teoria da onerosidade excessiva; ela vem redigida e referida no art. 478, sob epígrafe da resolução ou onerosidade excessiva, que diz assim: nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa com extrema vantagem para outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato os efeitos da sentença retroagirão a data da citação; ou seja, tal como veio redigida, a imprevisão no novo Código Civil desemboca na resolução. Salvo o próximo artigo, a resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu modificar eqüitativamente as condições do contrato, ou seja, a resolução pode ser evitada, se o contrato for revisado, mas como o 479 veio redigido, a impressão que temos é modificar eqüitativamente as condições do contrato. Tenho minhas dúvidas a respeito disso. Será que uma parte não pode ingressar em juízo para pedir judicialmente, mediante uma sentença tecnicamente denominada determinativa, a revisão do contrato, mesmo que a isso a outra parte se oponha? Não há revisão que altere o conteúdo da avença, porque o juiz estaria interferindo numa seara proibida, mas será que não se poderia revisar quantificações econômicas expressões pecuniárias, mesmo que a parte que se beneficiou se negue a isso? É apenas uma reflexão com os senhores a respeito desse art. 479 do novo CC.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Pablo, vou pegar um gancho na sua colocação. Depois há mais colegas para fazer as questões. Se houver a onerosidade excessiva nos contratos de crédito imobiliário, isso imputaria em resolução que implicaria o devedor pagar o saldo devedor por completo. O que eu lhe pergunto é o seguinte: de certa maneira, o agente financeiro entregou recursos, entregou dinheiro e quer o retorno do dinheiro. O senhor considera que, nesse artigo, onerosidade excessiva seria, por

exemplo, um indexador do contrato que, por questão econômica, venha a ficar diferenciado, ficar extremamente elevado, tendo em vista que para o próprio mutuário não teria essa compensação em seu salário e lembrando sempre que essas operações têm um equilíbrio entre o passivo e o ativo, o passivo é a caderneta de poupança que terá a mesma remuneração, terá o mesmo indexador, porém, para aquela pessoa especificamente, aquilo poderá tornar-se excessivo?

Pablo Stolze Gagliano – Dr. Fleury, veja bem. Acho que você não pode imaginar aprioristicamente que um indexador, uma cláusula de escala móvel, seja legal, ou seja, uma parte, quando pactua, quando assina o contrato submetido a um determinado indexador, se submete às variações do mercado. É óbvio que sim, porque é um pressuposto lógico de uma cláusula que é de escala móvel, como a própria denominação mostra, mudanças abruptas e gravíssimas como aquele problema dos contratos atrelados a variação cambial. Ora, nenhuma sistemática como a que vivemos de uma estabilidade firmada para o cidadão, aquela alta em razão de uma quebra da bolsa, justificaria uma readequação, uma revisão, não pelo simples fato de ter sido uma indexação de acordo com a cláusula variável, mas porque houve estouro não previsto pelos economistas, não imaginado. A propósito, devo dizer que na solução do STJ – os senhores sabem qual foi –, o STJ entendeu que, no caso dos contratos atrelados a variação cambial, deve haver uma divisão de despesas para cada parte, ao invés de dizer que a melhor solução é a solução mais adequada. Em resumo, acho que o fato de se adotar um indexador não pressupõe utilizar a expressão onerosidade excessiva como porta escancarada, ao mesmo tempo que não nego na apreciação do caso concreto a aplicação do art. 478; não vou dizer aprioristicamente que a indexação levaria à revisão do contrato, porque acho que toda parte que assume contrato com índices variáveis assume riscos de uma alta em relação a isso.

Oswaldo Fonseca – Dr. Pablo, o senhor falou que nenhum economista poderia prever, mas as próprias taxas praticadas em mercado mostram que, se eu comprasse financiado em dólar, a taxa seria baixa, e se eu comprar em reais, a taxa seria alta. Então, quem comprou se beneficiou de uma taxa

de juros baixa pelo risco da possibilidade da variação do dólar, ou seja, já existia um risco no país que era latente e aconteceu na prática.

Colocando uma outra questão mais prática, quando o senhor falou que em alguns estados temos um problema, vou dizer aqui mais ou menos o que deve estar acontecendo, o que aconteceu. Imagine que, quando se contrata um financiamento, a prestação tem um percentual de comprometimento de renda de 25%. A partir daí, essa prestação vai subir de acordo com a inflação bem como o salário deve estar subindo de acordo com a inflação, pelo menos na iniciativa privada. No poder público, no entanto, em vez de o salário ser reajustado pela inflação, ele acabava sendo reajustado pela mudança de letra, como se fosse uma promoção. Mas há decisões judiciais que o obrigam a pagar um percentual de salário corrigido pelos índices salariais oficiais sem considerar aquele reajuste de letra. Portanto, quem começou com comprometimento de 25%, depois de 3, 4, 5 anos estava com um comprometimento só de 5% dizendo que não tinha capacidade de fazer o pagamento, apesar de o comprometimento cair proporcionalmente. Sempre que aparece essa preocupação do comprometimento, na data do contrato e do comprometimento posterior, ou seja, sempre que houver ganho por produtividade, esse ganho deve ir para a prestação.

Nossa segunda preocupação é na hora de conceder financiamento habitacional. Se o mutuário for uma pessoa no início de carreira, teoricamente estamos mais garantidos com os ganhos de produtividade que ele vai ter e mais certeza da capacidade de ele pagar; se for uma pessoa no meio da carreira, temos quase a segurança de que se trata de alguém consolidado, que vai conseguir honrar as parcelas; mas se for uma pessoa no finalzinho de carreira, quando ele quer dar melhores condições para a família, pelo que trabalhou tanto, preocupou-se tanto, pensaríamos o seguinte: será que devemos conceder? Daqui a três ou quatro anos ele se aposenta, vai sair de um salário de 10 para 2 e, eventualmente, a prestação se tornará excessiva; ele pagava 25% de 10 e agora? Ele pode pagar de prestação mais do que ganha de aposentadoria, que tem um teto? Se bem estou entendendo, vamos começar a olhar não a renda dele agora e aqui, para ver o comprometimento, mas olhar no tempo e chegar à conclusão de que ele não pode tirar um financiamento de longo prazo.

Pablo Stolze Gagliano – Dr. Fonseca, foi uma aula, com certeza, mas em relação à primeira colocação do dólar, sua colocação é muito interessante. Em relação a essa decisão do STJ, talvez não tenha sido a mais justa. Analisando cada caso concreto, não seria justo onerar só o banco, que poderá ter captado recursos no exterior, comprado em dólar, vendido em real, em linguagem mais imediata. Da mesma forma, também tendo essa visão de economia que todos têm, por parte do banco; é uma questão de conhecer essa área; é a mais difícil das ciências. Infelizmente, vocês têm um problema na mão, que são os contratos na área de sistema imobiliário, que não são contratos convencionais, são contratos com uma carga de ordem pública muito grande. De certa forma acho que o Estado transfere para as entidades suas próprias falhas. O BNH foi um fiasco, ao tentar incentivar, equacionar problemas habitacionais no nosso sistema. Por isso, não é possível ter uma posição segura em relação a essa problemática de atrelar rendimentos. Devo dizer tomem muito cuidado com a redação do contrato, com a certificação das partes, porque o que tenho visto é o Estado colocar a responsabilidade que é dele sobre o setor privado. Falo disso com todo respeito à Caixa Econômica, porque ela é uma empresa pública que atua no âmbito da expressão indireta muito mais próxima da iniciativa privada. Acho que o Estado brasileiro, durante muito tempo, foi tratado de forma paternalista. A exceção de contrato não-cumprido não pode ser oposta contra o Estado, a parte tem que prestar. O Estado pode não pagar e a parte não pode suspender seu fornecimento sob pena de quebra do princípio da continuidade de serviço público. Não tenho dúvidas a respeito dessa transferência em que o Estado tem que intervir, tem que coibir posturas abusivas que há dos dois lados, temos que reconhecer isso, mas o Estado não pode querer também transferir suas obrigações e encargos para a iniciativa privada.

Vou me referir a uma situação concreta até mais gravosa à mencionada pelo senhor. Não tenho parâmetro ou panorama para apresentar isso, mas tenho parâmetro para lhes dizer que tomem cautela preventiva em relação à pactuação de contrato dessa raiz porque, volto a dizer, a advocacia preventiva ganha espaço em face da advocacia contenciosa. Um exemplo dessa transferência de encargo está em um dos artigos do Código que diz: o cônjuge separado judicialmente, mesmo que culpado, tem

direito aos alimentos se for incapaz ou inapto para o trabalho e não tiver parentes sucessíveis. Imaginem a situação concreta do sujeito, conhecido por toda vizinhança, que foi traído por adultério, ingressou de forma civilizada com ação de separação judicial e vai ser obrigado a pagar alimentos à ex-esposa porque a lei reconheceu que, uma vez que ela não tem aptidão para o trabalho nem parentes sucessíveis, ela pode recorrer ao separando, vencedor da ação. Ora, o Código não é um prontuário; essa norma não foi redigida observando-se o caso concreto de uma senhora que se separou, ficou com os bens, se prostituiu, perdeu tudo e foi bater às portas do ex-marido com ação de alimentos. Nesse caso, para mim o Estado transferiu para essa pessoa, que nem estava divorciada ainda e que foi vitoriosa na separação judicial, o encargo de amparar a ex-esposa, o que deveria caber à assistência e à seguridade social.

Essa transferência de encargo também justifica as agências reguladoras que deferem corretamente o que têm de deferir em pontos fulcrais da economia brasileira. Vivemos um momento em que o direito privado começa a tentar se afirmar em face do direito público sem esquecer que são válidas as normas publicadas. A função agora é tentar ter muita transparência, tentar evitar esses vestígios, não adianta, Dr. Fleury, deixar de informar ao gerente como ele deve agir; porque ele não agiu de forma adequada e quem se importa com isso, em termos, é o advogado, que vai pegar o processo já muitas vezes sem vias de conseguir uma reversão no caso concreto.

Mauro Adriano da Costa (Banco Santander) – Gostaria de ouvir sua opinião sobre o conceito da onerosidade excessiva aplicada neste exemplo. Inadimplente no contrato e no processo de cobrança antes da execução, o mutuário que venha a fazer um acordo com o agente financeiro, acordo esse que resulta na incorporação de seu saldo devedor ao contrato, projetado no prazo restante do contrato. No futuro, ele alegará que essa forma de renegociação deixou esse contrato de uma forma onerosa.

Pablo Stolze Gagliano – Dr. Mauro, a onerosidade excessiva é consequência de um acontecimento imprevisível. Desde quando ele aquiesceu no acordo, acho que ele poderia caracterizar a aplicação da teoria no caso

concreto, com um detalhe importante: esse *feedback* é importante, porque vou me lembrando de dados: a cláusula em contrato que afasta a aplicação da teoria da onerosidade excessiva ou da imprevisão é ineficaz; nem percam tempo com isso; não coloquem no contrato que as partes afastam a aplicação da teoria. Não tenho dúvida a respeito desse ponto. Está naquele parágrafo do art. 2.035 que diz: nenhuma convenção prevalecerá etc etc etc., se violar a função social do contrato.

Participante – Dr. Pablo, o senhor já esclareceu que não vai adentrar na matéria de direitos reais, mas há uma questão que nos aflige. Não só o seu brilhantismo, sua experiência e sobretudo, graças à sua atuação na área jurídica, não há quem não fique satisfeito em ver civilistas como o senhor, voltando a aparecer. Estávamos bastante carentes de civilistas; processualistas, temos bastante. O senhor tem demonstrado isso claramente, mais ainda pelo fato de também participar do Judiciário, como juiz.

Gostaríamos da sua reflexão sobre alienação fiduciária de bens imóveis, o que tem trazido algumas dúvidas junto aos agentes financeiros. A questão que se coloca é a seguinte: tendo em vista que o art. 1.225 relaciona os direitos reais e não coloca a alienação judiciária de bens imóveis, que veio a ser criada pela Lei 9.514, de 1997, alguns estão interpretando que, por esse fato, haveria uma revogação da alienação fiduciária de bens imóveis, que ela precisaria ser confirmada ou por uma medida provisória ou por outra lei. Discordo totalmente dessa posição, mas eu gostaria de ouvir sua opinião.

Pablo Stolze Gagliano – Primeiramente, não acredito que a legislação sobre alienação fiduciária tenha sido revogada. Isso para mim é muito óbvio. Bem, revogação expressa não foi, porque revogação expressa só houve do Código Comercial e do próprio Código Civil. O Código trata da propriedade fiduciária e não exclui a alienação fiduciária de bens imóveis. Para mim é muito clara a não-revogação. O problema é a conveniência, ou seja: é instituto jurídico conveniente? Esse é o problema. Muitos magistrados ainda resistem à alienação fiduciária, embora eu ache o instituto interessantíssimo; é um instituto novo, relativamente novo. A discussão sobre o pacto comissório, em não tendo havido lance no segundo leilão, enfim

aquela problemática de consolidação da propriedade; mas eu não acho que tenha havido revogação; acho também que as instituições devem atrelar seus contratos a esse instituto. Permita-me dizer que estou pasmo porque não tinha ouvido essa opinião ainda e, com devida vênia, acho uma opinião insubsistente; revogação não é. No caso, cabe apreciar essa conveniência; mas só não peço prisão civil do devedor na alienação de imóveis; já não gosto muito; mas não cabe nem está prevista na lei de imóveis.

No volume 2 de nossa obra há um capítulo só sobre prisão civil, se bem se trate de um ponto de que não me convenço, mas na Lei 9.514 não há referência.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Agradeço mais uma vez a sua participação, que de fato trouxe excelentes lições, bem como nos deixou em determinadas situações um pouco preocupados; mas, por outro lado, trouxe possibilidades de adaptar as operações imobiliárias de acordo com o novo Código Civil.

A Abecip se sente honrada com sua presença e agradece muito sua participação.

Dr. Pablo, para registrar sua presença, passamos às suas mãos uma pequena lembrança para que fique registrada sua participação no nosso evento.

NOVOS ASPECTOS OBRIGACIONAIS DO DIREITO IMOBILIÁRIO

Expositor: **DR. MELHIM NAMEM CHALUB**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: André Roberto dos Santos Matheus

Dia: 03.04.2003 (quinta-feira)

Hora: 16h30min

SUMÁRIO

1. Considerações preliminares – 2. Princípios fundamentais: 2.1 Cláusulas gerais; 2.2 Função social do contrato; 2.3 Eticidade; 2.4 *Pacta sunt servanda*; 2.5 Onerosidade excessiva; 2.6 Poder discricionário do juiz – 3. Outros aspectos relevantes: 3.1 Estado de perigo e lesão; 3.2 Hipoteca: 3.2.1 Dispensa de anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado; 3.2.2 Notificação do credor para assunção de dívida; 3.2.3 Desdobramento da garantia hipotecária; 3.2.4 Exoneração da obrigação do terceiro adquirente, mediante “abandono” do imóvel; 3.3 Penhor – duplicidade de registro; 3.4 Condomínio edilício: 3.4.1 Fração ideal e cota de contribuição; 3.4.2 Responsabilidade do adquirente pelos débitos condominiais.

1. Considerações preliminares

Tendo entrado em vigor a partir de 12.01.2003, o novo Código Civil substitui o regime individualista que caracterizava o Código de 1916 por um modelo estruturado basicamente sobre três diretrizes, a saber, a *eticidade*, a *socialidade* e a *efetividade*.

A *eticidade* está materializada na concepção moderna da *boa fé objetiva*, pois, como registra o Prof. Miguel Reale, “a vida jurídica está tão vinculada a processos sociais e econômicos e a exigências éticas, que as normas não devem ser rigorosamente jurídicas, mas abertas a uma série de perspectivas”.

Pela *socialidade*, o Código Civil valoriza a função social do direito, notadamente a função do contrato e a função social da propriedade.

Pela *efetividade* ou *operabilidade*, o novo Código busca dar efeito prático ao direito como instrumento de justiça.

A partir desses princípios, o novo Código introduz importantes reformulações nas disposições que regem os contratos, alterando a própria filosofia dos contratos, a partir mesmo do condicionamento da autonomia da vontade: agora, a liberdade de contratar está condicionada à função social do contrato e está limitada por essa função.

Do contexto dessas reformulações, fizemos algumas anotações a propósito de assuntos relacionados, direta ou indiretamente, aos negócios imobiliários, entre eles as cláusulas gerais, a função social do contrato, a eticidade, o princípio *pacta sunt servanda*, a onerosidade excessiva, o poder discricionário do juiz, o estado de perigo e lesão, além de certas

peculiaridades inovadoras em relação à hipoteca, ao penhor e ao condomínio edilício.

O presente trabalho constitui uma miscelânea desses assuntos.

2. Princípios fundamentais

2.1 *Cláusulas gerais*

O novo Código privilegia a fórmula das cláusulas gerais, isto é, a enunciação de regras em termos amplos, de modo a possibilitar melhor adequação da norma jurídica aos casos concretos, uma espécie de “banda larga” dentro da qual o juiz poderá se mover com certa elasticidade para interpretar a cláusula geral para cada caso específico que vier a ser submetido a julgamento.

Segundo Ruy Rosado de Aguiar Júnior, o conteúdo da cláusula geral há de ser determinado em cada caso concreto, mas “essa atividade criadora do juiz permitida pela cláusula geral não pode ser arbitrária, mas contida nos limites da realidade do contrato, sua tipicidade, estrutura e funcionalidade, com aplicação dos princípios admitidos pelo sistema”.

Exemplos de cláusulas gerais são a boa-fé, os bons costumes, a vedação ao uso abusivo do direito, isto é, idéias que funcionam como base de apoio ou ponto de referência que orientam a fixação de solução específica para casos concretos submetidos ao juiz.

Um caso específico de cláusula geral é a regra que permite ao juiz da execução modificar o valor da multa fixada em sentença de condenação, se constatado que esse se tornou insuficiente ou excessivo; a quantificação do que seja “insuficiente ou excessivo” dependerá de cada caso concreto e está dentro do poder discricionário do juiz.

Outro exemplo: o art. 421 diz que o contrato (qualquer contrato) tem uma função social. E o que é “função social”? É uma noção subjetiva, o Código não define. O juiz é que dirá em cada caso se determinado contrato está cumprindo sua função social, porque em cada caso essa função se apresenta com uma feição peculiar, compatível com os aspectos econômicos e sociais do negócio.

É uma tendência do direito moderno, porque as normas rígidas, que buscam esgotar as soluções, fixando regras completas para cada situação, mostram-se incapazes de atender as demandas decorrentes da grande mobilidade da vida social e econômica, que provoca o surgimento quase que incessante de novas situações negociais, criando novas e variadas situações jurídicas.

2.2 Função social do contrato

O Código Civil de 1916 era individualista, privilegiava a autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória do contrato. Já o Código Civil de 2002 inverte as prioridades e põe o social na frente do individual. Assim, pelo Código de 1916, prevalecia o elemento subjetivo, o que obrigava o juiz a identificar a intenção das partes para interpretar um contrato. Agora, a intenção é relativamente irrelevante, porque o que prevalece na interpretação é o elemento objetivo, ou seja, o contrato deve ser interpretado segundo os padrões socialmente reconhecíveis para aquela modalidade de negócio.

2.3 Eticidade

As partes devem agir de acordo com os princípios da probidade e da boa fé (art. 422) para que se realize a função social do contrato.

A boa fé objetiva tem uma face negativa e uma positiva: a negativa visa coibir comportamentos desleais da parte, o que importa numa obrigação de lealdade em relação à parte contrária, e a face positiva indica o modelo de participação ativa de cada uma das partes contratuais e exprime um dever de cooperação entre as partes, visando à consecução da finalidade do contrato (obrigação de cooperação).

Na prática, a boa fé objetiva pode se materializar pelo cumprimento de certos deveres, como requisito para que se concretize plenamente o programa contratual. Assim, há os deveres principais, ou deveres primários (na compra e venda, por exemplo, o dever de entregar a coisa, de um lado, e

pagar o preço, de outro lado); há os deveres secundários (ainda na compra e venda, o dever de conservar a coisa vendida ou transportá-la); há deveres laterais, anexos ou instrumentais (na incorporação imobiliária, por exemplo, o dever do incorporador de obter o “habite-se” em tempo hábil).

2.4 Pacta sunt servanda

A força obrigatória do contrato há de prevalecer, mesmo porque ela é a base de sustentação da segurança jurídica, mas esse princípio passa a ser relativizado, pois sua aplicação estará condicionada por outros fatores, como, por exemplo, a função social, as regras que beneficiam o aderente nos contratos de adesão e a onerosidade excessiva.

Num contrato de adesão, por exemplo, a força obrigatória do contrato poderá ser arrefecida se houver “cláusulas ambíguas ou contraditórias”, caso em que o juiz usará seu poder discricionário para aplicar “interpretação mais favorável ao aderente.” (art. 423).

2.5 Onerosidade excessiva

O novo Código adota explicitamente esse princípio, que antes já vinha sendo aplicado pelos tribunais.

Permite o art. 478 que, “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

A regra contém vários aspectos subjetivos, que serão apreciados pelo juiz com a amplitude do seu poder discricionário. O que seja uma prestação excessivamente onerosa, ou o que seja a extrema vantagem para a outra parte e, ainda, o que sejam acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, tudo isso são fatores que, primeiro, se apresentam de maneira diferente em cada relação contratual e, segundo, serão avaliados e sopesados de acordo com a valoração pessoal do juiz.

Claro que qualquer contrato comporta risco e, assim, não é qualquer prejuízo que justifica a resolução do contrato por onerosidade excessiva. A esse propósito, observa Enzo Roppo: “Se a cada contraente fosse consentido libertar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados (não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação à mesma operação, pela parte contrária, mas) todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas: é este o sentido real do princípio *pacta sunt servanda*.”

2.6 Poder discricionário do juiz

Uma das características do novo Código Civil é o aumento do poder discricionário do juiz, que se alarga para possibilitar o ajustamento de cada caso concreto aos conceitos enunciados nas cláusulas gerais, notadamente em face dos princípios da boa fé objetiva e do equilíbrio do contrato.

Nesse mister, o juiz deverá orientar-se pelos padrões médios, de acordo com critérios de razoabilidade e proporcionalidade, considerando a natureza do negócio e a comunidade em que se insere, entre outros aspectos.

É claro que o poder discricionário do juiz não é ilimitado. Sua atuação há de tomar como referencial o tipo do contrato ou a configuração da situação jurídica em questão, e deverá ficar contida dentro do limite marcado pelas balizas fixadas pelo tipo contratual ou pela respectiva relação jurídica.

O juiz tem toda a autonomia para julgar conforme seu juízo de valor, mas dentro desses parâmetros e, assim, não deve, “a pretexto de exercer essa atividade criativa, chegar 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”.

Aspecto igualmente relevante no contexto dessas inovações é o papel do advogado, na medida em que a amplitude dos conceitos contidos nas cláusulas gerais demandará maior poder de argumentação nos processos. É a partir daí que se inicia a fixação de novos conceitos que orientarão as relações sociais e econômicas para o futuro.

Nesse novo cenário, a jurisprudência passará a ocupar papel proeminente e é a partir dela que deverão de se desenhar os contornos que as cláusulas abertas ganharão diante da realidade concreta.

Uma importante reflexão, entretanto, se impõe: se, de um lado, elasticidade das cláusulas gerais pode contribuir para que a aplicação do direito positivo acompanhe mais de perto as inovações da sociedade e da economia, por outro lado, essa mesma elasticidade poderá contribuir para aumentar a insegurança e os riscos jurídicos, com repercussão no campo dos investimentos, sobretudo no que tange à captação de recursos externos.

3. Outros aspectos relevantes

Na linha desses princípios fundamentais, outras relevantes inovações foram introduzidas pelo Código Civil, e entre elas permitimo-nos destacar a anulabilidade por lesão ou estado de perigo, alguns aspectos sobre a hipoteca (dispensa de anuência, desdobramento, abandono do imóvel, assunção de dívida) e sobre o penhor (caução de direitos, registro RTD e/ou RI) e sobre o condomínio edilício (novas fórmulas de determinação da fração ideal e de divisão das despesas, responsabilidade do adquirente e vagas de garagem).

3.1 Estado de perigo e lesão

São duas figuras caracterizadoras de defeitos do negócio jurídico, que o tornam passível de anulação.

Trata-se de situação em que um contratante aproveita-se da adversidade do outro contratante, que, por necessidade, acaba concordando em firmar o contrato por preço e condições desequilibradas, circunstância que dá ao outro contratante vantagens iníquas.

Ambas essas figuras caracterizam-se pela presença de um elemento objetivo, que é a desproporção entre as prestações, e um elemento subjetivo, que é o dolo de aproveitamento da situação de inferioridade de um dos contratantes.

O estado de perigo tem em vista o risco pessoal, que leva a pessoa a realizar um negócio iníquo, enquanto a lesão considera o risco de dano patrimonial, como, por exemplo, a urgência de cumprir compromissos ou de evitar a falência.

Estado de perigo é aquele em que uma pessoa “premido da necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra pessoa, assume obrigação excessivamente onerosa” (art. 156).

Trata-se de hipótese em que a pessoa assume uma obrigação excessivamente onerosa com o propósito de obter meios de escapar do risco de dano pessoal. O exemplo mais freqüentemente citado pela doutrina é o do náufrago que concorda em pagar uma quantia excessivamente alta para ser retirado do perigo em que se encontra. Considera-se que, em casos tais, o negócio jurídico é defeituoso porque, não fosse a circunstância de perigo em que se encontra, o sujeito não teria concordado em pagar tão excessiva quantia.

A lesão tem em vista um dano patrimonial e ocorre “quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta” (art. 157).

As circunstâncias determinantes da pactuação em níveis desproporcionais, como se vê, são a premente necessidade ou a inexperiência de uma das partes.

Neste caso, diferentemente do estado de perigo, o que leva o sujeito a aceitar a prestação desproporcional é a iminência de um perigo de natureza patrimonial. O sujeito contrata em termos desequilibrados porque acredita que tal contrato lhe fornecerá os meios para afastar o perigo de dano patrimonial. É o caso da pessoa insolvente que vende bens a preços muito abaixo do valor de mercado.

Observe-se que, para caracterização da lesão, é indispensável que a motivação do contrato lesivo tenha sido a dificuldade econômica ou a inexperiência, ou seja, se as condições desproporcionais foram estipuladas por causa dessa dificuldade ou da inexperiência. De outra parte, o estado de premência ou a inexperiência deve ser contemporânea à contratação, não se caracterizando a lesão se houver futuras alterações conjunturais que tornem desequilibrada a equação contratual.

Apesar de inovadora na lei codificada, a figura da lesão tem precedentes no direito positivo brasileiro, como, por exemplo, na Lei de Proteção da Economia Popular (Lei 1.521, de 1951), no Código do Consumidor, que considera nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada” (art. 51, IV) e a MedProv 2.172-32, de 23.08.2001, pela qual a cobrança de juros acima da taxa legal enseja a revisão do contrato para “restabelecer o equilíbrio da relação contratual”, mediante ajuste ao “valor corrente”, admitindo-se, conforme o caso, “a restituição, em dobro, da quantia recebida em excesso, com juros legais a contar do pagamento indevido” (art. 1º, II).

3.2 Hipoteca

No que tange à hipoteca, as inovações do novo Código Civil dizem respeito (I) à dispensa de anuência do credor, para alienação do imóvel hipotecado, (II) assunção de dívida, (III) ao desdobramento da garantia hipotecária e (IV) à exoneração da obrigação do terceiro adquirente, mediante “abandono” do imóvel.

3.2.1 Dispensa de anuência do credor hipotecário para alienação do imóvel hipotecado

O art. 1.475 considera nula a cláusula que veda a alienação do imóvel hipotecado, admitindo, entretanto, que a alienação importe no vencimento antecipado da dívida. Dispensa-se, assim, a anuência do credor para alienação do imóvel hipotecado, o que não chega a ser inovação, mas apenas enunciação explícita de um princípio fundamental dos direitos reais. De fato, jamais houve vedação de alienação do imóvel hipotecado, ou gravado com qualquer outra garantia real, pois, em função da seqüela, o titular do direito real tem o direito de seguir o imóvel em poder de quem quer que o detenha, podendo excuti-lo mesmo que tenha sido transferido para o patrimônio de outra pessoa, distinta da pessoa do devedor.

Tal regra, entretanto, a meu ver, não atinge as hipotecas vinculadas ao Sistema Financeiro da Habitação, SFH, pois para esse existe lei especial – a Lei 8.004/90 –, e mesmo assim essa lei não veda a alienação, mas apenas estabelece como requisito para tal a interveniência do credor hipotecário e a assunção, pelo novo adquirente, do saldo devedor existente na data da venda. A assunção, aliás, é corrente com a regra do art. 303.

3.2.2 Notificação do credor para assunção de dívida

Com efeito, associada à questão da dispensa de anuência do credor hipotecário está a notificação dirigida ao credor, relativamente à alienação do imóvel hipotecado e à assunção da respectiva dívida pelo novo titular do imóvel. A matéria está regulada nos arts. 299 a 303 – da assunção de dívida –, dispendo o art. 303 que “o adquirente do imóvel hipotecado pode tomar a seu cargo o pagamento do crédito garantido; se o credor, notificado, não impugnar em 30 (trinta) dias a transferência do débito, entender-se-á dado o assentimento”.

Do mesmo modo que na hipótese do art. 1.475 – nulidade da cláusula que proíbe a alienação –, a regulamentação da assunção da dívida pelo Código Civil diz respeito às hipotecas em geral, não se aplicando às hipotecas vinculadas ao SFH, pela mesma razão de existir, para essas, lei especial (Lei 8.004/90), que estabelece procedimento específico para as transferências de dívidas hipotecárias e, portanto, nos termos do art. 2º da LICC, prevalece sobre a lei geral.

3.2.3 Desdobramento da garantia hipotecária

O desdobramento da hipoteca está previsto no art. 1.488, pelo qual, se for constituída hipoteca sobre uma gleba que venha a ser loteada ou sobre terreno no qual venha a ser erigido edifício composto por unidades imobiliárias autônomas, o gravame hipotecário poderá ser dividido, passando a gravar separadamente cada lote ou cada unidade imobiliária autônoma, em proporção ao valor de cada unidade, em relação à totalidade da dívida da empresa incorporadora. A divisão será feita “se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de

cada um deles e o crédito”. O desmembramento do ônus não exonera o devedor originário de pagar o saldo remanescente, se os bens hipotecados não bastarem para amortização total da dívida, a não ser que tenha havido anuência do credor. O desdobramento, entretanto, não é compulsório, nem arbitrário, pois se, em razão dele, vier a ocorrer diminuição da garantia, o credor pode se opor.

A regra não deverá criar embaraço para o setor de financiamentos, pois já é medida que já se adota há muito quando se trata de financiamento da produção.

De outra parte, a legislação sobre afetação das incorporações imobiliárias (MedProv 2.221, de 05.09.2001) estabelece que os adquirentes ficarão sub-rogados nos direitos e nas obrigações do incorporador, relativamente ao contrato de financiamento da construção, na proporção do coeficiente de construção das unidades que tenham adquirido (§ 2º, art. 30-C, Lei 4.591/64, com redação dada pela MedProv 2.221/2001).

3.2.4 Exoneração da obrigação do terceiro adquirente, mediante “abandono” do imóvel hipotecado

O “abandono” do imóvel, como forma de exoneração do adquirente de pagar a dívida que o grava com hipoteca, está previsto nos arts. 1.479 e 1.480, pelos quais “o adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel” (art. 1.479), devendo notificar “o vendedor e os credores hipotecários, deferindo-lhes, conjuntamente, a posse do imóvel, ou o depositará em juízo” (art. 1.480).

3.2.4.1 Em princípio, essas disposições não alcançariam as operações do sistema financeiro da habitação, SFH, pois, de acordo a Lei 8.004/90, as vendas ou promessas de venda de imóveis hipotecados a entidades do SFH têm que ser feitas obrigatoriamente com interveniência da entidade credora, “mediante assunção, pelo novo mutuário, do saldo devedor contábil da operação...”.

Na prática, entretanto, são freqüentes os casos de “gaveteiros” e de alienação de unidades integrantes de incorporação imobiliária sem inter-

veniência do agente financeiro, e sobre esses dois casos poderiam incidir as disposições dos arts. 1.479 e 1.480 do novo CC.

O efeito prático dessa regra é o equivalente ao de uma dação em pagamento ou ao de uma adjudicação, só que, quanto à primeira, trata-se de uma dação “compulsória”, pois é um direito potestativo do adquirente do imóvel hipotecado, e não uma liberalidade do credor, e, quanto à segunda, trata-se de uma adjudicação “invertida”, na medida em que o imóvel passaria para o patrimônio do credor não por sua iniciativa, como ocorre na adjudicação, mas por ato do adquirente.

3.2.4.2 A regra contém algumas impropriedades na sua enunciação, entre elas o inadequado emprego da figura do abandono, no sentido de entrega do imóvel para resgate da dívida.

Com efeito, nos termos do art. 1.275 do CC, abandono é um dos modos de perda da propriedade, mas por ele ocorre o simples despojamento da coisa, sem haver sua transmissão a quem quer que seja; assim, pelo abandono o antigo proprietário perde a propriedade, mas não estabelece nenhuma relação jurídica com aquele que vier a se apropriar da coisa.

Os outros modos de perda da propriedade são

- a) a alienação,
- b) a renúncia,
- c) o perecimento da coisa e
- d) a desapropriação (art. 1.275, do CC).

O abandono e a renúncia têm uma certa ligação. Diz Serpa Lopes que “o abandono, pode-se dizer, é o elemento material da renúncia...”, esclarecendo que o abandono puro e simples, que não seja por efeito da renúncia, dá-se “quando esse acontecimento ocorre sem o ato preliminar da renúncia”.

Os efeitos da renúncia estão subordinados ao registro do título no registro de imóveis, o que não ocorre com o abandono; neste caso, o imóvel é arrecadado, como bem vago, e passa à propriedade do município, do Distrito Federal ou da União (art. 1.276, do CC). A renúncia pode ser manifestada em favor de alguém, na forma de renúncia translativa, enquanto o abandono importa na declaração de bens vagos, que passam compulsoriamente ao domínio do Estado.

A inexistência de relação jurídica no abandono é também registrada por Orlando Gomes, para quem “o abandono não é forma de extinção *subjativa* do direito de propriedade, porque nenhum vínculo jurídico se estabelece entre o proprietário, que assim perde o domínio, e aquele que adquire a *res derelicta* pela *ocupação*”.

Dada essa noção, fica claro que, se o Código quer estabelecer um vínculo jurídico entre o adquirente e o credor, para extinguir a dívida hipotecária contra a entrega do imóvel ao credor, então, o ato do adquirente não deveria ser o do abandono, pois esse ato não cria vínculo jurídico algum entre quem abandona e quem se apropria da coisa abandonada.

Para atender esse propósito, poderia (ou deveria?) o Código utilizar a forma da renúncia translativa, que produziria efeitos equivalentes aos da adjudicação e dação em pagamento, mas nunca utilizar aí a figura do abandono.

Entretanto, na medida em que o Código emprega esse termo visando dar ao adquirente a faculdade de obter quitação mediante entrega do imóvel, entendemos que, nesse contexto, a figura do abandono deve ser interpretada no seu sentido de elemento material da renúncia, e não no sentido do abandono puro e simples.

E assim entendemos porque se não for essa a interpretação, não se alcançará o propósito explicitado no dispositivo legal em questão, que é o de transmitir a propriedade ao credor para quitação da dívida hipotecária. De fato, se se entender que o legislador referiu-se à figura do abandono puro e simples, o imóvel seria transferido para o Estado e não para o credor, frustrando o propósito de troca da dívida por imóvel.

3.2.4.3 Ainda sob a perspectiva teleológica, e tendo em vista que a finalidade da norma é a troca do imóvel pela dívida, é razoável pensar que o legislador quer com essa figura alcançar os mesmos efeitos da adjudicação (Lei 5.741/71; par. ún., do art. 1.483, do CC), pela qual o credor dá quitação da dívida em troca do imóvel, e da dação em pagamento (art. 356, do CC), pela qual o adquirente, com a concordância do credor, dá o imóvel em pagamento da dívida, operando-se, por qualquer dessas formas, a extinção da dívida pretendida pelo art. 1.479 do CC.

De fato, na expressão *o adquirente “poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes [aos credores] o imóvel”* está contida a idéia

da renúncia translativa, pela qual o adquirente transmitirá a propriedade do imóvel ao credor hipotecário.

Não faria nenhum sentido a quitação da dívida sem nenhuma contrapartida, e a contrapartida, no caso, corresponde ao pagamento ou à apropriação da coisa pelo credor, nos termos permitidos pela lei, tal como ocorre na adjudicação da Lei 5.741/71 ou do par. ún. do art. 1.483 do CC.

3.2.4.4 A apropriação do imóvel pelo credor hipotecário, para quitação da dívida, não é novidade, respeitada a vedação do pacto comissório, e entre os precedentes do direito positivo citam-se os casos de adjudicação previstos no processo de execução judicial regulado pela Lei 5.741, de 1971, e no par. ún. do art. 1.483 do novo CC.

Não obstante seja esse – troca de imóvel por dívida –, aparentemente, o propósito da norma, não se pode deixar de considerar que, mesmo depois de entregue o imóvel para pagamento, pode remanescer saldo devedor, caso o valor do imóvel não seja suficiente para resgate integral. Com efeito, a lei diz que “o adquirente poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel”, mas nada diz a respeito da relação creditícia entre o devedor (vendedor do imóvel) e o credor hipotecário. Embora o adquirente esteja exonerado, o devedor presumivelmente continuará responsável pelo pagamento, pois, em regra, se a lei nada excepciona a respeito dessa relação jurídica, continuará prevalecendo a regra geral. Observe-se que é da natureza do mútuo a obrigação do mutuário restituir ao mutuante a totalidade daquilo que recebeu, e essa é a regra geral, de modo que toda vez que a lei quiser excepcionar deve explicitar claramente a exceção, como o fez na Lei 5.741/71, no art. 1.483 do CC e, a propósito do mútuo com garantia fiduciária, no § 7º do art. 26 da Lei 9.514/97. Observe-se, também, ainda no contexto da regra geral, o art. 1.430 do CC, pelo qual, se o produto da excussão da hipoteca não bastar para amortizar a totalidade da dívida, “continuará o devedor obrigado pessoalmente pelo restante”.

Não faria nenhum sentido a quitação da dívida sem nenhuma contrapartida, e a contrapartida, no caso, corresponderia, necessariamente, ao pagamento ou à apropriação da coisa pelo credor, nos termos permitidos pela lei, tal como ocorre na adjudicação da Lei 5.741/71 ou do par. ún. do art. 1.483 do CC.

3.2.4.5 Mas, a despeito de ser essa a interpretação mais razoável, a regra subsequente interpõe sério obstáculo à apropriação do imóvel pelo credor, em troca do resgate da dívida, podendo até tornar inexecutível a renúncia translativa.

É que o art. 1.480 prevê que o adquirente transmitirá a posse do imóvel não só ao credor, mas, também, *ao vendedor*.

Ora, o efeito natural do abandono de que trata o art. 1.479 é a transmissão, ao credor, dos poderes inerentes à propriedade, não se justificando que o credor não possa usar livremente a coisa que recebeu para satisfação do seu crédito.

Com efeito, pelo art. 1.479, o abandono se faz em favor dos credores hipotecários (“abandonando-lhes”), isso significando que o adquirente perde a propriedade em favor do credor, isto é, transfere ao credor os poderes inerentes à propriedade, e aí estão compreendidos o domínio e a posse; já no art. 1.480, o adquirente transmite a posse ao credor e ao vendedor, e essa posse é transmitida conjuntamente.

À primeira vista, essas disposições são contraditórias nos seus efeitos práticos, pois enquanto pelo art. 1.479 esses poderes estariam sendo transmitidos ao credor hipotecário, pelo art. 1.480 a posse estaria sendo dividida entre credor e vendedor.

A presença do vendedor (devedor) nessa relação talvez indique que poderia ser intenção do legislador reafirmar a manutenção da relação creditícia entre o vendedor e o credor hipotecário, indicando que o “abandono” exonera o adquirente, mas não o vendedor, que é o devedor.

3.2.4.6 Além dos problemas que poderão advir da investidura do credor no domínio do imóvel, haverá outros problemas, resultantes da composses, não só no que tange à questão possessória, em si, mas também pelas suas repercussões nas questões dominiais, sobretudo para efeito de cumprimento do prazo regulamentar dentro do qual as instituições financeiras estão obrigadas a vender os imóveis que recebem em pagamento de seus créditos.

Com efeito, a instituição financeira terá dificuldade para se desfazer de um imóvel que, embora esteja sob seu domínio, não está na sua posse exclusiva, dada a composses que exerce com o vendedor e a extinção da composses, como se sabe, é complexa e pode demandar muito tempo.

De outra parte, a não ser que a dívida permaneça sob responsabilidade do vendedor, a comosse seria absolutamente injustificável, por incompatível com o propósito do legislador, pois a transferência do imóvel para o credor deve se fazer em termos que lhe possibilitem transformá-lo em expressão pecuniária, não só porque esse é o efeito natural da função econômica e social do contrato de mútuo como, também, porque as instituições financeiras estão proibidas de manter por muito tempo, em seu patrimônio, os bens que recebem em pagamento. Por força da regulamentação das autoridades monetárias, essas instituições são obrigadas a alienar esses bens com brevidade, e a comosse pode impedir o cumprimento dessa obrigação.

3.2.4.7 A matéria, como se vê, não deixa de ter alguma complexidade, e diante dos sérios obstáculos que poderão surgir em razão da aplicação dessa regra, vislumbra-se, pelo menos de plano, duas ordens de providências que podem ou devem ser adotadas pelo setor, uma de natureza operacional e outra de natureza institucional.

A primeira diz respeito à formalização dos contratos.

Com efeito, de uma parte, a comercialização de imóveis avulsos, que estejam hipotecados em favor de entidades do SFH, está fora do controle das entidades credoras; é essa comercialização que dá origem a “contratos de gaveta”, cuja contratação as entidades credoras não têm como evitar.

Entretanto, no contexto das incorporações imobiliárias com financiamento, talvez as entidades credoras tenham condições de controlar a comercialização e, então, a primeira providência, de natureza operacional, seria a de atuar com todo empenho no sentido de tornar efetiva a interveniência obrigatória da entidade financiadora nos contratos de comercialização dos imóveis integrantes da incorporação financiada.

Além dessa providência, parece-nos de toda conveniência a busca de uma fórmula que assegure o efeito prático da idéia contida nessa nova regra, formulando-se um anteprojeto de lei para alterar as disposições do novo Código Civil, no sentido de torná-las exequíveis, pois, nos termos em que estão enunciadas, parecem inexecutáveis ou, pelo menos, de difícil execução.

3.3 Penhor

Ao lado da criação de nova modalidade de penhor – penhor de veículos – o novo Código Civil contempla o penhor de direitos e o penhor de títulos de crédito. O primeiro é o penhor sobre direitos suscetíveis de cessão, sobre coisas móveis, e o segundo corresponde ao penhor que o Código velho designava como caução de títulos de crédito.

O penhor de direitos compreende os direitos em geral, desde que suscetíveis de transmissão, e entre eles estão as cotas de fundos de investimento, os direitos decorrentes da sucessão aberta, os direitos aquisitivos sobre imóveis, entre outros. O penhor de títulos de crédito é auto-explicativo pela sua própria denominação.

Prevê o Código que o título constitutivo do penhor deve ser registrado no Registro de Títulos e Documentos, RTD.

Sucedee, entretanto, que a legislação especial sobre os financiamentos imobiliários em geral (Lei 9.514/97 e MedProv 2.223, de 05.09.2001) dispõe que a caução (leia-se penhor) dos direitos de crédito oriundos de alienação de imóveis e, bem assim, dos direitos aquisitivos sobre imóveis é registrada no registro de imóveis, na matrícula do imóvel a que corresponder.

A meu ver, essa caução (penhor) continuará sendo registrada no registro de imóveis. É que, tratando-se de modalidade especial de penhor, é a lei especial que deve definir a competência registral, e essa competência tem que ser compatível com a especificidade do objeto da garantia – direito real vinculado a imóvel –, que, obviamente, tem tratamento diferenciado em face do penhor sobre coisas móveis.

Disso decorre, salvo melhor juízo, que a regra geral de constituição do penhor – registro do título – é aquela prevista no Código Civil para o penhor comum (art. 1.432), mas o penhor especial, em razão das peculiaridades de que se reveste, é objeto de regra específica, estabelecida em lei especial, e é o que ocorre nos casos do penhor de direitos aquisitivos relativos a imóvel e do penhor de direitos creditórios oriundos de comercialização de imóveis.

Há que se ter presente, além disso, que essa norma emana do princípio da publicidade, uma das características dos direitos reais, que diz res-

peito à visibilidade dos direitos reais, em geral, de modo que, tornando-se cognoscíveis com todas as suas características, possam esses direitos ser opostos a todos. Por esse modo, dá-se efetividade ao princípio segundo o qual os direitos reais têm eficácia absoluta, caracterizada pelo poder que tem seu titular de exercê-los *erga omnes*.

De outra parte, visa o registro vincular os bens ou direitos empenhados ao direito do credor de receber seu crédito, de modo que este possa utilizar esses bens ou direitos para satisfação do seu crédito. No caso do penhor de direitos relativos a imóveis, essa vinculação só é plenamente eficaz se o título for registrado na matrícula do imóvel, e esta existe no registro de imóveis, e não no registro de títulos e documentos.

Aqui, também, aplica-se o princípio do art. 2º da Lei de Introdução, pelo qual a lei especial prevalece sobre a lei geral, e nesse caso a prevalência da lei especial salta aos olhos, pois seria totalmente desarrazoado registrar-se em RTD títulos relativos a direitos vinculados a imóveis, que, por definição, têm matrícula no registro de imóveis.

Fica clara, além disso, a absoluta desnecessidade de efetivação de dois registros, um no RTD e outro no registro de imóveis, em primeiro lugar porque basta um registro para se assegurar a publicidade e, em segundo lugar, porque é o registro no registro de imóveis que dá efetividade ao princípio da publicidade dos direitos reais imobiliários, tornando cognoscível a vinculação entre o titular do direito de crédito e a coisa, ou o direito, que garante a satisfação desse crédito.

3.4 Condomínio edilício

O condomínio especial, por unidades autônomas, de que tratava a Lei 4.591/64, passou a ser regulado pelo Código Civil (art. 1.331 a 1.358).

Nessa matéria, o novo Código abre perspectiva de conflitos a respeito de questões que ou já se encontravam satisfatoriamente regulamentadas, ou já se encontravam pacificadas pela jurisprudência.

Melhor faria o legislador se simplesmente transplantasse para o Código Civil os arts. 1º ao 27 da Lei 4.591/64, acrescentando uns poucos dispositivos novos – muito poucos. Mas não foi o que fez. Preferiu

“reinventar a roda” e, assim, acabou agredindo a própria natureza da propriedade condominial.

Exemplo disso são as novas fórmulas de determinação da fração ideal de terreno e de divisão das despesas condominiais.

3.4.1 Fração ideal e rateio das despesas de condomínio

Com efeito, a legislação anterior sobre condomínios – Lei 4.591, de 1964 –, atendendo a multiplicidade das modalidades de condomínios – moradia (em edifícios de mais de um pavimento ou em casas), escritórios, *shopping centers* etc. – deixava essas questões em aberto, assegurando a cada comunidade os meios de adequar as convenções de condomínio às suas necessidades específicas, mas o novo Código Civil suprimiu essa autonomia e impôs um critério de cálculo único, pelo qual a) a fração será sempre proporcional ao *valor* das unidades e b) a divisão das despesas deve ser feita na proporção das frações, ou seja, o rateio das despesas será feito na proporção do *valor* das unidades.

Além disso, o novo critério prevalece sobre os critérios estabelecidos nas convenções de condomínio existentes, pois o art. 2.035 do CC, embora reconheça a validade das convenções anteriores, manda que seus efeitos futuros se submetam ao novo critério, e entre esses efeitos futuros estão as cotas de rateio de despesas que se vencerem após janeiro de 2003.

O critério é injusto e contrário à ordem natural das coisas, pois não é razoável que alguém pague por determinado serviço quantia maior ou menor do que o valor efetivo do serviço utilizado. Considere-se, por exemplo, um edifício composto de dois apartamentos por andar, ambos com a mesma área de construção, sendo um de frente, de maior valor, e um de fundos, de menor valor. Na medida em que os apartamentos são iguais e usam os serviços na mesma proporção, devem suportar os encargos em igual proporção, mas pela nova regra o apartamento de fundos (porque é mais barato) pagará uma cota menor do que o apartamento da frente, embora ambos sejam do mesmo tamanho.

Nada justifica uma tal diferença de tratamento, pois se ambos os apartamentos têm o mesmo tamanho e usam os serviços do condomínio em igual proporção, devem pagar igual cota.

O novo critério cria um clima de incerteza, quanto à fixação do valor das unidades, porque o Código não dá nenhum critério de avaliação, e isso pode dar origem a intermináveis controvérsias. Não se sabe qual o valor que haveria de servir de base para cálculo da fração ideal: seria o valor do custo da construção ou o valor de mercado? A quem confiar a apuração do valor de mercado? Não seria razoável considerar o preço de aquisição da unidade? Ou o valor venal constante do carnê do IPTU?

De outra parte, não há nenhuma correspondência entre o valor das unidades e o custo de manutenção do edifício, pois, afinal, o zelador não zela mais pelo apartamento mais caro, nem o faxineiro limpa menos a janela do apartamento mais barato.

Ora, o orçamento do condomínio e o rateio das suas despesas são matéria de natureza privada, que diz respeito somente à sua economia interna, na qual a lei não deve interferir.

Em suma, o novo critério é subjetivo, iníquo e contrário à natureza jurídica e econômica da organização condominial. A solução é revigorar o critério da Lei 4.591/64, pelo qual as partes tinham autonomia para deliberar sobre essas questões. Afinal, se há uma coisa em que a lei não deve intervir é na autonomia das pessoas para formular seus próprios orçamentos pessoais e para deliberar o modo como querem dividir seus gastos com seus parceiros no condomínio.

3.4.2 Responsabilidade do adquirente pelos débitos condominiais

Outro aspecto relevante nas normas sobre o condomínio edilício é a explícita caracterização da contribuição condominial como obrigação *propter rem*. Diz o art. 1.345 que “o adquirente de unidade responde pelos débitos do alienante, em relação ao condomínio, inclusive multas e juros moratórios”.

Essa responsabilidade já vinha sendo consagrada pela jurisprudência, mas os tribunais ainda vacilavam em alguns casos peculiares, como, por exemplo, na falta de registro do título aquisitivo.

A meu ver, o problema persistirá, em atenção ao princípio da efetividade do processo, pois na execução do julgado o que visa o condomínio é a excussão da unidade imobiliária à qual o débito está vinculado.

Com efeito, de nada servirá a cobrança *somente* ao adquirente da unidade se o título não está registrado em seu nome, pois, ao final do processamento da ação, será necessário penhorar e leiloar a unidade, e para tal fim é absolutamente necessária a participação daquele em cujo nome a unidade estiver registrada no registro de imóveis. A solução até agora adotada pelo Judiciário – e que, ao que me parece, continuará sendo adotada – é a inclusão do antigo titular do imóvel no pólo passivo da ação.

Essas são as idéias gerais que eu gostaria de transmitir aos senhores e eu peço desculpa de ter lido o trabalho, e, eventualmente, ter repetido algumas coisas aqui, me esforcei por não repetir muito, mas me coloco à disposição para o debate, e creio que se debatermos, nós vamos movimentar um pouco mais esse final do dia. Muito obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Parabéns Dr. Melhim. Mais uma vez brilhante. Passemos então aos debates. Vou iniciar para solicitar ao Melhim que volte a debater um pouco a respeito desse aumento do poder discricionário do juiz. O Melhim colocou que o *pacta sunt servanda* continuaria em vigor, porém teria outros limites, outro contorno, como o aumento do poder discricionário do juiz, apesar de ele ter dito que não ensejaria, efetivamente, a adoção do direito alternativo, previsto em algumas situações no Rio Grande do Sul. Gostaria que você, Melhim, debatesse um pouquinho mais sobre essas questões.

Melhim Namem Chalhub – Realmente, essa é uma questão que preocupa e sobre ela, Fleury, infelizmente, não vejo um contorno muito nítido, não. Em teoria, evidentemente, o fato de o juiz ter um aumento do poder discricionário, uma “banda larga”, na qual ele possa atuar mais folgadamente, isso não implica que ele possa distorcer o contrato sobre o qual ele esteja apreciando, o contrato que esteja julgando, ou a relação jurídica que esteja sob exame no processo. Entretanto, temos visto essa extrapolação, antes mesmo da vigência do novo Código Civil. Isso é preocupante. Já se tem dito isso e repetido, nós, advogados, temos uma missão da maior importância, nesse momento de início da vigência do novo Código Civil. As cláusulas gerais, que não contêm definição completa e nítida, que são dotadas de elasticidade – o aumento do poder discricionário do juiz –, idéias

como a da função social da propriedade, da boa fé objetiva, vão exigir do mundo jurídico grande esforço de argumentação para construção de conceitos nítidos, a partir da jurisprudência. E a jurisprudência, repita-se, começa a ser construída a partir da nossa argumentação, de maneira que é absolutamente indispensável que desenvolvamos toda a nossa argumentação no sentido da construção, da formação e do desenvolvimento e fixação desses conceitos. Acho que está muito nas nossas mãos essa coisa, como o caso da multa que excedia o valor da obrigação. O que eu tive que fazer? Escrevi uma petição de dez páginas, se bem o juiz tenha dificuldade de ler mais do que duas, em cada processo, sustentando o fundamento, porque não existia dispositivo legal específico sobre o caso concreto, não havia artigo nenhum para me fundamentar. Meu único fundamento era a idéia da razoabilidade. Não é razoável que alguém, por não ter apresentado um documento, seja obrigado a dar de presente para a outra parte três vezes o valor de um apartamento; e mais grave, a parte penalizadora é a que vendeu o apartamento e ainda não recebeu e considerando que o promitente comprador está ocupando o imóvel e não paga nenhuma taxa de fruição. Quer dizer, não há nenhum dispositivo legal em que eu pudesse me apoiar, por isso me apoiei na idéia da razoabilidade, apenas isso. Acho que compete a nós desenvolvermos isso.

Participante – Professor, sobre os arts. 1.475 e 1.479, da dispensa de anuência na transferência e a exoneração da obrigação do adquirente, mediante abandono. O senhor disse que, no caso do SFH, há a Lei 8.004, que é específica; e o SFI, também estaria fora do alcance desses artigos?

Melhim Namem Chalhub – Não sei, não tinha pensado sobre esse aspecto, não. Aliás, a gente comete uma distorção de origem genética. Sempre que se pensa no SFI, pensa na alienação fiduciária, não é? Mas a hipoteca também pode ser usada lá, a cessão fiduciária, a caução de direitos aquisitivos.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Melhim, para melhorar essa questão, nas disposições finais da Lei 9.514, há um artigo que estabelece que, na cessão, haverá, sempre, a anuência expressa do credor, seja no processo

de alienação fiduciária, seja num processo com hipoteca. A meu ver, a regra da Lei 9.514 continua prevalecendo.

Melhim Namem Chalhub – Você tem razão, Fleury. São dois aspectos. Se não me engano, é o art. 29 que fala que na cessão do contrato de relação fiduciária com a interveniência do credor; mas esse caso é o de relação fiduciária, não da hipoteca.

Participante – Professor, não é sobre aplicação do crédito imobiliário. Questiono o seguinte. Pelo 1.475, diz-se que é nula a cláusula que proíbe o proprietário alienar o imóvel hipotecado, e no parágrafo único diz-se que pode convencionar-se que vencerá antecipadamente a dívida, se o imóvel for alienado. Me parece que esse caso só pode presumir uma execução. No momento em que ele, ao abandonar o imóvel, ele quitaria o débito, como podemos deduzir que ao abandonar o imóvel, ele perde a propriedade em favor do credor, se ele aceitar, ou do próprio alienante, se ele quiser continuar a pagar a dívida. O que lhe parece essa interpretação?

Melhim Namem Chalhub – Parece-me que é isso sim, mas a questão merece um estudo mais detido. Eu até concluí dizendo que a questão ainda estava em aberto. Acho que sua interpretação é razoável. Cumpre ressaltar que, se ele renuncia, vamos chamar de renúncia o abandono; se ele renuncia em favor do credor, ele pode renunciar por um ato de vontade, por um ato convencional e não judicial. Ali na frente é que o par. ún. do art. 1.480, fala que ele pode exercer essa faculdade ainda em fase de execução, e nas 24 horas seguintes.

A renúncia ou o abandono aconteceria em juízo, mas em regra, não. Poderia ser convencional. O que coloca uma pedra no meio do caminho, o que dificulta é essa comosse, ele é obrigado a dar ao vendedor e ao credor.

Hamilton Nogueira (Larky) – Não lhe parece que seria uma opção de um ou de outro ficar com a propriedade, porque a comosse, me parece, é inviável.

Melhim Namem Chalhub – Pois é, ela é inviável, mas a lei não diz que é opção, a lei diz: “o adquirente notificará o vendedor e os credores defe-

rindo-lhes conjuntamente a posse do imóvel”, quer dizer, a regra é imperativa, “deferindo-lhes conjuntamente”, e não diz “podendo deferir-lhes”. O vendedor pode, eventualmente, dizer que não quer a posse; o credor toma posse e fica com tudo. É possível; mas é um ato de vontade, de liberalidade do vendedor, digamos.

Hamilton Nogueira – É interessante que o art. 1.475, que diz que é nula a cláusula que proíbe o proprietário alienar imóvel hipotecado, não tinha correspondente no Código de 1916, e o parágrafo único informa que se pode convencionar o vencimento antecipado da dívida. Essa, aliás, era uma prática em nossos contratos com cláusula-padrão, ainda do BNH. Vamos mais além: se o imóvel fosse alugado, era caso de vencimento antecipado. É interessante esse aspecto, porque consagra um princípio que nós, na Abecip, debatemos, várias vezes, a respeito dessa situação de contrato de gaveta: poder-se-ia ou não exercer essa cláusula de vencimento antecipado e exigir em juízo, uma vez que o vendedor tivesse alienado por contrato de gaveta, que vem a ser de conhecimento do agente financeiro, que pretende fazer prevalecer essa cláusula? Acho que nesse aspecto é um avanço deixar consagrado no Código Civil.

Mauro Silva (Unyis) – Gostaria de voltar um pouquinho naquela colocação de que se estenderia ou não a regra do SFH para o SFI. E imaginar que o *marketing* que criou o SFI foi de que ele teria 49 artigos tão-somente, de que seria um sistema soberano, ao passo que o SFH ainda convive com alguma coisa em torno de trezentos contratos diferentes no mercado, milhares de críticas em todos os sistemas, para se aceitar um contrato, regras de negócio! Por isso acho que seria um complicador muito grande para todos nós começar atrelar qualquer coisa do antigo SFH ao SFI. Ele teria mais dificuldade ainda de decolar. Ele foi feito com o intuito de que seria soberano, teria apenas 49 artigos, o que o faria por si só juridicamente sustentado. Entendo que, se tivermos uma prerrogativa de usar alguma regra do SFH no SFI que venha a se ampliar, vamos ter dificuldades para decolar com o nosso SFI. Obrigado.

Era só isso que eu queria colocar e ouvir sua opinião a respeito.

Melhim Namem Chalhub – Acho pertinente sua observação, é isso mesmo. A lei do SFI foi toda desenhada nesse sentido; ela enuncia, de ponta a ponta, esse princípio, tanto que o Fleury lembrou que segundo o art. 39 não se aplicam as normas do SFH, salvo o Dec.-lei 70. De uma maneira ou de outra, há determinadas situações em que não se pode segregar. Mas eu estou de acordo com você.

Hamilton Nogueira – A diferença entre o SFH e o SFI, no que concerne a essa questão, também tem sua razão de ser diferente, uma vez que a seletividade do devedor, do adquirente da casa decorre de lei. Essa é a realidade; essa seletividade compulsória não existe no SFI. Estou dizendo que a *ratio legis* é diferente. No SFI, não existe uma seletividade decorrente de lei. Para o SFH, existe a Lei 8.004, que trata especificamente da matéria que continua em vigor, justamente por causa dessa seletividade, desse sistema, mas no SFI, não; é “financiamento imobiliário em geral”, na própria expressão da lei.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Melhim, quero agradecer sua participação. Esses debates vão continuar porque ainda não há uma definição clara para certos aspectos. Isso é natural. Apesar de ter mais de um ano, o Código Civil entrou em vigência apenas em 11.01.2003. Já ouvi de grandes juristas que ainda não se debruçaram sobre ele, porque aguardam um adiamento da sua vigência, o que acabou não ocorrendo. Vamos continuar com inúmeras dúvidas e questões.

Mais uma vez, parabéns, Melhim!

Muito obrigado!

DIREITOS REAIS

Expositor: **DR. ARRUDA ALVIM**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Roberto Sampaio

Dia: 04.04.2003 (sexta-feira)

Hora: 9h

SUMÁRIO

1. Notas introdutórias – 2. Similaridade apreciável dos sistemas de 1916 e 2002 – 3. Tamanho e conteúdo – 4. Tônica central do novo Código e o valor contemporâneo da função social da propriedade (função social da posse) – 5. Similaridades e diferenças – 6. Os direitos reais existentes – 7. Principais modificações ocorridas – 8. Princípio geral da constituição dos direitos reais – 9. Direito de propriedade.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dando início aos nossos trabalhos, farei um breve resumo das palestras de ontem. O Dr. Gustavo Loyola destacou a ligação entre as ciências jurídicas e econômicas. Fez citações de pronunciamentos do Dr. Miguel Reale de que o Código é norteado pelos princípios da eticidade, operabilidade e socialidade. Ele entende que esses princípios repercutem também na área econômica. Esclareceu que a eticidade, do ponto de vista econômico, corresponde à questão da equidade. Já a socialidade, da mesma forma, corresponde a que o interesse social deve sempre prevalecer sobre o interesse individual. A economia passou exatamente por uma revolução semelhante. A operabilidade lembra o conceito de economia de custo de transação. A operabilidade tem por objetivo reduzir custos da transação.

Também ressaltou a freqüente utilização da boa fé no nosso novo Código Civil. Do ponto de vista econômico, sente um certo desconforto em definir boa fé cujo conceito compreende subjetividade.

Destacou também as questões da onerosidade excessiva e do desequilíbrio dos contratos. Esse conceito é economicamente razoável, porém, controvertido. Lembrou os contratos de variação cambial em relação, por exemplo, à compra de um automóvel de luxo: o bilhardário pode, certamente, conseguir pagar sem qualquer tipo de ônus maiores para ele, por conta da variação cambial, diferentemente de uma pessoa de classe média.

Outro conceito destacado foi o do interesse social, que também é um conceito econômico.

Por fim destacou o aumento do poder do juiz, sobretudo sua liberdade para interpretar. No crédito imobiliário, ressaltou que os problemas são magnificados, sobretudo pela relevância social dos negócios. Uma vez que os financiamentos imobiliários são de longo prazo, a situação inicial de equilíbrio sofre modificações ao longo do tempo. Esse é um dos principais problemas que o crédito imobiliário enfrenta, além da interferência do Estado nas relações negociais. Um financiamento imobiliário de longo prazo perde aquela equação inicial de equilíbrio econômico-financeiro e se transforma durante o prazo contratual, sobretudo se houver planos econômicos pelo caminho.

Por fim destacou que o Judiciário é utilizado como uma máscara para descumprimento de obrigações contratuais.

Na seqüência, tivemos a palestra da Dra. Teresa Cristina Pantoja, professora da PUC do Rio de Janeiro, que tratou da desconsideração da personalidade jurídica. A Dra. Teresa iniciou com uma evolução conceitual e histórica da desconsideração da personalidade jurídica, primeiro, informando como se formaram as sociedades e como se constituiu uma pessoa jurídica, lembrando as sociedades romanas, passando pela Idade Média, quando se formaram as corporações de ofícios, que eram sociedades já mais especializadas com uma mistura de responsabilidade entre o comerciante e o indivíduo. Para que não se confundissem pessoa humana e pessoa jurídica, foram criadas as sociedades anônimas, para delinear essas responsabilidades. Concluiu dizendo que a noção de personalidade jurídica é complexa e foi desenvolvida muito gradualmente.

Discorreu, também, sobre a personalidade como intangível, equiparado-a à pessoa humana. A desconsideração da personalidade é extremamente grave e só deve ser utilizada como último remédio. A despersonalização somente pode resultar de determinação judicial, destacou a Dra. Teresa. Trouxe como exemplo histórico a primeira decisão sobre desconsideração, que, curiosamente, confirmou a personalidade jurídica e não a desconsiderou.

No Brasil, essas questões envolvem mais o fisco, que procura desconsiderar a personalidade jurídica, justamente para poder arrecadar mais recursos.

Outros aspectos envolvem os direitos dos empregados, a busca dos direitos trabalhistas, mediante a desconsideração da personalidade jurídica, para que esses trabalhadores possam perceber seus rendimentos.

No Código de Defesa do Consumidor tem sido bastante justificada a desconsideração, se bem vinha sendo muito exagerada a aplicação do seu art. 28. Trouxe alguns exemplos catastróficos, como o caso do advogado do BNDES, já aposentado, a quem foi doado, a título de homenagem, uma ação de uma empresa, que posteriormente veio a ficar insolvente. Como sócio da empresa, ficou com seus bens indisponíveis para garantir a solvabilidade das dívidas e das obrigações dessa empresa, quer dizer, o extremo absurdo da desconsideração da personalidade jurídica, que atingiu o detentor de apenas uma ação.

No final de suas colocações e nos debates, encontramos exemplos na área de crédito imobiliário, como o caso da Construtora Presidente no Rio de Janeiro, que, depois de as garantias do banco credor virarem pó, uma vez que as unidades já tinham sido compromissadas à venda, com posse dada aos compradores, o credor, até por conta da Súm. 84 do STJ, estava sem condições de ter sua garantia executada. O caminho proposto pelo advogado, que também é nosso consultor, o Dr. Melhim Chalhub, foi buscar a desconsideração da personalidade jurídica para tentar satisfazer o crédito junto aos donos, aos sócios. A Dra. Teresa também comentou o exagero que o Código Civil impõe à responsabilidade patrimonial do administrador nessas situações, quando há desconsideração da personalidade jurídica.

Na parte da tarde, tivemos uma excelente exposição feita por um jovem juiz de comarca da Bahia, próxima à Salvador, estado bastante problemático para a área de crédito imobiliário.

O Dr. Pablo nos trouxe as principais inovações nos contratos em face do novo Código Civil. Tanto os advogados como os operadores do Direito necessitam de uma reciclagem, ressaltando a necessidade de reflexão sobre o direito civil.

O século XXI será o século do direito privado, do direito empresarial, enquanto o século passado foi o século de direito público. Há uma mudança de postura em função do novo Código. O art. 421 é o mais importante princípio inserto nele. Trata da função social do contrato.

O Código é permeado por inúmeros conceitos indeterminados. O contrato tem um contexto social sem destruir o *pacta sunt servanda*, princípio que todos nós, advogados, conhecemos, como “o contrato faz lei entre as partes” e ele não foi destruído, apesar do aumento do poder discricionário dado ao juiz para interpretar cláusulas ambíguas.

O Dr. Pablo ressaltou os deveres éticos que devem ser vistos, como o dever de informar, que é fundamental. Sugeriu aos bancos que sejam mais abertos, menos travados e menos defensivos, bem como sugeriu que, doravante, tenhamos explicações claras a respeito das operações realizadas, por meio de cartilhas, se possível, esclarecendo exatamente a que aquele financiamento se destina, como são calculadas as prestações, os encargos, as obrigações do devedor, tudo isso muito bem explicado num documento à parte ou no próprio contrato. É necessário conscientizar o comprador de que o intérprete do contrato vai ser o juiz que poderá avaliar o banco como tendo cumprido seu dever de informar adequadamente o mutuário e ele, por sua vez, não poderá alegar inexperiência para tentar anular o contrato, como lesão.

O Dr. Pablo analisou alguns contratos do crédito imobiliário e recomendou muito cuidado com a cláusula de suspensão imediata, seja qual for a forma de liberar a parcela ou outras situações de pagamento. Segundo o professor, a suspensão imediata em contrato depende de uma informação prévia ao devedor. Uma cientificação, uma notificação da suspensão ou da paralisação da atividade, por exemplo, de liberar recurso no caso de um plano empresário. Regularmente, nas cláusulas contratuais, se o devedor atrasar a obra, existe uma determinação de que as parcelas seguintes sejam bloqueadas de imediato, sem maiores comunicações à parte. Segundo ele, essa cláusula pode ser anulada pelo juiz, pelo fato de o banco não ter comunicado previamente à parte. É importante que adaptemos nossas cláusulas a essa situação de sempre ter uma comunicação prévia evitando assim dissabores no Judiciário.

O juiz busca a psicologia do contratante. Nem tudo que é ressalvado no contrato será ressalvado no processo. O fato de incluirmos ressalvas em nossos contratos não quer dizer que no processo elas não sejam analisadas de outra forma.

Ele apresentou um *site* do Direito Civil com matérias sobre o novo Código Civil, que ele ajuda a construir e que, segundo alguns colegas que já o

acessaram, é bastante interessante. Ofereceu o *site* para publicação de trabalhos dos interessados. Segundo o professor, caberá a nós interpretar situações novas, ainda com base no Código Civil anterior. A leitura do novo Código tem de ser de trás para frente, a partir das disposições transitórias. Ainda não transcorreu a primeira metade do prazo prescricional, que é contada a partir da vigência do Código. Diferente, portanto, da colocação que vínhamos fazendo. Segundo ele, se um determinado prazo era de 20 anos e pelo Código foi reduzido para 10 a partir do momento em que entrou em vigor o Código, portanto, antes da metade do prazo, o novo prazo seria de 10 anos. Se já haviam transcorridos sete anos, os três anos restantes para a contagem do prazo começariam a ser contados a partir de 11.01.2003, data de entrada em vigor do novo Código Civil. É uma mudança também de postura.

Sobre protesto de interrupção da prescrição que alguns agentes financeiros estão fazendo, em função da entrada em vigor do novo Código Civil, sobretudo nas questões de multiplicidade de financiamentos, ele reputou como uma boa providência, o financiador está correto em interromper a prescrição. Para os contratos celebrados antes da entrada em vigor do Código, prevalecem as regras do tempo da celebração.

Inadimplente é também quem descumpre os anexos do contrato. O Código não é uma tábua de normas prontas. Na verdade, ele socializa as normas jurídicas. A consequência da lesão compreende a anulabilidade, em razão até da inexperiência. A preocupação em preparar o gerente é indispensável; não basta que apenas nós, advogados, estejamos preparados. Importante é preparar aquele que está à frente, realizando a operação, os gerentes, mesmo porque depois realizado o contrato, é difícil para o advogado corrigi-lo. É importante, portanto, o treinamento e a preparação do gerente em função das normas, das condições e dos princípios que o novo Código estabelece. O estado de perigo tem como consequência a lesão, ou seja, a anulabilidade do contrato.

Citou um exemplo clássico de um acidente que sofreu, em consequência do qual foi obrigado, para ser atendido, a assinar um cheque-caução. Aqui se configura o estado de perigo: ele foi obrigado a entregar um cheque, para ser atendido.

O Dr. Pablo destacou ainda a importância de juntar uma cartilha para dar maior segurança aos nossos contratos, o que é muito interessante, sobretudo,

porque temos inúmeras questões nos tribunais discutindo se a Tabela *Price* tem ou não tem capitalização. A propósito disso ele destacou o seguinte: o art. 316 do novo CC é o argumento para proteger a Tabela *Price*, porque nele se admite a repactuação de prestações periódicas, inclusive da capitalização.

Na palestra seguinte, o Dr. Melhim trouxe alguns novos aspectos obrigacionais do Código Civil.

Dr. Alvim, certamente, será feita ao senhor uma questão, tendo em vista que alguns colegas nossos têm ficado em dúvida quanto à revogação ou não da alienação fiduciária de bem imóvel. Certamente, essa questão vai ser feita ao senhor, como foi feita ao Dr. Melhim e aos demais que o antecederam. Dr. Melhim confirmou também que a alienação fiduciária de bens imóveis, de forma alguma sofreu qualquer mutação ou qualquer revogação. A Lei 9.514 está em pleno vigor. Ele comentou ainda as diretrizes do novo Código Civil.

Esclareceu que o princípio do *pacta sunt servanda* tem que estar em equilíbrio com o princípio da função social. Outra questão do novo Código Civil, também destacada por outros palestrantes, é o aumento do poder discricionário do juiz. O estado de perigo, destacou Melhim, tem em vista o dano à pessoa, enquanto a lesão tem em vista o dano patrimonial. Esclareceu que as regras gerais sobre a hipoteca, abandono, notificação etc. não se aplicam às hipotecas do SFH, aliás, como também asseverou nosso registrador e ex-magistrado Dr. Eduardo de Souza, uma vez que existe uma norma específica, que é a Lei 8.004.

Também opinou no sentido de que a regra do art. 1.479 do novo CC, que trata do abandono, não alcança as hipotecas do SFH. Sugeriu a interveniência dos agentes financeiros nos contratos imobiliários para mitigar os problemas que advêm dos chamados contratos de gaveta. Discorreu também sobre o penhor, que considera dividido em penhor de direitos e penhor de títulos de créditos. Confirmou que o penhor de direitos creditórios advindos de contratos de compromisso de compra e venda deverá ser registrado no registro de imóveis.

Antes de começar nossos trabalhos, discutimos com alguns colegas que ainda encontram alguma dificuldade para fazer o registro do penhor no registro de imóveis, em razão de que o Código Civil determina que seja feito no registro de títulos e documentos.

Tratou, ainda, do condomínio edilício, passando pelo rateio de despesas e fração ideal. Lembrou que o adquirente da unidade assume a responsabilidade pelo pagamento das contas condominiais em atraso, pelo fato de a taxa condominial ser obrigação *propter rem*.

Por fim comentou o patrimônio de afetação, destacando que já se encontram no Congresso Nacional várias emendas, corrigindo as distorções, provocadas pelos artigos finais 30-D ou 30 E, que entram em contradição com o conceito de segregação patrimonial do art. 30-A.

Eram essas as colocações com as quais, espero, eu tenha conseguido fazer o resumo do que foi exposto ontem. Passo imediatamente a palavra ao Dr. Arruda Alvim.

Ele é Professor Titular do Mestrado e Doutorado da disciplina de Direito Civil (Direito das Coisas), na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; co-Fundador e Vice-Diretor da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo, Fadisp; Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil na Fadisp; Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Brasília; fundador e diretor da *Revista de Processo* e orientador da coleção Estudos de Direito do Processo Enrico Tullio Liebman, da Editora Revista dos Tribunais, em São Paulo, SP.

Dr. Arruda Alvim:

Direito das coisas – Direito brasileiro – Código Civil (Lei 10.406, de 11.01.2002)

1. Notas introdutórias

Há alguns dados, que são fundamentais, e que devem ser colocados precedentemente a uma exposição comparativa dos Códigos Civis de 1916 e de 2002, justamente porque dizem respeito aos ambientes históricos em que foram editados esses Códigos, dados esses que desnudam e iluminam as alterações sofridas.

Se, de uma parte, há grande correspondência no sistema do direito das coisas, em ambos os Códigos, de outra parte, as alterações gerais do

sistema jurídico e as alterações sociais ocorridas acabaram determinando as modificações mais significativas, que gravitam em torno da função social da propriedade, especialmente constantes do art. 1.228, §§ 4º e 5º e na disciplina do usucapião, em decorrência de fatos havidos como relevantes, conducentes à diminuição dos prazos – moradia do usucapiente, ou de sua família; seu trabalho na coisa.

Deve-se, por isso, sublinhar que, conquanto mais comumente as referências da literatura sejam à função social da propriedade, é relevante, todavia, ter-se presente que o Código de 2002 acabou por emprestar efeitos significativos à posse, quando a essa posse estejam somados outros valores, tendo-o feito, o legislador, em detrimento (potencial detrimento) da propriedade; ou, mais precisamente, em detrimento de uma situação da propriedade em relação à qual o legislador terá vislumbrado um não-exercício ativo – inércia, descuido em relação à coisa etc. – pelo proprietário.

Vale dizer, para explicar essas hipóteses de diminuição de prazos, no usucapião, o proprietário não desenvolve atividade alguma e nem proporciona que isso seja feito, não curando do seu bem, ao passo que há essa atividade por parte do possuidor. Essas hipóteses, dentre as quais se encarta a do art. 1.228, § 4º – parece-nos – explicam-se basicamente por essas últimas considerações.

E, também, o favorecimento do legislador em relação à diminuição dos prazos para usucapião, por motivos análogos ou iguais, deve-se à concretização de uma das facetas da função social da propriedade, como se verificará.

Deve-se, ainda, evidenciar que, como pano de fundo dessas mutações, o direito de propriedade foi, possivelmente, o mais louvado dos direitos, ou, dos mais encarecidos direitos, no limiar do século XIX, como fruto das conquistas e em decorrência da implantação do sistema liberal, no mundo todo.

O direito de propriedade foi havido como condição da liberdade. As próprias expressões lingüísticas enfaticamente utilizadas nesse período, a referência constante de ser a propriedade direito absoluto, bem evidencia que tais alusões ao direito de propriedade mostravam-se densamente permeadas pela ideologia liberal.

Sucessivamente, em especial depois da Constituição de Weimar, as ordens jurídicas foram deixando o individualismo e passando a ser conce-

bidas como voltadas para uma compreensão do Direito em função de valores, que vieram a ser havidos como superiores da sociedade.

Deve-se, ainda, especialmente em relação ao Brasil, observar que nos últimos 40 anos, a contar de fins da década de 1960 e, acentuadamente, a partir da década de 1970, a economia brasileira mudou com extrema rapidez, acelerando sua mutação de uma economia em que predominava a agricultura manual para uma economia industrial, esvaziando setores agrícolas, tais como eram, precedentemente trabalhados; e é por isso que, paralelamente, verificaram-se deslocamentos imensos de pessoas para os grandes centros, que vieram a ser densamente habitados. E esse deslocamento deu-se, precisamente, para os grandes centros já existentes, com alojamento desses peregrinos na periferia destes, tendo em vista a busca de lugares onde já havia infra-estrutura urbana, a qual, por isso mesmo, tornou-se mais precária.

Em 1940 habitavam o campo 70% das pessoas e 30%, as cidades. No Estado de São Paulo, que é o mais desenvolvido da Federação – com aproximadamente 25% da população brasileira –, demonstra-se por estatística do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no limiar da década de 90, do século passado, que habitavam o campo, em São Paulo, 10% das pessoas e 90%, as cidades, projetando-se, então, que, no ano 2000, apenas 4% habitariam o campo e os outros 96% distribuir-se-iam pelas cidades do estado de São Paulo; especialmente, a cidade de São Paulo, cuja chamada Grande São Paulo – que compreende outras cidades, formando todas um bloco gigantesco – tem em torno de 18 ou 19 milhões de habitantes, ou seja, metade da população do estado de São Paulo todo. A chamada pequena São Paulo tem em torno de 11 milhões de habitantes.

2. Similaridade apreciável dos sistemas de 1916 e 2002

O Código Civil, decorrente da Lei 10.406/2002, não alterou substancialmente a disciplina do Código Civil brasileiro de 1916, na parte dos direitos das coisas, exceção feita nos aspectos acima mencionados. Pode-se afirmar que são expressivas as correspondências entre o Código Civil

de 1916 e o Código Civil de 2002, tendo-se conservado aquilo em relação ao que não se justificavam modificações. Representa a parte menos alterada em relação ao Código Civil de 1916, como, ainda, foi a parte menos emendada durante a tramitação do projeto de lei. O direito das coisas no novo Código forma o Livro III, da Parte Especial e, no Código Civil de 1916, o Livro II, de sua Parte Especial. As modificações serão apontadas.

O Código Civil disciplina os direitos das coisas dos arts. 1.196 ao 1.510, aparentemente menos extenso e menos minucioso do que o Código Civil de 1916, que o faz dos arts. 485 ao 862; aquele em 314 artigos e o de 1916, em 377.

3. Tamanho e conteúdo

A diferença quantitativa dos artigos, ou a aparência de maior extensão do Código anterior em relação ao vigente, todavia, não expressa inteiramente a realidade, pois que o Código Civil de 1916 teve ao seu lado muitas leis extravagantes, tais como o Código de Águas, a Lei de Condomínios (Lei 4.591, de 12.12.1964) sem que, no caso desta lei extravagante, tenha sido alterada a seqüência da numeração, como, ainda, o novo Código Civil disciplina assuntos antes não-disciplinados, como o da propriedade fiduciária, o penhor de veículos. E, ademais, o direito das águas e o condomínio edilício, com extensão apreciável, estão previstos no Código Civil de 2002.

4. Tônica central do novo Código e o valor contemporâneo da função social da propriedade (função social da posse)

No relatório final da Câmara de Deputados constam poucas linhas em relação à parte do direito das coisas, sublinhando-se aí, principalmente, a função social da propriedade e o que se tem designado como sendo a posse-trabalho, mais precisamente, aquela que deriva do trabalho reali-

zado pelo possuidor – posse-trabalho é antiga expressão utilizada pelo Prof. Miguel Reale, coordenador dos trabalhos que resultaram no novo Código Civil –, valorizado neste novo Código, o que se concretizou, especialmente, no art. 1.228, §§ 4º e 5º – função social da propriedade; e, também, na disciplina do usucapião – quando à posse do usucapiente se agregam valores, como os do trabalho ou decorrentes do trabalho, o que conduziu ao encurtamento dos prazos, *pari passu* estabelecido esse encurtamento para cada modalidade de usucapião, em que essa diminuição está prevista; ou seja, em nome da posse-trabalho; e, ainda, quando o usucapiente houver estabelecido no imóvel sua morada habitual, ou, ainda, quando o usucapiente haja realizado obras ou serviços de caráter produtivo (art. 1.238, par. ún. e art. 1.242, par. ún., respectivamente, usucapião extraordinário e ordinário); ademais, no usucapião que, na tradição recente e precedente (e, que, posteriormente, veio a ser previsto na Constituição Federal) era denominado de especial, não sendo o usucapiente proprietário de imóvel rural ou urbano e tenha no imóvel a sua moradia e ocorrendo trabalho do usucapiente ou de sua família, o prazo é pequeno (art. 1.239, usucapião rural); a mesma coisa, em moldes análogos se passa com imóvel urbano (art. 1.240, usucapião urbano). Nesses dois últimos casos não há diminuição do prazo, mas ele é curto. Acabou-se, valorizando-se a posse-trabalho, por valorizar a função econômica, a qual não foi desempenhada pelo proprietário.

Essas foram as modificações mais significativas ocorridas pelas razões e motivos acima indicados.

5. Similaridades e diferenças

Ambos os Códigos iniciam o livro de direitos das coisas pelo instituto da posse e sua classificação, sucedendo-se, em ambos, a aquisição da posse, efeitos da posse e perda da posse – a disciplina da posse no Código Civil de 2002 está nos arts. 1.196-1224; e no de Código Civil de 1916, nos arts. 485 a 522.

Ambos, nas disposições gerais, elencam e prevêm os direitos reais, e referem-se à tradição e à transcrição, como modos fundamentais de

aquisição derivada de coisas, respectivamente, móveis e imóveis – CC/2002, arts. 1.225 a 1.227; CC/1916, arts. 674 a 676.

Em realidade, está subjacente a esses textos do direito brasileiro o princípio *traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*. Mais esparsamente indicam-se modos de aquisição originária.

No novo Código, as disposições gerais dos direitos reais (arts. 1.225-1.227) estão após a disciplina da posse, e assim também no de 1916 (arts. 674-676).

O conteúdo das disposições gerais consiste na previsão normativa, *numerus clausus*, de todos direitos reais existentes em ambos os Códigos, indicadas as duas modalidades fundamentais de aquisição derivada das coisas, em função da classificação móveis e imóveis; ou seja, para os móveis, a tradição (CC/1916, art. 675 c/c o art. 620; CC/2002, art. 1.226), e, para os imóveis, o registro (CC/2002, art. 1.227 c/c os arts. 1.245 a 1.247).

Em ambos os sistemas, ressaltam-se os casos diferentemente expressos – ou seja, acessão, usucapião e direito hereditário. A acessão e o usucapião são formas originárias de aquisição do domínio. Já pelo direito hereditário, o que se passa é sucessão universal, em que o direito do sucessor existe, se o *de cuius* tinha esse direito; ao passo que, neste particular da origem e legitimidade do direito do que sucede, no que acima se designou como aquisição derivada, o título do adquirente recolhe a sua legitimidade do título do antecessor, verificando-se, aqui, uma sucessão particular do adquirente em relação ao precedente direito do alienante.

Ambos os Códigos contêm elenco dos direitos reais, que se submetem ao princípio da necessária previsão normativa do direito real e da taxatividade dessas previsões; e, dentre os direitos reais, está a propriedade e os demais direitos reais, como também, sucessivamente, é traçado o regime jurídico dos diversos direitos reais.

As modificações mais significativas, nesse elenco em que se prevêm os direitos reais, foram a previsão do direito de superfície no novo Código e a correlata, pode-se dizer não-previsão da enfiteuse; ainda, lembre-se a propriedade fiduciária. Deixaram de ser previstas no novo Código as “rendas expressamente constituídas sobre imóveis”.

6. Os direitos reais existentes

Os direitos reais elencados, em ambos os sistemas, como referido, são havidos como restritos àqueles indicados em lei, ainda que a lei ou a previsão normativa possa estar fora do Código – mas sempre com preva- lecimento do princípio do *numerus clausus*.

Nos dois sistemas, portanto, os direitos reais ficam submetidos à pre- visão normativa, que os tipifica. Coincidem ambos os Códigos na previ- são dos seguintes direitos reais: propriedade; servidões; usufruto, uso, habitação; penhor, hipoteca e anticrese.

7. Principais modificações ocorridas

Em relação às modificações ocorridas e consagradas na Lei 10.406/ 2002, comparativamente ao Código Civil de 1916, podem-se apontar as seguintes.

No Código Civil de 2002 cria-se o direito de superfície (art. 1.225, II). O Código Civil de 2002 não contém mais o direito real de enfiteuse, cujos existentes, todavia, encontram texto a eles relativos, para viabilizar negó- cios jurídicos em relação às enfiteuses existentes. Pode-se dizer que, de certa forma, o direito real de superfície substituiu o de enfiteuse. Continua- rão a existir enfiteuses regidas por leis especiais, como, ainda, para as exis- tentes, e, formadas no regime do Código Civil de 1916, vedou-se a constituição de subenfiteuses, depois da vigência do novo Código Civil (CC/2002, art. 2.038, II e § 2º).

Em relação ao compromisso de compra e venda, desde que haja sido registrado – objeto de publicidade –, está elencado como direito real no art. 1.225, VII c/c os arts. 1.417 e 1.418, o que não constitui propriamente novidade, dado que, precedentemente, por legislação ex- travagante, já assim era considerado, isto é, pela Lei 649, do ano de 1949.

8. Princípio geral da constituição dos direitos reais (aquisição derivada)

Os direitos reais oriundos de negócios jurídicos somente se constituem mediante implementação de requisito legal especificamente existente para isso e que proporciona publicidade ou exterioridade do fato, que é dele constitutivo; ou seja, os bens imóveis se adquirem com o registro no cartório respectivo de registros de imóveis (publicidade); e os móveis, com a tradição – exteriorização ou visibilidade da transferência da posse –, acompanhada da vontade de que por intermédio dela se objetivou transmitir a propriedade da coisa móvel.

As garantias reais imobiliárias devem ser objeto de registro no cartório de registro de imóveis ou no de títulos e documentos, o que, *mutatis mutandis*, para esta última hipótese, também significa a publicidade, tal como determinada pela lei.

9. Direito de propriedade

Em relação ao direito de propriedade, encontra-se ele conceituado, respectivamente, no art. 524, do CC/1916, e no *caput* do art. 1.228, do CC/2002. Há quase correspondência textual entre o art. 524 e o *caput* do art. 1.228.

No mais do que está disposto no art. 1.228, a disciplina do novo Código é sintonizada com a função social da propriedade, o que se inclui no traçado contemporâneo do perfil do direito de propriedade. O perfil mais significativo do direito de propriedade no Código Civil de 2002, ao lado do que consta no *caput*, está no § 1º, do art. 1.228, devendo ser compreendido pelo significado de leis especiais, a cujos assuntos esse § 1º se refere expressamente.

A propriedade imobiliária, tendo em vista suas dimensões físicas, isto é, grandeza física, existe acima e abaixo do solo, delimitando-se, todavia, pelo critério da utilidade ao proprietário, não podendo este opor-se a atividades de terceiros, em altura ou profundidade, em relação às quais não demonstre interesse em impedir (CC/2002, art. 1.229; CC/1916, art. 526).

As jazidas, minas e demais recursos minerais, os potenciais de energia hidráulica são objeto de proteção, a começar pela Constituição Federal, e, ainda, os monumentos arqueológicos, “e [ainda] outros bens referidos em leis especiais”, situados abaixo do solo, não são objeto do direito de propriedade daquele que é o proprietário do solo. Mas este pode utilizar-se, em certa escala, do sub-solo.

Para estabelecer as fronteiras ou os limites definitórios do que é possível ao proprietário fazer, em relação ao sub-solo, e tendo em vista os recursos minerais, estabelece o novo Código Civil que pode ele utilizar-se desses recursos para “emprego imediato na construção, desde que não submetidos a transformação industrial, obedecido o disposto em lei especial” (CC/2002, pár. ún., do art. 1.230, texto sem correspondência no Código Civil de 1916).

Há quem opine que, em relação ao direito de construir dentro de município e tendo em vista o que possa ser objeto de uso em relação ao espaço aéreo e ao sub-solo, o âmbito dessas possibilidades fica subordinado ao instituto de outorga onerosa do direito de construir. Essa posição acusa a presença da função social da propriedade, tal como esse aspecto ou ângulo da função social consta de lei especial.

A propriedade – que sofre delimitações, como visto, ressalvadas essas que defluem do sistema jurídico – é havida ou presumida, até prova em contrário, como plena e exclusiva. O Código Civil de 2002 disciplina a situação das ilhas, aluvião, avulsão e álveo abandonado (arts. 1.249-1.252, similarmente ao que constou originariamente do CC/1916, arts. 537-544; o mesmo ocorreu com o direito das águas (CC/2002, arts. 1.288-1.296 [os arts. 1294 a 1296, são novos] e CC/1916, arts. 563-567), cuja disciplina – ilhas e direito das águas – de 1934 até o CC/2002, foi regida por um Decreto (com valor de lei), de n. 24.643, de 10.07.1934, até a entrada em vigor do novo Código.

O Código Civil de 2002 disciplina, em dois textos, as pertenças, fazendo-o na Parte Geral e não na Parte do Direito das Coisas, o que é uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, que não se referia a esse instituto. E, a finalidade da disciplina das pertenças é a de possibilitar, em relação a elas, autonomia, especialmente, tendo em vista negócios jurídicos a elas respeitantes e que podem não dizer respeito

à coisa principal. Essa possibilidade de autonomia negocial em relação às pertenças pode-se dizer ser a regra geral, dado que os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal, como regra, não compreendem as pertenças (art. 94, início), salvo se a lei assim o determinar, as circunstâncias da situação delas em relação ao outro bem conduzir a entendimento diferente, ou, então, se isso constar do próprio negócio jurídico – que será então, compreensivo do bem principal e das pertenças–, dado que a regra geral (art. 94, início) é regra dispositiva.

Se o *caput* do art. 1.228, do novo CC, coincide com o art. 524, do CC/1916, os parágrafos desse art. 1.228 traçam o perfil de aspectos que dizem respeito à função social da propriedade. Este Código Civil de 2002 encontra-se sintonizado com a visão social contemporânea do direito de propriedade, dado que se refere a que o exercício do direito de propriedade deve ser “exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais...” (art. 1.228, § 1º). E, sucessivamente, no mesmo art. 1.228, § 1º, elencam-se bens jurídicos que não de ser respeitados e que são objeto de leis especiais protetivas, preexistentes ao novo Código Civil. Ou seja, protegem-se “a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como [há de ser] evitada a poluição do ar e das águas” (art. 1.228, § 1º). Nega-se legitimidade ao agir do proprietário por espírito emulativo no exercício do direito de propriedade, no art. 1.228, § 2º.

Em relação ao direito de propriedade, a própria linguagem do legislador brasileiro modificou-se desde a primeira das Constituições brasileiras, o que permite perceber a alteração da ótica e dos valores que permearam os textos do passado e os diferentes valores que estão imantados nas regras contemporâneas, passando-se de uma visão liberal e individualista para uma visão social.

Há no país situação de carência de habitações, o que se pode dizer ter caráter histórico e que nas últimas décadas tornou-se aguda, pelo aumento da população – que praticamente dobrou em trinta anos, entre 1970 e 2000 – e, em função da incapacidade de absorção confortável dessa população pelo crescimento não correspondente da economia. Isso se agrava, ainda, pela imensa concentração nas cidades, para as qual afluem as pessoas, em

busca de uma infra-estrutura que não existe no campo; ou, em outros termos, se quiser, isso evidencia uma distribuição não confortável do direito de propriedade, ao que o legislador do novo Código Civil foi atento, na medida em que, em tal diploma, é possível contribuir para a solução desse problema social. Por certo não se poderia ter pensado que o novo Código Civil fosse resolver o problema habitacional em si mesmo ou realizar uma reforma urbana e/ou agrária, o que demanda a presença do Estado e outro instrumental jurídico e político.

Essa situação no Brasil, particularmente, conduz à constatação, de que, quando se fala em função social do direito de propriedade nisso está também implicado falar-se em função social da posse. Mas essa implicação parece ser frontal, pois que, na realidade, na grande maioria das hipóteses, apresenta-se como redutível a uma disputa de espaço – entre proprietários e possuidores; ou seja, disputa do mesmo espaço. Referimo-nos não à mera posse, mas à posse acompanhada de alguns atributos – trabalho e riqueza oriunda do trabalho do possuidor –, acabando por se reconhecer em lei uma situação apta a impedir a reivindicação, e, na previsão normativa, está, igualmente, implicado o não-cabimento de ação de reintegração de posse (art. 1.228, § 4º e 5º).

O novo Código concedeu aos proprietários uma dilação de prazo em relação a essa situação (art. 2.030) e às de usucapião com prazo atrofiado, para que possam agir, ou, ainda agir (art. 2.029). Essa situação (§ 4º, do art. 1.228), obstando a retomada do bem, é conversível em expropriação e é tendente a eliminar o direito de propriedade em prol dos possuidores – tal como descrito nesse § 4º, do art. 1.228), o que é uma das facetas da concretização da função social, no Código Civil de 2002.

O Código Civil de 2002, como já se aflorou, contém textos fundamentais a respeito. É o que está nos §§ 4º e 5º do seu art. 1.228 (que disciplina o direito de propriedade).

Deferiu-se, ainda, largo espectro de avaliação de situações pelo juiz, mediante conceitos vagos ou abertos ou, ainda, de discricionariedade judicial. No § 4º, do art. 1.228, encontram-se três conceitos vagos, mercê de cuja presença fica obstada a ação reivindicatória: a) a área reivindicanda há de consistir em extensa área; b) ocupada pela posse de considerável número de pessoas; c) essas haverão de ter realizado, em conjunto ou se-

paradamente, obras e serviços de interesse social e econômico relevante, assim considerados pelo juiz; d) a posse haverá de ser ininterrupta por mais de cinco anos e de boa fé. Há, no texto, três conceitos abertos (letras *a*, *b* e *c*), que hão de ser avaliados e correlacionados pelo juiz, o que demonstra apreciável espectro de deliberação cometido ao Poder Judiciário.

No § 5º está disposto que o juiz fixará indenização, o que haverá de acarretar a conversão da reivindicatória em indenizatória e, uma vez paga a justa indenização, expedir-se-á título dominial em nome desses possuidores. Trata-se de uma expropriação, decretada pelo juiz, à luz da presença dos elementos do § 4º e que terminará quando ocorrer a obediência ao que está no § 5º. Não parece que sejam esses possuidores os que hajam de pagar a indenização ao proprietário.

Em verdade, tendo em vista que à situação possessória somam-se atributos, além dela mesma, em determinadas hipóteses, legalmente definidas, as quais, estando configuradas – o que ocorre depois de certo lapso de tempo –, virão, então, em detrimento ao direito de propriedade. Diz-se que, nessas hipóteses há uma autonomia da posse em relação à propriedade, a qual pode chegar a ponto de concorrer e fazer sucumbir o direito de propriedade; ou seja, mais precisamente, em detrimento potencial ou real – se consumada a situação – da propriedade – situação do § 4º, do art. 1.228, do novo CC e hipóteses de usucapião com prazo diminuído em determinadas circunstâncias, tais como se indicam abaixo.

Essa potencialidade que se revela não propriamente com a posse, mas em relação às quais a posse é pressuposta, decorre das aludidas circunstâncias, legalmente previstas, que se encontrem presentes na atividade do possuidor, as quais, sim, representam uma ingerência do possuidor em relação à coisa e tem uma significação social e econômica. É a essas situações que nos parece se poderia, com mais propriedade, denominar de ingerência socioeconômica.

Expressões outras dessa orientação, permeadas pelo valor da função social tal como procuramos visualizar acima, ainda que esse ângulo de visão não consiga exaurir o que seja função social, encontram-se no Código Civil de 2002, especialmente se comparado com o Código Civil de 1916 cujas mutações gravitam em torno do instituto do usucapião.

O usucapião extraordinário – sem boa fé e independentemente de justo título, mas decorrente da posse prolongada – teve o seu prazo diminuído (art. 1.238, do CC/2002), se comparado com o Código Civil de 1916. Mais ainda, no art. 1.238, par. ún., está previsto que, se “o possuidor houver estabelecido no imóvel a sua moradia habitual, ou nele realizado obras ou serviços de caráter produtivo, o prazo do usucapião extraordinário passará a ser de 10 anos”, sendo que, esse critério ou valor que informa o art. 1.238, par. ún., era estranho ao CC/1916.

Ao lado das regras do art. 1.238, há o usucapião previsto no art. 1.240, à luz do requisito do art. 1.239 – desde que não seja proprietário de imóvel rural ou urbano –, válido este para imóveis urbanos ou rurais.

O art. 1.239 do CC/2002 refere-se a que, além de não ser proprietário de imóvel urbano ou rural, que a área tenha sido objeto de posse durante cinco anos, ininterruptos e sem oposição, e que a área rural tenha se “tornado produtiva” com trabalho do usucapiente ou de sua família “e [quando] nela (o usucapiente) tiver sua morada”. Tornar área rural produtiva consistiu numa destinação econômica intensificada pela atualidade do trabalho e foi isso particularmente considerado pelo legislador.

O art. 1.240, do CC/2002, em relação a área urbana, refere-se a usucapião de área até 250m², com moradia, posse de cinco anos – sem outro requisito, isto é, sem boa fé nem justo título –, desde que o usucapiente não seja proprietário de imóvel urbano ou rural.

A mesma diminuição de prazo ocorreu (art. 1.242, do CC/2002) com o usucapião ordinário – em que há boa fé e justo título –, diminuição do prazo em relação ao Código Civil de 1916; e, com maior diminuição ainda, se os possuidores tiverem moradia ou se houverem realizado investimentos de caráter econômico e social (art. 1.242, par. ún).

No Código Civil de 1916, esse prazo era de 15 anos, se o proprietário e usucapiente residissem em municípios diversos, e, de 10 anos, no mesmo município, sem qualquer favor, para diminuir o prazo, tal como consta na hipótese do parágrafo único do art. 1.242, do CC/2002.

Será de cinco anos o prazo no usucapião ordinário, se ocorreu aquisição onerosa à luz de registro do imóvel, mesmo se vier a ser cancelada depois da aquisição, se os possuidores no imóvel tiverem moradia ou hajam feito investimentos de interesse social e econômico (art. 1.242, par.

ún., sem similar no CC/1916). Há diminuição dos prazos, por essa intensidade da posse, portanto, no usucapião extraordinário e no ordinário, respectivamente, arts. 1.238, par. ún., e 1.242, par. ún..

O usucapião é forma originária de aquisição e ela se aperfeiçoa com o decurso do tempo, atendidas as condições de cada hipótese. Foge essa forma de aquisição da necessidade de registro como constitutivo da aquisição. O que ocorre é que, com o perfazimento dos requisitos para a modalidade de usucapir de que se trate, é essa circunstância que tem caráter constitutivo do direito de propriedade. Cabe ação declaratória para reconhecer a ocorrência (art. 1.241, do CC/2002), o que é da tradição do direito brasileiro.

O CC/1916 (art. 530, I), em relação às formas de aquisição de domínio situava a “[aquisição] pela transcrição do título de transferência no Registro do Imóvel”, ao lado da aquisição por usucapião (art. 530, III), o que evidenciava a identidade de fim, pois em ambos os casos se adquiria o domínio, respectivamente, de forma derivada e originariamente. Essa forma de aquisição, independentemente de registro ocorria e ocorre, ainda, com a acessão e pelo direito hereditário – respectivamente, para a acessão, CC/1916, art. 530, II; CC/2002, art. 1.248; direito hereditário, CC/1916, art. 1.572 e CC/2002, art. 1.784.

Nesse último caso, o registro conferirá a essa situação – decorrente do direito hereditário, ao término do procedimento de inventário, no qual se atribuirá o direito de propriedade, específica e formalizadamente, ao herdeiro ou aos herdeiros, individualizada e concretamente (especificação da coisa em relação ao titular do direito real), o que, nessas condições a cada um desses cabe; haverá, então, publicidade específica e própria do registro de imóveis, mas não tem caráter constitutivo.

As garantias reais, clássicas no direito brasileiro, são três: penhor, hipoteca e anticrese. Em texto que se refere a essas três modalidades (Código Civil de 1916 e de 2002), está estabelecido que a coisa dada em garantia fica submetida ao cumprimento da obrigação por vínculo real. Dentre as novidades do Código Civil de 2002, no quadro das garantias reais mobiliárias, deve-se apontar o penhor de veículos especialmente disciplinado.

Do ponto de vista de sua consistência em relação à obrigação garantida, há de dizer que essas garantias reais, atreladas para garantir, por vín-

culo real, obrigações de caráter pessoal, melhoram a situação do credor em comparação a outro credor sem um crédito qualificado, mas de igual calibre.

Resultam elas, todavia, preteridas por situações privilegiadamente qualificadas de direito obrigacional ou pessoal, as quais, apesar das garantias reais, sobrepujam esses créditos objeto de garantia real, se se configurar insolvência.

Os contratos em que se estabeleçam garantias reais, para validade contra terceiros, devem obedecer a requisitos identificadores da obrigação e da coisa objeto da garantia. Esta estabelecida uma relação, influência, entre a subsistência da utilidade da garantia e o vencimento antecipado da obrigação, pois é causa de vencimento da obrigação o desfalque da garantia, salvo reforço ou substituição da garantia – a substituição é uma novidade em relação ao Código Civil de 1916, que se referia somente a reforço.

A previsão da alienação fiduciária de bem móvel ocorre, justamente, a contornar a morosidade de um processo judicial, para realizar mais rapidamente o crédito, objeto dessa garantia real, e colocar ao lado das garantias clássicas outra mais eficiente. A propriedade fiduciária deve ser objeto de contrato e se constitui com o registro do mesmo no cartório de títulos e documentos – e, tratando-se de veículos, na repartição competente para o registro, com anotação no documento, isto é, no certificado do registro –, registro esse que é constitutivo do direito real de propriedade; com o estabelecimento do direito real, isto é, com o registro, desdobra-se a posse, ficando o devedor com a posse direta e o credor com a posse indireta – para essa distinção, posse direta e indireta, vide abaixo; é lícito ao devedor usar a coisa, mas haverá de ter os cuidados de depositário, como tal definido pela lei (art. 1.363, do CC/2002).

O instituto da posse encontra-se previsto no Código Civil de 2002 similarmente à forma como estava no Código Civil de 1916. Possuidor é aquele que, de fato, se comporta como se comporta o proprietário, como possuidor. Objeto da posse são as coisas corpóreas (tangíveis) e que têm consistência – da mesma forma que elas é que são objeto do direito de propriedade, tal como disciplinado no Código Civil (de 1916, art. 524 e de 2002, art. 1.228, *caput*, cujas redações, praticamente coincidem). Há um

paralelismo entre o que pode ser objeto de propriedade tal como concebida no Código Civil e o que pode ser objeto de posse.

Não se aplicam os remédios possessórios a situações de direito pessoal, ainda que haja existido em alguns períodos essa possibilidade na história do direito brasileiro, ao influxo da interpretação de alguns textos do Código Civil de 1916 e em decorrência de aparato doutrinário do Direito canônico.

Situação que não é equiparável aos direitos pessoais, propriamente ditos, é a de considerar-se a posse em relação a bens imateriais ou coisas incorpóreas, dado que estes percebidos pelos sentidos, o que é incogitável com os chamados direitos pessoais propriamente ditos. Nos dias correntes há uma levíssima corrente que manda aplicar interditos possessórios à situação de direitos autorais e de marcas e patentes.

Os Códigos Civis de 1916 e de 2002 assumiram, francamente, a posição da teoria objetiva em relação à posse. A menção fundamental à posse, gravitando em torno da propriedade – isto é, servindo ao proprietário-posuidor; em ambos os Códigos repousa a idéia central da obra de Rudolf Von Ihering.

A aquisição e a perda da posse foram modificadas no Código Civil de 2002, em ambas as hipóteses, simplificando a forma da aquisição e a da perda, em relação ao de 1916. Diferente e minudentemente se dispunha o Código Civil de 1916.

Situações como a do locatário, comodatário ou de direitos reais de gozo, como o uso e o usufruto, conduzem àquilo que se tem designado como inserido dentro da organização vertical da posse, em que o locador ou o proprietário é denominado possuidor indireto e o locatário ou o usufrutuário, possuidor direto. Ambos os Códigos, substancialmente, disciplinam o assunto da mesma forma.

No que diz respeito ao juízo possessório e ao juízo dominial, tendo em vista a possibilidade de penetração de alegações de titulação jurídica em juízo dominial no juízo possessório ou, por outras palavras, à possibilidade de alegação de direito no juízo possessório, dispunha o art. 505, do CC/1916, restritamente, admitindo essa possibilidade. O novo Código Civil, no seu art. 1.210, § 2º, coincide com a evolução já sofrida no direito brasileiro, de 1973 a 1980, a partir do Código de Processo Civil e

com a Lei 6.820/80. Ao cabo dessa evolução (ano de 1980) o CPC, no seu art. 923, § 2º deixou estabelecido: “Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa”. Esse texto coincide com a primeira parte do art. 505, do CC/1916, sem a ressalvada da segunda parte deste.

Quanto ao constituto possessório, o CC/1916 dispunha no seu art. 494, IV, que a aquisição da posse poderia ocorrer pelo constituto possessório e o correlato art. 520, V, por meio de cujo texto se previa a posse. No novo Código Civil prevê-se o constituto possessório na disciplina da tradição-aquisição (de bens móveis), no art. 1.267, par. ún.: “Subentende-se a tradição quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório; quando cede ao adquirente o direito à restituição da coisa, que se encontra em poder de terceiro; ou quando o adquirente já está na posse da coisa, por ocasião do negócio jurídico”. Esse texto deverá comportar interpretação extensiva, para compreender, também, os imóveis.

Nos direitos de vizinhança há referência ao critério fundamental que é o do uso normal (CC/2002, art. 1277, *caput*; CC/1916, art. 554), que é o comportamento exigido dos vizinhos; e, no CC/2002 o art. 1277, indicam-se referenciais – sobre o que o CC/1916 não era expresso –, para aferir da normalidade do uso, variável, portanto, em função da “natureza da utilização”, “local do prédio” em relação às normas que distribuem as edificações por zonas. E, no art. 1278, admite-se, por interesse público, interferências anormais, mediante indenização cabal (leia-se completa) ao vizinho.

No direito brasileiro de 1916 e no atual, de 2002, estão, portanto, presentes os seguintes princípios:

1) da legalidade ou da tipicidade que deve ser entendida como a manifestação específica da legalidade no campo do direitos das coisas, isto é, os direitos reais precisam estar normativamente previstos (CC/1916, art. 674 e CC/2002, art. 1.225); só existem os direitos reais, se a situação enquadrar-se rigorosamente na regra de direito que os prevê; os direitos reais devem se exteriorizar, o que decorre da publicidade, o que assume vulto na aquisição imobiliária derivada – transcrição para os imóveis – e visibilidade da transferência da posse, isto é, tradição, acompanhada da

vontade de transferência da propriedade mobiliária – para os móveis; tradição e transcrição são, na linguagem vinda dos glosadores o *modus*, antecedida de um *titulus*;

2) nos direitos reais há poder direto sobre a coisa salvo quando a lei nega esse poder, v. g., hipoteca, e em alguns casos de penhor, que não o penhor comum, e são direitos absolutos enquanto impõem o dever de abstenção de todos; a noção dogmática de direito absoluto não é desfeita em nome da função social da propriedade; tem, pois, oponibilidade ou eficácia *erga omnes*;

3) são protegidos por ações reais cujo sujeito passivo é aquele que impeça ou turbe a utilização do direito real;

4) os direitos reais se constituem, a partir da propriedade, mercê da elasticidade do direito de propriedade e transferência ao titular do direito real do poder e das faculdades que a esse direito real correspondem;

5) extinto o direito real, salvo perecimento da coisa, tal poder e tais faculdades retornam à titularidade do proprietário, mediante consolidação;

6) não há, no direito brasileiro, a abstração na constituição do direito real em relação ao negócio subjacente – princípio da abstração nos direitos reais –, como existe no direito alemão, ainda que, se haja muito discutido a respeito, tendo havido, há tempos, quem tenha pretendido equiparar a situação brasileira (Código Civil de 1916) à do BGB alemão e, também, pelo Código Civil de 2002, não é possível essa equiparação;

7) situações de direito obrigacional, como locação, desde que objeto de publicidade-registro, transcendem a pessoa dos contratantes, impondo-se a terceiro, como, por exemplo, o adquirente do imóvel objeto de locação tem de respeitar o contrato;

8) o direito real tem como titular presumido aquele cujo nome consta do registro, mas, se demonstrar que esse, em cujo nome está transcrito, não adquiriu de quem era o proprietário, cairá essa presunção;

9) diante de que dos direitos reais emana oponibilidade *erga omnes*, uma das manifestações mais significativas é a da ação reivindicatória.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Alvim, muito obrigado! A Abecip realmente se sente honrada não só pelas suas brilhantes lições – o senhor é o nosso mestre – como também pelo fato de o senhor ser o nosso con-

sultor e atuar em diversas questões que envolvem nossos agentes financeiros na área do crédito imobiliário.

Me parece que o senhor claramente respondeu aquela primeira questão que aflige alguns colegas, a de que a alienação fiduciária de bens imóveis, por não estar relacionada no art. 1.225, poderia haver uma interpretação no sentido de que ela teria sido revogada. Mas o senhor, a meu ver, deixou bastante explícito que o art. 1.225 não encerra todos os direitos reais, ou seja, o direito real tem que ser previsto em legislação, tem que estar definido com alguma norma, e, no caso específico da alienação fiduciária de bem imóvel, a Lei 9.514 define-o como direito real.

Acredito que mais uma vez está bem esclarecido. Queira o senhor saber que nenhum dos expositores anteriores – e tivemos aqui brilhantes expositores – também deixaram qualquer dúvida a respeito dessa colocação: que alienação fiduciária está em vigor.

Hamilton Nogueira – Professor, duas perguntas singelas. A primeira é a seguinte: o direito de superfície na década de 1970, em 1973, se não me engano, foi substituído, no Direito brasileiro, pela instituição da condição de uso como direito real, o que é parecido, por isso, exatamente, a minha pergunta. No entendimento do senhor, o novo direito de superfície previsto no Código Civil atual revoga disposições legais de 1973 na instituição da concessão de uso ou apenas naquilo em que houver uma colisão frontal?

Arruda Alvim – O senhor está falando do Dec.-lei 271. Acho que revogar, propriamente, não; se houver alguma colisão, deve prevalecer o direito de superfície do Código Civil, senão você pode entender uma abrangência total da matéria.

Agora, a minha impressão é que o direito de superfície como está no Código Civil revoga o art. 21 do Estatuto da Cidade, isso eu acho que revoga.

Hamilton Nogueira – Professor, outra pergunta igualmente singela, talvez até simples demais: é a questão da propriedade do subsolo. A pergunta é prática: na questão da utilização pelo proprietário, é muito comum a perfuração do poço semiartesiano, o que não deixa de se explorar uma jazida de água. Como fica isso?

Arruda Alvim – Eu tenho a impressão que subsiste o direito de ter poço artesiano.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Professor, mais uma questão de ordem prática. O senhor até já escreveu um parecer encomendado pela Abecip sobre a prevalência da hipoteca em face dos direitos creditórios, sobretudo porque, ao longo do tempo, a interpretação da Súm. 84 do STJ foi distorcida, fazendo com que as hipotecas, em face de um compromisso de compra e venda desprovida de registro, perdessem eficácia em relação àquela unidade. Com o novo Código, o senhor vê que isso possa ter mais esclarecimento ou que a hipoteca volte a ter aquela segurança secular que sempre teve?

Arruda Alvim – Tenho a impressão de que realmente a posição do STJ, no caso, é absolutamente errada. Acho que não há um argumento que a sustente; do lado contrário, no entanto, há todos os argumentos sem exceção de nenhum. Há um dispositivo aqui no Código Civil – confesso que li esse dispositivo ontem – que leva a uma conclusão, se é que é possível colocar nesses termos, o que reforçaria a subsistência da hipoteca. É um dispositivo que diz: quando houver um loteamento ou uma incorporação, poderá ser desdobrada a dívida hipotecária. Isso significa que, se as unidades forem alienadas e houver hipotecas sobre o terreno, aquilo que se poderia cogitar é transferir o ônus, mas nunca desaparecer o ônus hipotecário antecedente. Eu sei que nisso está envolvida toda a problemática e não é uma problemática que se resolve apenas no plano dogmático, como a gente está pretendendo aqui. Na verdade, ela tem aspecto emocional – tirar a moradia de alguém –, isso tem que ser reconhecido. Mas eu acho que, em face do nosso direito, é realmente a solução, como também quem compra um imóvel deve verificar se ele está hipotecado ou se o terreno sobre o qual foi feito o apartamento foi hipotecado, se tem condições de registrar aquilo; e se tiver hipotecado, deve considerar isso um negócio. Quer dizer, na verdade o compromissário comprador é quase tratado como um hipossuficiente pleno. Eu acho que não é bem assim.

Hamilton Nogueira – O art. 51 do CC, versando sobre a taxa de juros remuneratórios, remete à taxa máxima (teto), refletida no art. 406. Por sua vez, o art. 406 indica a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à fazenda nacional. Indaga-se: que taxa é essa? Mesmo porque o art. 161 do CTN declara que, se a lei não dispuser de um modo diverso os juros de mora, eles serão calculados à taxa de 1%. Quais são os juros devidos? 1% ou Selic? A dúvida na verdade é essa.

Arruda Alvim – Confesso que tenho pensado, mas não cheguei a uma conclusão. Acho que deve cair no Código Tributário, 1%. É um palpite.

Hamilton Nogueira – A segunda pergunta é a seguinte: o art. 496, versando sobre a taxa punitiva, revoga evidentemente as exposições correlatas da Lei de Usura. Pergunto: na forma que está redigido, indica-se ali que a taxa da fazenda é piso e não teto. Se fosse teto no art. 591, seria piso neste artigo. Indaga-se daí: ficou liberada a fixação contratual dos juros moratórios?

Arruda Alvim – Aqui se permite a convenção; se eles não forem convencionados ou o forem sem taxa estipulada, vale a taxa dos impostos devidos à fazenda nacional. Dá para cogitar do 161, do Código Tributário ou da Selic. A menos que se estatua de forma diversa. Agora, contratar acima dos juros da fazenda nacional é violento. Acho que essa não é uma interpretação que virá a se sustentar.

Hamilton Nogueira – Ou teria, diante da sistemática do Código Civil, deixado também isso ao bom arbítrio do juiz, no sentido que ele pode entender se essa fixação estará correta ou não, observando a função social do contrato. Pergunto eu: num contrato antigo, é possível entender aquela fixação de juros realmente, dado que a natureza do contrato e seus efeitos pela comunidade deva ser maior?

Arruda Alvim – Acho difícil. O condomínio tem regras próprias. Por exemplo, foi reduzida para 2% a multa, o que eu acho um absurdo total;

toda a população brasileira, acho, entende assim, porque ali há toda uma coletividade dependendo do pagamento. É um absurdo uma multa muito pequena; proporcionalmente àquilo poderia ser a taxa de juros.

Hamilton Nogueira – Pergunto eu: o artigo permitiria que se fizesse isso?

Arruda Alvim – Acho difícil, pela mentalidade do Judiciário, admitir uma convenção com esse calibre.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Professor, há mais uma questão, a do Dr. André Matheus, do Banco BBV, que é a seguinte: até pelo aspecto anterior, que comentamos sobre a hipoteca e a Súm. 84, o agente financeiro recebe em garantia a cessão fiduciária dos créditos decorrentes das vendas das unidades em rendimento. O agente administra esses recursos e, pela nossa experiência, me parece uma providência boa, justamente para evitar desvios de finalidade. A questão que se coloca é a seguinte: o fato de essa maior ingerência, de essa maior participação nos recursos financeiros serem aplicados na obra pode gerar uma responsabilização do agente financeiro pela obra, pelo vício da obra, pelo estado da obra?

Arruda Alvim – Ele não é o construtor, mas apenas aloca recursos. A minha impressão é que, se ele é um alocador de recursos, seria difícil responsabilizá-lo pela segurança; mas se houver uma negativa de recursos, se houver uma relação de causa e efeito entre aquilo que ele possa ter feito e tenha resultado em defeito da obra, ele até pode vir a ser responsabilizado. Fora disso eu acho mais difícil.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – A situação dos agentes financeiros é preocupante desde a época do BNH, quando já havia uma resolução que procurava imputar responsabilidade ao agente, como se ele fosse solidário ao incorporador e ao construtor. O Dr. Cambler esteve aqui conosco e trouxe dois exemplos do STJ oriundos do Rio de Janeiro, em que o STJ estendeu a responsabilidade ao agente financeiro, a meu ver absurdamente, pelo fato de ele encaminhar ou mandar o engenheiro para verificar a en-

trega dos recursos e a colocação dos recursos na obra. Acho que isso é uma distorção. Não sei se o senhor acha também.

Arruda Alvim – No fundo, esse engenheiro vai lá só para ver se o numerário foi adequadamente empregado; agora, daí a ser responsável por aquilo, por fundações, por exemplo, que ele não viu fazer, é meio difícil; essa é a minha impressão. E solidariedade teria de decorrer de lei. E lei não tem aí; ou pelo menos um concurso da atividade pelo menos não há.

Participante – Uma pergunta de um não-advogado. A gente tem uma preocupação, que já é de muito tempo, de criar um mercado secundário de hipotecas, para viabilizar o mercado imobiliário. Temos exemplos disso no México, nos EUA, no Chile. A França tem bons exemplos também de mercado com alguma consistência. O nosso é o velho SFH, que não é indicado para financiamento de crédito imobiliário para pessoa física; ele é muito mais indicado para a produção. Queria que o senhor apreciasse se essa questão social do Código Civil, todo esse movimento social refletido no Estatuto da Cidade, nos planos diretores, se isso assegura um ambiente adequado para o mercado secundário de hipoteca ou se isso piora o cenário.

Arruda Alvim – Na verdade, esses valores – função social e boa fé objetiva – estão no Código alemão, no parágrafo 242, de 1900, há mais de 100 anos. É necessário sabedoria ou compreensão do que significam essas idéias. Acho que se deveria entender bem o que é isso, quer dizer, a função social não é para eliminar o *pacta sunt servanda*, nem a função social da propriedade é para eliminar o direito de propriedade. São determinados valores que não podem ir ao núcleo dos institutos para inutilizá-los. Por exemplo, a Alemanha, como o Brasil, define o direito ou propriedade como um direito absoluto, e eu acho que ainda continua sendo um direito absoluto no plano dogmático: se eu sou o dono, posso fazer o que quiser, mas aí há uma ênfase ideológica do liberalismo, própria da Constituição de 1934, que já não mais existe; começa-se a falar em função social.

Na Alemanha, o direito de propriedade é considerado um direito absoluto, no plano dogmático do direito civil, e como um direito fundamental,

no plano constitucional, ainda que a Constituição alemã diga no seu art. 14, 2: “a propriedade obriga” – isso está escrito na Constituição alemã.

Então, é preciso saber dosar muito bem. Acho também que a função social não é para o juiz intervir e dizer que o contrato não vale. Só em casos aberrantes. Também acho que a função social, de certa maneira, está um pouco espalhada no Código. Segundo o dispositivo 473, par. ún., se for possível a resilição do contrato, mas se uma parte tiver feito consideráveis investimentos que deverão reclamar um tempo para serem recuperados por essa parte, como, por exemplo, contrato de distribuição etc. Diz a lei que a resilição só produzirá efeito depois de passar o tempo necessário para a recuperação. Na verdade é uma função social do contrato, no aspecto comutativo. Aquele que foi beneficiário dos inventos não pode chegar e falar assim: passe bem, até logo.

Portanto, tenho a impressão de que não é muito grande o espaço que possa sobrar para essa chamada função social, no sentido de o juiz poder julgar o contrato fora da lei e dizer que ele não vale. Vou contar porque é interessante.

Tenho um caso, que está no STJ, felizmente está dois a zero e, no terceiro, o julgador pediu adiamento. Mas é uma causa interessante. Trata-se de telecomunicação: uma das empresas, para poder completar o serviço licitado, é obrigada a passar pelas outras, e as outras, por ela. Em relação a esta, que é minha cliente, ela tem que passar por companhias periféricas, que na linguagem americana se chama *last mile*; ela não tem a última milha, não consegue completar se não passar pelo espaço da outra. Bom, ela entrou numa licitação e perdeu a licitação. Na hora de se abrirem os envelopes, verificou-se que a empresa, que é concorrente dela, que também foi para licitação, computou como custo a passagem, o mesmo e idêntico acesso. E o Código de Comunicações tem dispositivo que, *mutatis mutandis*, é uma espécie de função social e que diz: não podem ser feitas contratações de tal forma que inibam a concorrência.

Então nós invocamos esse dispositivo, invocamos a função social da propriedade; ela não pode usar na propriedade dela o aparato de telecomunicações, para impedir, e nem pode impor para mim um custo quatro vezes superior ao dela. A parte contrária até argumentou: não estou discriminando porque estou dentro dos valores da Anatel. E eu digo não, para

mim, discriminando está; para mim; são 500; para você, são 100? Tenho que pagar quatro vezes mais?! É claro que o preço vai ser mais elevado. E o que é interessante é que, paralelamente, o Cade julgou dois casos, um deles entre as mesmas empresas, no sentido de que isso viola a concorrência. Essa documentação foi levada para o STJ. Tenho a esperança de ganhar. Mas a argüição no STJ é violação da função social da propriedade e violação da função social do contrato. Ele pode contratar, mas com valor próximo que ele faz para ele. Bom, para ele, seria 100; para o outro, 120 ou 150, mas não 500. Aí é realmente impedir que o outro concorra. Quando, pela legislação federal, o outro tem o direito de passar pelo aparato do outro, que normalmente é concorrente, em condições de poder concorrer também.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. Alvim, duas questões de Maria Emília Gonçalves M. de Barros, do BBV. Quanto à enfiteuse, parece que haverá duas situações: imóvel já enfiteutico, de acordo com o Código antigo, foreiros particulares que vão continuar subsistindo e imóveis já na vigência do Código Civil, por força da legislação própria da União. Ela pergunta se não poderia ser constituída enfiteuse na vigência do novo Código Civil entre particulares?

Arruda Alvim – Acho que não pode entre particulares, não. Aliás, nem enfiteuse, nem sub-enfiteuse, que foram abolidas no regime do Código Civil, subsistem. Quer dizer, as enfiteuses já existentes valem como ato jurídico perfeito, mas eu não posso, na vigência deste Código, fazer uma sub-enfiteuse. Está proibido.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Prof. Arruda Alvim, sua participação tem sido sempre muito brilhante. O senhor tem trazido lições importantíssimas para a atividade do crédito imobiliário. As questões que foram postas aqui demonstram realmente interesse pela matéria. Queria mais uma vez agradecer sua participação, parabenizá-lo pela exposição e passar às suas mãos uma lembrança para registrar sua participação no seminário. Muito obrigado!

A EMPRESA NO NOVO CÓDIGO CIVIL

Expositor: **DR. ARNOLDO WALD**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Renato Nardoni

Dia: 04.04.2003 (sexta-feira)

Hora: 11h30min

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vamos retornar aos trabalhos, para a exposição do Prof. Arnold Wald sobre a empresa no novo Código Civil.

Convido para participar da mesa nosso vice-presidente Dr. Renato Nardoni; na seqüência, convido o Prof. Wald para, conosco, terminar de compor a mesa.

O currículo do professor é extremamente extenso. Permito-me destacar apenas alguns pontos.

O Prof. Arnoldo Wald é Advogado e Professor Catedrático da Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Presidente da Academia Internacional de Direito; Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito; foi relator do projeto do Código Civil no Conselho Federal na Ordem dos Advogados do Brasil e é membro da Comissão revisora das propostas de emenda ao Código Civil. Tem naturalmente inúmeros textos e livros especializados publicados.

Professor, é uma honra tê-lo conosco. A Abecip, na palavra do Presidente, agradece sua participação e temos certeza de que as lições que o senhor vai trazer muito ajudarão nas atividades dos nossos operadores. Obrigado, professor!

Arnoldo Wald – 1. A unificação do direito privado, abrangendo obrigações e contratos de direito civil e comercial, representou importante inovação do novo Código Civil, seguindo o exemplo do *Codice Civile* italiano e atendendo às aspirações dos meios jurídicos. Efetivamente, nas suas diretrizes constantes no plano previamente aprovado pelo Ministério da Jus-

tiça, em relação à elaboração do Código Civil, já foi determinado que se adotasse entre outros princípios o seguinte:

“a) Compreensão do Código Civil como lei básica, mas não global, do Direito Privado, conservando-se em seu âmbito, por conseguinte, o Direito das Obrigações, sem distinção entre obrigações civis e mercantis, consoante diretriz já consagrada nesse ponto desde o Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941 e reiterada no Projeto de 1965”.

2. A distinção tradicional entre as obrigações civis e comerciais já tinha perdido a sua razão de ser quando se unificou a competência para julgar as questões de direito civil entre particulares e os processos de caráter negocial existentes entre comerciantes. Por outro lado, nada impede que, num mesmo código, se possa tratar de institutos que tenham algumas regras próprias de interpretação e para os quais as normas costumeiras tenham maior importância, como ocorre no campo do direito comercial.

3. O próprio Código Comercial de 1850 determinou, no seu art. 121, que fossem aplicadas as normas de direito civil aos contratos em geral, com as modificações nele constantes. Por sua vez, o Código Civil de 1916, no seu art. 1.364, fez incidir subsidiariamente sobre as sociedades civis as regras das sociedades anônimas, desde que não contrariassem as disposições da legislação civil.

4. A vocação do nosso direito pela unificação do direito obrigacional data, aliás, do século XIX, tendo sido defendida por Teixeira de Freitas, chegando a conclusões análogas, no início do século XX, Inglês de Souza, quando, incumbido de elaborar um novo Código Comercial, fez a proposta de termos um Código de Direito Privado. Civilistas e comercialistas admitem, assim, uma certa superação da distinção tradicional entre as duas matérias, negando a necessidade de códigos distintos para tratar de ambos os temas. Chegou-se, assim, a falar numa relativa “comercialização do direito civil” ao mesmo tempo em que se reconhecia a existência do “civilismo do direito comercial”.

5. Na realidade, distinções básicas que existiam, no passado, em relação a determinados bens, como os móveis e imóveis, perderam parte da sua importância com a securitização de créditos imobiliários, a chamada “comercialização” da hipoteca, a emissão de letras imobiliárias e a criação de fundos imobiliários no mercado de capitais. Por outro lado, empresas

construtoras e incorporadoras, sob a forma de sociedades anônimas, passaram a também estar sob a regência do direito comercial.

6. Do mesmo modo, o subjetivismo que caracterizou, por muito tempo, o direito comercial, deixou de ter a sua razão de ser, não se admitindo mais que pudesse ser o direito especial de uma classe, com direitos e deveres distintos daqueles que são atribuídos às demais pessoas.

7. Finalmente, deixou de existir, em grande parte, a diferença de espírito que fazia do direito civil uma legislação rígida, formalista e essencialmente conservadora, opondo-se à flexibilidade do direito comercial e à ampla autonomia da vontade que se admite tradicionalmente nas operações mercantis. Aliás, é uma constante da evolução do direito, à qual se refere San Tiago Dantas, a oscilação entre uma legislação privada unificada e a ocorrência de uma espécie de bifurcação, ensejando a coexistência de um direito mais tradicional e de outro inovador. Foi o que aconteceu em Roma, com a criação, ao lado do *jus civile*, do direito pretoriano e do próprio *jus gentium*. O mesmo aconteceu com a relação entre o direito civil e o comercial, nos seus respectivos desenvolvimentos históricos. Na maioria dos casos, acaba havendo uma reunificação, com a absorção pelo direito tradicional de parte substancial das inovações e da própria flexibilidade do novo direito, que, por sua vez, se estratifica. Foi o que aconteceu em Roma, com a elaboração do *Corpus Juris Civilis* na época de Justiniano. É o que está ocorrendo, agora, no campo das obrigações, entre o direito civil e o direito comercial.

8. No Brasil, assistimos historicamente a uma certa inversão no grau de modernidade, na medida em que o Código Comercial é mais antigo, datado de 1850 e inspirado pela legislação francesa do início do século XIX, enquanto o Código Civil de 1916 constitui uma legislação mais recente, adotando a sistemática e alguns dos princípios que constam do Código Civil Alemão (BGB), que entrou em vigor no início do século XX, sendo, pois, em nosso país, o direito civil codificado vigente até 2002 mais atualizado do que o comercial, ao contrário do que acontece na maioria dos países.

9. Quando se cogitou da elaboração de um novo Código Civil em nosso país, o Código Comercial já estava obsoleto há muito tempo. Não havia mais razão para manter um direito classista para os comerciantes e já estava ultra-

passado o próprio conceito dos atos de comércio como caracterizando a condição de comerciante, quando praticados reiterada e profissionalmente.

10. Efetivamente, além de se ter dado ao ato de comércio, no campo jurídico, um sentido mais amplo do que o que tem na economia, que o considerou como abrangendo tão-somente a circulação dos bens – e não a sua produção –, a doutrina reconheceu que a sua definição importava verdadeiro círculo vicioso. Efetivamente, se, por um lado, caracteriza-se o comerciante pela natureza dos atos que pratica, por outro, a natureza desses atos depende de quem os pratica.

11. Finalmente, foram sendo suscitadas, cada vez mais, dúvidas quanto ao regime dos atos mistos, praticados por um comerciante em relação a um não-comerciante e também no tocante à legislação aplicável aos “atos de comércio” quando praticados por não-comerciantes. A discriminação na matéria poderia até ser considerada inconstitucional e o problema se tornou mais grave na medida em que ocorreu a generalização de atos comerciais praticados por particulares.

12. Houve, pois, um consenso no sentido de considerar superado o critério constante no nosso Código Comercial de 1850, propondo-se uma nova conceituação de caráter objetivo para regular o que se passou a denominar a atividade negocial ou empresarial.

13. A referência à empresa já constava de alguns diplomas do século XIX, inclusive no Regulamento 737, assim como em numerosos diplomas posteriores, mas coube ao Código Civil dar tratamento sistemático e definitivo à matéria, inspirando-se inclusive nas disposições da Constituição de 1988.

14. Não há dúvida que a maior influência exercida sobre o nosso novo Código Civil foi a do *Codice Civile* e da doutrina italiana, do mesmo modo que, anteriormente, o BGB foi o modelo do nosso Código Civil anterior. É, pois, na lei e nos autores daquele país que devemos procurar as origens da concepção que adotamos.

15. A lei italiana define o empresário no seu art. 2082, nos seguintes termos:

“2.082. Imprenditore – È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

16. Na realidade, a empresa é definida na legislação italiana, como

exercendo *uma atividade econômica organizada com vistas à produção ou à troca de bens e serviços*, não se limitando ao campo da circulação, mas abrangendo a indústria, sob todas as suas formas.

17. A moderna doutrina italiana liderada por Alberto Asquini admite que a empresa é um fenômeno poliédrico abrangendo quatro facetas que são as seguintes:

- a) a subjetiva, equiparando-a ao empresário;
- b) a funcional, como atividade desenvolvida para alcançar determinadas finalidades;
- c) a patrimonial, ou seja, a empresa concebida como universalidade de bens, constituindo a chamada *azienda*; e finalmente
- d) como instituição, ensejando uma espécie de parceria entre empresários e seus colaboradores.

18. As definições de Asquini foram complementadas para fazer da empresa um “ente complexo”, constituído por um conjunto de bens e uma união de pessoas, tendo finalidade própria a ser alcançada de modo dinâmico.

19. Trata-se pois de uma atividade organizada, para alcançar determinada finalidade, que pode ser exercida tanto por pessoa física (comerciante individual) como por determinados grupos sob a forma de sociedade.

20. Deve ser salientado que, como vimos, a empresa evoluiu nos seus aspectos estruturais e institucionais. Enquanto, na concepção do *Codice Civile*, o titular da empresa era sempre o empresário, no direito hodierno conhecemos empresas sem empresários, como acontece, por exemplo, nos casos em que a totalidade das ações pertence a fundos de pensão. Por outro lado, a empresa se caracterizava pela existência de um poder de mando, reconhecendo-se no empresário “o chefe da empresa” (art. 2.086 do *Codice Civile*). Tratava-se de uma estrutura quase monárquica, de inspiração medieval, que era compatível com o corporativismo da época, a *Carta del Lavoro* e até o *Führerprinzip* da legislação societária alemã. No Código Civil brasileiro, ao contrário, a empresa é instituição democrática e pluralista, tendo substituído a hierarquia de tipo militar, representada pela pirâmide, pela gestão organizada com base na cooperação em forma de rede.

21. Resumindo a evolução realizada no direito brasileiro, esclarece o

Prof. Miguel Reale que: “Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade.

Não será demais advertir, para dissipar dúvidas e ter-se melhor entendimento da matéria, que, na sistemática do Anteprojeto, empresa e estabelecimento são dois conceitos diversos, embora essencialmente vinculados, distinguindo-se ambos do empresário ou sociedade empresária que são ‘os titulares da empresa’.

Em linhas gerais, pode dizer-se que a empresa é, consoante aceção dominante na doutrina, ‘a unidade econômica de produção’, ou ‘atividade econômica unitariamente estruturada para a produção ou a circulação de ‘bens ou serviços’. A empresa, desse modo conceituada, abrange, para a consecução de seus fins, um ou mais ‘estabelecimentos’, os quais são complexos de bens ou ‘bens coletivos’ que se caracterizam por sua unidade de destinação, podendo, de *per si*, ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos.

Dessarte, o tormentoso e jamais claramente determinado conceito de ‘ato de comércio’ é substituído pelo de ‘empresa’, assim como a categoria de ‘fundo de comércio’ cede lugar à de ‘estabelecimento’. Consoante justa ponderação de René Savatier, a noção de ‘fundo de comércio’ é uma concepção jurídica envelhecida e superada, substituída com vantagem pelo conceito de estabelecimento, ‘que é o corpo de um organismo vivo’, ‘todo o conjunto patrimonial organicamente grupado para a produção’” (*La théorie des obligations*, Paris, 1967, p. 124).

22. O novo Código Civil trata do empresário nos seus arts. 966, 970 e 971, nos seguintes termos.

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

Art. 970. A lei assegurará tratamento favorecido, diferenciado e simplificado ao empresário rural e ao pequeno empresário, quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes.

Art. 971. O empresário, cuja atividade rural constitua sua principal

profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o art. 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantins da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro.”

23. O legislador criou, pois, para o empresário rural, a faculdade de sujeitar-se ou não às normas de direito empresarial. A disposição se explica pela atual fase da economia agrícola brasileira caracterizada pelo desenvolvimento da agroindústria e pela maior importância dada à comercialização dos produtos agrícolas.

24. Quanto aos profissionais e liberais, é preciso salientar que muitos deles acabaram organizando-se sob a forma de empresa, razão que justifica a distinção feita no par. ún. do art. 966.

25. Já o estabelecimento comercial, que tem sido amplamente estudado pela doutrina, tanto estrangeira quanto nacional, tem a definição que consta do art. 1.142 e cujo regime é definido no art. 1.143 e seguintes.

26. O art. 1.142 esclarece que:

“Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”.

27. Por sua vez, o art. 1.143 tem o seguinte teor:

“Art. 1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.”

28. Não há dúvida de que, no particular, houve não só uma mudança de terminologia, mas uma substancial modernização das regras legais aplicadas às empresas e ao empresariado. Atendeu-se à evolução tecnológica mas também à nova função atribuída à empresa, que passou a exercer importante função social.

29. De acordo com os princípios gerais que constam do Código Civil e conforme já previa a Lei 6.404, que rege as sociedades anônimas, tanto a empresa individual quanto a chamada sociedade empresária devem atender aos imperativos éticos e sociais.

30. Sendo a sociedade um contrato plurilateral, deve obedecer ao disposto no art. 421 do CC e sua sociabilidade significa tanto a democratização e a moralização do governo da empresa quanto a realização de

uma conduta que deve corresponder aos superiores interesses do país e da sociedade.

31. Podemos afirmar, assim, que está ultrapassada uma fase do direito comercial que fazia prevalecer sempre a vontade e o interesse dos detentores do capital. Na nova fase, que se inicia com o Código Civil, institui-se uma verdadeira democracia empresarial que deve corresponder à democracia política, vigorante em nosso país, substituindo-se o poder arbitrário do dono da empresa por um equilíbrio que deve passar a existir entre as diversas forças que cooperam para a realização das finalidades empresariais. Consolida-se, assim, uma nova conceituação da empresa como organização com fins lucrativos mas com estrutura e espírito de parceria entre todos aqueles que dela participam sob as formas mais diversas.

32. Podemos, pois, concluir, com Michel Albert, Jean Boissonnat e Michel Camdessus, reconhecendo que “... o legado mais temerário que o século XX deixou ao XXI é, nesse campo, a total incoerência entre um mercado cada vez mais globalizado e o imenso déficit do direito mundial, inclusive no que diz respeito aos direitos sociais. É esse déficit que deve ser combatido, notadamente pelo aprendizado do domínio desse processo histórico exclusivamente mecânico e fora do controle que é hoje a globalização”.

Participante – Com respeito a algumas questões ocorridas ao longo dos debates nos últimos dois dias, ainda restam algumas dúvidas e algumas diferenças de interpretação. A primeira delas é em relação à questão dos juros moratórios do art. 406. Alguns entendem que esses juros seriam a taxa Selic, eleita para a mora; outros, até citando um enunciado do encontro jurídico, em setembro de 2002, interpretam essa mora como sendo aquela mora do art. 161 da CTN, de 1% ao mês, se não houver disposição em contrário. Essa é a primeira questão. A segunda é em relação à prescrição. Tendo em vista aquela norma transitória para contagem de prazo de prescrição, existem algumas interpretações diferentes sobre a contagem de prazo para ações de cobrança de saldos devedores em que não há cobertura de Fundo de Compensação para Variações Salariais, FCVS. Gostaríamos de saber sua opinião.

Arnoldo Wald – Com relação aos juros moratórios temos aqui uma norma, em primeiro lugar supletiva, ou seja, quando os juros forem convenencionados, o artigo não se aplicará. Em segundo lugar, a impressão que eu tenho em relação ao que o legislador pretendeu dizer aqui é, na realidade, que os juros devidos teriam como base a chamada taxa Selic, abrangendo a correção monetária.

O que está acontecendo é que nós temos no poder Judiciário uma série de situações nas quais ninguém mais vai pagar os débitos neste país, se os juros forem de 12% ao ano, que é menos da metade do que o tesouro nacional está pagando.

No que diz respeito ao sistema financeiro imobiliário, evidentemente, você nunca terá alguém que diga que os juros moratórios serão os do art. 406 do CC, porque você terá uma fórmula determinada para esclarecer quais são os juros; então, você tem a liberdade decorrente da Lei 4.595, que se estendeu até as operações imobiliárias fora do sistema, em virtude da nossa legislação própria. É o contrato que vai reger a matéria.

Participante – Professor, conforme o senhor mesmo expôs há pouco, essa taxa do art. 406 é supletiva, ou seja, opera no preenchimento do contrato e evidentemente é mínima, o piso pode imediatamente revogar a Lei de Usura; isso significa que há uma liberdade de contratar sem limites a taxa de mora?

Arnoldo Wald – É muito interessante sua pergunta. Tenho a impressão que o legislador aqui não quis entrar nessa matéria. A jurisprudência vai ter que definir isso num momento oportuno. O que aconteceu é que a Lei da Usura foi afastada de fato há muito tempo em relação às operações financeiras. O legislador diz que, em tese, as leis especiais continuam em vigor. A Lei de Usura é lei especial e, em tese, continuaria a ser aplicada fora do sistema financeiro sempre desde que não tenha sido revogada pelo Código Civil de 2002, em virtude de ter novas disposições sobre a matéria.

Participante – O contrato vai definir, e se o contrato for aberrante, o juiz decidirá dentro dessa idéia do espírito social?

Nessa questão dos juros, a sistemática hoje vigente para o sistema financeiro nacional, em instituições financeiras tradicionais, abrange também, no seu entendimento, as entidades novas criadas no SFI, ou seja, as companhias hipotecárias?

Entendo que a legislação específica ampliou o sistema a todos aqueles que participam dentro do limite. Se você não faz securitização, cuja base é a idéia de que você pode ter o mesmo regime do início ao fim, se você só tem um regime no meio, não dá certo, você não pode estabelecer no meio do contrato regimes sucessivos para prazos indeterminados. Acredito que o sistema imobiliário, hoje, foi, pela legislação específica, considerado um sistema com regras próprias desde o início da construção até o pagamento da última prestação. Foi essa a idéia que o legislador teve.

A questão é em relação à contagem do prazo exatamente nessa transição. Já se debateu neste fórum a respeito de como estabelecer essa contagem. Suponhamos aquela situação em que um mutuário tentou dois financiamentos na mesma localidade, no mesmo município. O FCVS não reconhece a cobertura pelo fundo desse segundo financiamento, uma vez que os agentes financeiros, quando houve a extinção daquela obrigação de pagamento mensal por parte dos compradores, não tomaram providências em relação à cobrança desses mutuários por duas razões: primeiro, porque o cadastro que definia, que demonstrava haver uma duplicidade, só veio a ser implementado no final da década de 1990 até 2000; em segundo lugar, porque até hoje não se tem definição clara, objetiva de que aquele contrato não será coberto; existe um indício de multiplicidade, por isso alguns credores estão protestando, interrompendo a prescrição sobretudo por conta dessa regra de transição. Como a regra anterior era de 20 anos e agora a regra geral foi reduzida para 10, o problema está nessa contagem. Se, num determinado momento, no dia em que entrou em vigor o novo Código Civil, já tiver decorrido mais da metade do prazo, se o prazo antigo tiver 10 anos e 2 dias ele terá um prazo ainda de 20 anos; contudo, se o prazo que decorreu foi de 9 anos, 11 meses e 29 dias, teria um dia só para interromper a prescrição?

Arnoldo Wald – A norma, como toda norma transitória, é arbitrária. Você tem uma outra discussão ligada a isso, que é a seguinte: o art. 2.035 diz

que a validade dos negócios e demais atos jurídicos é imediata e obedece ao disposto nas leis anteriores.

Bom, há uma decisão do STF em que se estabeleceu o seguinte: o direito brasileiro não aceita a retroatividade mínima, ou seja, o regime contratual deve ser mantido enquanto vigente o contrato. Isso não se aplica à prescrição, porque a prescrição não é matéria do contrato, é matéria tipicamente legal. Mas é possível que se alegue a inconstitucionalidade desse art. 2.035, para que se possa continuar aplicando a lei antiga, porque haveria, na aplicação da lei nova, uma espécie de retroatividade mínima. Isso é problema ao qual o STF terá que dar uma solução, porque ele pode até mudar sua jurisprudência e achar que não é mais assim. Mas até agora, o que se estabeleceu é o seguinte: em matéria contratual, prevalece a legislação em vigor no momento do contrato. Em matéria estatutária, por exemplo, o fundo de garantia, aplica-se de imediato a lei nova.

Participante – Professor, sobre esse ponto, creio que a dúvida não se esgota em saber isso. O caso é *sui generis*, porque existe um contrato de cobertura do saldo devedor por parte do FCVS, entidade fora da relação contratual de mutuário e mutuante, que, em princípio, tem a obrigação de cobrir o valor do saldo devedor, salvo a constatação de ilícito operacional na época da formação do contrato. E isso é que é examinado pela Caixa. E porque, teoricamente, na qualidade de gestora desse ponto, a Caixa cumpre sua obrigação, comunica e cobre; mas se ela verificar que aconteceu alguma coisa, devolve ao gestor. Muito bem, aí que vem a questão. Em que momento nasce para o credor, *a posteriori*, depois desse fato, o que está acontecendo? Alguns estão fazendo notificações condicionadas. Eu faço uma interpelação judicial, faço uma aceitação, faço um protesto, para interromper uma prescrição que pode ser que venha a existir, se a Caixa me devolver o crédito, mas não sei nem se eu tenho direito de ação?

Arnoldo Wald – A complexidade da questão é muito maior do que se imagina.

Efetivamente, seu problema continua não sendo a prescrição, mas a licitude ou ilicitude da operação, no momento em que ela ocorre. É um problema sério, porque você tem todo o problema dos efeitos passados

que não poderiam ter sido discutidos e que passaram a poder sê-lo. Sendo assim, você vai ter que examinar caso a caso. À primeira vista, se essa ilicitude era ostensiva, se quem praticou o ato não poderia praticá-lo, temos uma situação em que a partir daquele momento corre o prazo. Se houve uma documentação, em virtude da qual ele foi enganado, em que houve dolo, erro, acredito que a questão fica um pouco mais complicada e temos que considerar as situações. E o problema de fazer a notificação se explica no sentido seguinte: na dúvida, você tenta resguardar o direito que existe ou o direito condicional. Você tenta resguardar qualquer direito; se você não o tem, não tem risco algum, você resguardou. Se você o tem, você tem a vantagem de não vê-lo prescrito. Mas é um problema que, certamente, surgirá.

Participante – Professor, queria complementar a questão da prescrição, porque, ainda nesse campo, temos a seguinte situação. Temos prazos prescricionais novos inferiores a dez anos, que não existiam no Código anterior. Então, por exemplo, na questão da cobrança de dívidas líquidas, constantes de instrumento público ou particular, de que trata o § 5º, I, do artigo que trata da prescrição, a prescrição anterior era de vinte anos e agora reduziu para cinco, a questão que se coloca é a seguinte. Se, no momento em que entrou em vigor o Código, numa situação dessa, já tiverem passados mais de cinco anos, tiverem menos de dez, que seria a metade do prazo anterior, qual é o prazo que prevalece? Ou já estaria prescrito no momento em que entrou em vigor o Código Civil? Ou permanecería o prazo de dez anos, que seria o prazo geral?

Arnoldo Wald – O Código Civil em vigor estabeleceu duas condições para a aplicação das novas regras de prescrição, quais sejam: é necessária a redução do prazo pela lei nova, além de já ter decorrido mais da metade do prazo previsto pela lei anterior. No seu exemplo, como não transcorreu mais da metade do prazo estipulado no Código de 1916, você aplica o Código antigo.

Participante – Mas o Código não estaria prejudicando exatamente a situação dessa pessoa, desse credor? Porque, no momento em que entrou

o Código em vigor, ele, ainda, em tese, teria os vinte anos, pela regra geral da transição ele teria 10 anos; só que o Código já define que são cinco, e no momento em que entrou em vigor, já transcorreram mais de cinco. Ele já entra perdedor?

Arnoldo Wald – Você quer, na realidade, a *lex mitio*, que só o legislador pode lhe dar. Você tem aqui uma série de situações novas que surgem, mas se você tem um contrato antigo, você está jungido ao regime, e a decisão do legislador foi essa.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Professor, tenho certeza de que ainda existem questões, mas deixaremos para uma outra oportunidade. Quero, mais uma vez, agradecer sua presença, que sempre nos honra, sobretudo pelas lições que o senhor sempre traz e apresenta para esta platéia.

Para registrar sua presença, quero, em nome da Abecip, lhe oferecer uma singela lembrança, registrando sua passagem por este evento. Muito obrigado, professor!

Arnoldo Wald – Muito obrigado! Muito obrigado a vocês!

DAS PESSOAS E DA FAMÍLIA

Expositor: **DR. HÉLIO BORGHI**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedor: Osvaldo Correa Fonseca

Dia: 04.04.2003 (sexta-feira)

Hora: 14h

Carlos Eduardo Duarte Fleury – O Dr. Hélio Borghi vai falar dos aspectos que envolvem direito de família, em relação ao novo Código Civil. Porém, antes de iniciar, eu queria dar umas notícias. Primeiro, o certificado de participação vai começar a ser distribuído aos senhores, bem como estamos lhes passando um pedido de avaliação do seminário. Ela é importante para sabermos se estamos caminhando por caminhos certos, se vocês consideraram adequado o conteúdo do programa. Pretendemos repetir e aperfeiçoar seminários dessa espécie. Segundo, logo após o encerramento da palestra do Prof. Arnaldo Wald, ficou um certo mal-estar, por causa da interpretação que ele deu ao exemplo que eu passei, de hipótese da prescrição. Esclarecendo: informei que a lei antiga definia como prazo prescricional 20 anos e a lei nova define como prazo prescricional cinco anos. No momento em que entrou em vigor o Código, já teriam decorrido sete anos. À primeira vista, a resposta do professor foi que, no momento em que entrou em vigor, já estaria prescrito, porque o prazo novo era cinco anos. Entretanto, eu e o Alfredo fizemos um debate com ele, logo após o encerramento, ele voltou atrás e pediu até que transmitisse a vocês. A resposta dele foi um pouco apressada. Ao analisar melhor o art. 2.028 e as situações previstas no Código Civil, a resposta perdeu o sentido, ou seja, já estaria prescrito, quando da entrada em vigor do novo Código. O entendimento dele é o mesmo expressado, ontem, pelo Dr. Pablo, de que o prazo de cinco anos correria a partir da entrada em vigor do Código Civil. Não que não haja mais prazo. De acordo com a hipótese, teríamos ainda mais cinco anos. Se o prazo anterior era de 20 anos, nessa

hipótese já tinham decorridos sete anos, com mais cinco, na verdade, o prazo prescricional foi reduzido de 20 para 12 anos

A palestra de agora será feita pelo Dr. Hélio Borghi, que é Diretor da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho, a conhecida Unesp; é Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, e tem diversos livros e textos publicados em revistas especializadas.

Dr. Hélio, a palavra é sua, por favor.

Hélio Borghi – Muito obrigado! Ao cumprimentar os senhores presentes, quero expressar a minha satisfação em estar aqui, porque sempre é motivo de alegria e uma oportunidade muito boa para se discutirem questões que vão surgindo com novas leis editadas. Esta é mais uma dessas oportunidades, em que se pode discutir algumas questões.

No Direito brasileiro, temos uma vivência mais ou menos atribulada, devido, inicialmente, à Constituição Federal de 1988, já há muitos anos, 12, 14 anos, por aí; depois, por algumas leis que vieram sob o pálio, sob a finalidade de regulamentar artigos da Constituição; agora, com a entrada em vigor do novo Código Civil. O Código ficou sendo discutido um ano; as arestas ainda existentes tinham que ser apuradas ou aparadas também, mas, na realidade, ainda não se chegou a uma diretriz exata daquilo que se tem em vista com o novo Código, que seria correto afirmar-se de que não há mais dúvida nenhuma, não. As dúvidas ainda vão continuar a surgir; vão ser necessárias discussões, muitos debates, e a jurisprudência é que vai, ao final, acabar assentando o entendimento de que forma tal ou qual instituto deva ser analisado com propriedade e dar uma decisão final. Portanto, durante um certo tempo ainda, nós vamos encontrar na própria jurisprudência, e muito mais na doutrina, ambas formas de expressão do Direito, de manifestação do Direito, normalmente chamadas de fontes do Direito, se bem que fontes do Direito seria o direito natural, a natureza das coisas, enfim. Tanto a doutrina como a jurisprudência, que são formas de expressar-se o Direito, elas vão se contradizer durante um bom tempo ainda, especialmente em alguns ramos do Direito civil, que são mais tênues, mais infensos a essas discussões, por isso acabam sendo mais maleáveis a novas formas de interpretação.

Esses ramos do direito civil, do direito privado, de modo geral, acabam sendo mais maleáveis às modificações, principalmente pelo comportamento social; avulta a questão do direito de família, que é o tipo do ramo diferenciado em relação aos outros ramos do direito civil e, evidentemente, do direito privado, uma vez que, enquanto os outros tratam só de questões patrimoniais, envolvendo bens, envolvendo coisas, o direito das coisas, o direito das obrigações e outros tratam também de coisas e tratam de pessoas, como no caso do direito das sucessões. Agora, no direito de família, avulta, principalmente, a questão das pessoas, que acabam formando um núcleo de relacionamento, gerando novas pessoas, novas personalidades com novos direitos.

Está aí a Constituição de 88, que criou a figura dos direitos da personalidade, questão bastante discutida no direito da personalidade, mas não com essa idéia, essa tendência agasalhada pelas Constituições anteriores. O art. 5º da CF tem mais de 70 incisos nos quais avultam as questões do direito da personalidade, razão pela qual o direito de família passa, hoje, a ter uma conotação diferente do que existia até então, sob o pálio do Código de 1916, que entrou em vigor em 1º.01.1917.

Essas mudanças comportamentais sempre ocorreram na área da família e tiveram um incremento maior a partir do final da época do Império Romano e, depois, durante toda a Idade Média, quando a Igreja conseguiu normatizar essas questões familiares. Até então, as uniões entre homem e mulher que formavam as famílias de antigamente eram questões meramente de fato. Não havia uma legislação específica para normatizá-las. Eram os costumes, os *mores*, usos que eram tratados naquela época e assim é que a família ia se constituindo. Houve até, por curiosidade, um tipo de formação de casamento, baseado nos usos e costumes. Na época do Direito romano e mesmo anteriormente, tivemos a família constituída pela posse da mulher por parte do homem durante um ano consecutivo, sem interrupção, durante três noites seguidas, resultando, evidentemente, três dias e três noites. Se ela não interrompesse aquela posse, depois de um ano estaria legalizada a união. Quer dizer, isso, em época mais ou menos recente, veio a se concretizar como aquele rapto consensual, que o Código de 1916 estabelecia como um dos impedimentos relativos, dirimentes relativos do casamento, em que as pessoas acabavam tendo um

tempo para apresentar um pedido de anulação do casamento ou da união; caso isso não acontecesse no tempo certo, a união acabaria se consolidando. Isso é resquício, evidentemente, daquela situação, dos primórdios daqueles documentos que passaram com mais clareza para a posteridade e que hoje são a fonte de novas pesquisas e de novas leis.

O que se pode notar é que essa questão do comportamento social e da formação familiar sempre foi muita discutida e sempre foi sendo alterada. Com ascendência da Igreja, do Direito Canônico, das bulas papais, dos decretais dos papas, das épocas anteriores, principalmente, durante a Idade Média, a formação da família foi se sedimentando de uma forma que já tornava mais clara a intenção das pessoas em se terem como marido e mulher, uma vez que sempre houve a preocupação com a formação da família relacionada com pessoas de sexo diferente. O que não quer dizer que as outras uniões que havia até então e que continuaram a existir entre pessoas do mesmo sexo não tinham ou não têm respaldo legal, e que, de qualquer forma, possam surtir efeito jurídico. Muito ao contrário. Mesmo quando imperava aquela força da Igreja não permitindo que uniões entre homem e mulher, fora do casamento, fossem legalizadas, ainda assim, alguns efeitos jurídicos, delas decorrentes, eram recebidos e aceitos, porque na realidade, acima de toda questão legal, existe a questão da norma jurídica, a questão natural.

O direito natural se impõe sobre a questão do positivismo, embora essa questão seja mais semântica e acadêmica. Muito se discute se o que deve prevalecer é o direito natural, o direito positivo e tal. Na realidade, não poderia existir o direito positivo, se não houvesse a questão fundamental da natureza das coisas influenciando os comportamentos sociais. E o direito de família é totalmente baseado, estruturado, sob os comportamentos sociais.

Fora a questão da formação das famílias, na área do direito de família existe uma outra tendência natural baseada na formação dos que acabam surgindo em relação a essa família, seja ela constituída da forma legal, como a lei determina, seja ela apenas de fato. Trata-se aqui dos filhos, da prole resultante da relação entre pessoas de sexo diferente, que acaba, durante muito tempo, naqueles primórdios da documentação de que se tem notícia, acaba não tendo aceitação por parte da sociedade e, principalmente, por parte do Direito Canônico.

Posteriormente, a coisa foi sendo abrandada, no sentido de se entender que aquelas pessoas advindas de relações chamadas “impuras” não poderiam ter a mínima responsabilidade sobre o que acontecera. Por isso, durante a Idade Média e já entrando na Idade Moderna, houve um abrandamento dessa situação, digamos assim, de menos pecado em relação àqueles filhos, a quem se combatia e não se davam os direitos, para evitar, digamos, uma espécie de *mea culpa* por parte de quem os havia, numa situação de “ilegitimidade”, originado; jogava-se sobre essa prole o pálio, a nomenclatura de um crime, em tese, que havia sido cometido. E se havia sido cometido um adultério, o filho era adulterino. Se haviam cometido uma ligação entre pessoas com relacionamento muito próximo, entre familiares que não poderiam se casar entre si, o filho era incestuoso. E assim sucessivamente.

Com o tempo, foi se notando que não havia procedência nessas atribuições a quem não havia contribuído de forma nenhuma para essas situações. Não eram situações de direito. A lei proibia que pessoas casadas ou vivendo de forma manifestada com outra pessoa tivessem filhos com outra pessoa fora dessa união, o que, de fato, sempre existiu e vai continuar existindo. Por isso digo, exatamente, que o direito de família é o ramo do direito mais infenso, mais submetido a essas mudanças comportamentais, quer dizer, as pessoas se atraem, acabam tendo uma relação mais direta, embora sabendo que não podam fazer aquilo; tanto sabem, que vão se esconder para fazer, mas fazem. Disso, evidentemente, conseqüências jurídicas vão surgir, por isso a tendência foi de que, mais recentemente, esses filhos também fossem tidos como apenas filhos, sem lhes dar aqueles apelidos de ilegítimos, incestuosos, adulterinos ou, como diziam as Ordenações do Reino, bastardos, e bastardia é um termo bastante pejorativo, especialmente para a época em que era usado. Mas, à época da Idade Média, um filho bastardo era uma situação constrangedora para toda a família, principalmente para o tal filho. Novos atributos foram sendo dados tanto à família natural como à família constituída pelo casamento legalizado pela Igreja, sacramentado, como também aos filhos delas, e acabaram evoluindo até o ponde de hoje em dia já admitir-se a família instituída pela formalidade do casamento, como também a família constituída pela simples intenção das pessoas de se unirem numa vida pura, numa

vida honesta, com fins voltados para a constituição da sua família, do seu patrimônio, da prole. Disso adveio o que acabou sendo consagrado na legislação atual, depois da Constituição de 88, sob o nome, até então pouco conhecido, de união estável, que veio acabar com aquela denominação ambígua de concubinato “puro” e concubinato impuro.

Hoje, já se admite que o antigo concubinato “puro” seria essa união estável, em que não há possibilidade de adultério, deslealdade, como diz uma das leis que regulamentou essa união estável bem como o próprio Código Civil. Evidentemente, a legislação veio amparar e criou um outro tipo de família, uma família oriunda de um fato natural de aproximação entre pessoas do mesmo sexo, com o fim voltado para constituição da família. Mais adiante, o âmbito de aplicação dessa união estável acabou sendo alargado e já se admite que também estariam em união estável pessoas ainda ligadas a um casamento anterior, porém já separadas de fato, no mínimo, há mais de cinco anos.

Com isso, já se foram alargando essas concepções. A própria Lei dos Registros Públicos, uma lei que norteia toda essa questão dos registros, determina, no art. 55 ou 56, da Lei 6.015 de 1973, já naquela altura, há coisa de vinte e tantos anos, determinava que uma mulher que vivesse com um homem há muitos anos, com quem não tivesse possibilidade de casar-se por impedimento matrimonial, porque um dos dois ou ambos já eram casados com outra pessoa, uma vez que tanto o desquite antigo como a separação de agora não permitem novo casamento, mas somente com o divórcio que naquela altura não existia.

O divórcio veio com a Lei 6.515, a partir de 1977. Mas, já antes disso era permitido que essa pessoa que vivia em companhia de um homem, com quem não podia se casar oficialmente, mas com quem mantinha uma vida norteada para uma igualdade de casamento, poderia acrescentar o nome desse seu companheiro até poderem se casar etc. E que reflexos trouxe isso na legislação? Muitos. Especialmente, na questão do Regulamento do Imposto de Renda, o RIR, que, na verdade, faz chorar e não rir, ao permitir que essas pessoas possam ser aceitas como dependentes, para cédulas que permitem abatimento daqueles impostos, como acontece com as pessoas regularmente casadas. A Previdência Social também começou a mudar sua legislação mediante portarias, permitindo que essas pes-

soas, comprovadamente vivendo sob a dependência econômica do outro que viria a morrer, pudessem ser sua dependente para fins de Previdência Social. Então, todo esse movimento que foi sendo justamente criado, acabou eclodindo na nova Constituição, que se fundou numa questão ética em relação à família.

Primeiramente, ela determinou o que já diziam as Constituições anteriores, que a família é a base da sociedade; que o núcleo social se forma a partir de um núcleo chamado família, núcleo esse, segundo os entendidos, formado pelos componentes de cada um dos lares, normalmente o marido, mulher e os filhos. Agora, com o instituto do parentesco, esse núcleo vai se alargando, como ondas magnéticas, que vão tomando uma proporção maior. Entrariam no conceito da família *latu sensu*, e não mais nuclear, as outras pessoas com quem os que formaram a família vão se relacionar. Os respectivos pais de um e outro cônjuge vão acabar formando um novo ângulo dessa relação e ampliar o conceito familiar. A questão dos irmãos, dos parentes, dos tios, dos avós de cada um dos que se convolveram vão aumentando esta relação familiar. Assim, a família considerada *latu sensu* e não *strictu sensu* ou nuclear, como ela é entendida pela sociedade e pela Constituição, como a base da nossa sociedade, seria a família nuclear.

Nessa questão familiar, a legislação determina que o parentesco, para efeito de alguma situação patrimonial mais efetiva, vá até o quarto grau. No Código de 1916, determinava-se o parentesco até o sexto grau. Depois, o legislador entendeu que o parentesco até o sexto grau, na ordem de sucessão, no caso do direito das sucessões, ia longe demais, uma vez que o Estado interfere nessas questões e, depois, porque não há parentes em grau sucessivo, o que fez diminuir de seis para quatro. Por isso, o Estado arrecada aquela herança toda. Ao Estado não interessa deixar como parentes sucessíveis a coisa muito longe, se bem que no Código anterior criou-se uma situação um pouco incômoda, porque o legislador alterou o direito das sucessões e diminuiu essa questão da sucessividade do sexto para o quarto grau. Na parte do direito de família não alterou nada considerando os parentes até o sexto grau, quer dizer, o primo do primo, filho do primo, filho do filho do primo. O direito das sucessões, por sua vez, fala em quarto grau. Agora, não. O novo Código igualou tudo, tanto na parte do direito de família como na parte do direito das sucessões: a sucessão da família

só vai até o quarto grau. Pelo menos ficou uma situação mais equânime, se bem que isso tenha sido uma falha do legislador antigo; quando ele diminuiu do sexto para o quarto grau, ele deveria ter diminuído, também, no direito de família e não só no direito das sucessões.

Esses avanços legislativos vieram fazer com que a Constituição agasalhasse tudo isso. Ela proibiu a discriminação entre filhos de qualquer natureza. Os arts. 227 e seus parágrafos determinam que os filhos jamais podem ser discriminados em relação a sua origem. É proibida a discriminação, dizendo que eles são filhos ilegítimos, espúrios, adulterinos, ou qualquer coisa desse porte, mesmo os filhos adotivos levados para a casa de uma família para serem criados, ou filhos de uma pessoa sozinha, estão no mesmo pé de igualdade com os outros filhos consangüíneos. Não importa se os pais dos filhos adotivos sejam casados, se foram casados, ou se virão a se casar, se vivem em união estável ou não; mesmo que seja uma simples ligação passageira entre um homem e uma mulher, que se conhecem num baile de Carnaval e depois vão curtir a quarta-feira de cinzas, até essa simples relação acaba sendo trazida para a legislação, no sentido de que aquele filho jamais poderá sofrer qualquer discriminação, em relação a qualquer outro tipo de origem dessa filiação.

Isso veio trazer uma certa perplexidade ao mundo jurídico, quando a Constituição assim determinou e criou uma figura, até então desconhecida no Direito brasileiro, e que chamou como uma família ligada, essencialmente, entre um dos pais e seus filhos, chamada, depois, pela própria doutrina, que é uma das formas de manifestação de direito ou fonte de direito para quem quiser, chamada família monoparental, ou seja, somente um dos pais em relação aos seus filhos. Como pode ser essa família de só um dos pais em relação aos seus filhos? Pode ser a mais diversa possível. Pode ser uma mãe solteira, cuja relação com o pai da criança não teve nenhuma conseqüência mais séria; pode ser um pai solteiro, que acaba ficando com a criança e não tem mais nenhuma relação com a mãe dela, embora essa situação seja menos freqüente do que a primeira. A mãe sempre carrega o seu filho, raramente a mãe deixa o filho, a prática assim demonstra. É a natureza das coisas. O direito de família é essencialmente direito natural, e assim diz a natureza das coisas. A mulher forma, em seu interior, aquela criatura, e a ela se liga a tal maneira, que somente em si-

tuações muito especialíssimas acaba abrindo mão desse filho. Mas também pode acontecer de uma pessoa solteira acabar ficando com esse filho, e essa família monoparental resultar da separação do casal e o filho ficar ou com o pai ou com a mãe; às vezes, acaba havendo mais de um filho, que acabam dividindo entre si, o que vai exigir a discussão de como vai ser a guarda, se só com um, e o outro tem direito de visitas, ou se uma guarda alternada, cujos filhos ficam um tempo com o pai, outro tempo com a mãe. Os psicólogos entendem que não é muito correto esse procedimento, porque, dependendo da idade da criança, ela pode sofrer dois tipos de criação, o que acabaria criando uma confusão terrível na cabeça de uma criança ainda em formação. Ou pode haver a guarda compartilhada, hoje em dia bastante difundida, no sentido de que o filho, embora fique com um dos dois, geralmente com a mãe, recebe a visita do pai sem muitas regras como antigamente, da mesma maneira como se estivesse vivendo com ele. Na prática, nem sempre isso é possível sem alguma dificuldade, porque os interesses do casal acabam dificultando essa relação em demérito, em detrimento do interesse dos filhos. Mas de qualquer maneira, essas questões são questões casuísticas, que são colocadas nessas ações de separação.

Outro tipo de família monoparental, outra origem, poderia ser a viuvez. Ou seja, quando morre um dos componentes do casal; o outro, evidentemente, vai continuar vivendo com os filhos. Essa família monoparental ou da entidade familiar, agora, é a mais ampla possível; já não se fala mais em família, fala-se em entidade familiar, a tradicional, criada pelo casamento, ou a ligada pela união estável, ou então, fala-se em ligação entre uma família, entre um dos pais e os filhos daí resultantes, seja a origem dessa ligação do pai ou da mãe com os filhos, nas mais diferentes hipóteses, como nós vimos anteriormente.

Depois da Constituição de 1988, houve necessidade de que leis ordinárias complementares pudessem discutir e acertar essa questão.

Nessa entidade familiar há uma coisa nova, que já deixava a jurisprudência e a doutrina de lado, para ser uma situação inculpada na própria Constituição, que é a Lei Maior.

Até então, as questões do concubinato “puro” eram resolvidas de acordo com a decisão judicial. Cada caso era um caso a ser analisado e,

geralmente, as questões patrimoniais eram resolvidas com base no direito das obrigações, porque não eram um instituto do direito de família, não estavam no livro do direito de família. A única forma que se foi achando para enquadrar e dar direitos a quem havia ajudado a formar um patrimônio, por parte do homem, geralmente o patrimônio, uma vez que o homem é mais esperto, que estava sempre com o patrimônio na mão, os registros imobiliários, todos os imóveis etc.

É o caso daquela mulher que acabou, na realidade, nunca tendo um proveito maior. Então, dependendo de cada hipótese específica, discutia-se em juízo sempre com base na separação do patrimônio, no art. 1.363, do antigo CC, que trata do direito das obrigações e da questão da sociedade. Formam uma sociedade as pessoas que, mutuamente, colaboram com suas intenções e haveres para a formação do patrimônio comum, alguma coisa assim, para um fim comum.

Agora, com a Constituição, isso já não existe mais. Já se tinha que achar como resolver a questão da união estável. Por isso apareceu inicialmente, depois de muitos anos da Constituição, depois de seis anos, em 1994, apareceu uma Lei, a 8.971, de 1994, que acabou trazendo uma certa confusão. Diziam, o que na realidade é verdade, que essa lei não abriga, não alberga todas as questões que envolvem uma vida em comum. Ela criou uma situação ainda não bem clara, uma vez que tratava de direito das sucessões e direito de alimentos, especificamente. O legislador achou que aquela lei não era a melhor, e acabou sendo promulgada uma nova Lei, a 9.278, de 1996, que já deu outros contornos àquela situação anterior. Essa segunda lei contemplou muito mais coisas que a primeira e modificou algumas coisas que havia na primeira lei bem como tratou da questão da divisão de patrimônio, dizendo que, salvo documento escrito entre as partes, a questão patrimonial seria entendida como o quê? Os bens adquiridos por ambos durante sua convivência seriam divididos em regime condominial, ou seja, foi trazido para o instituto do condomínio para acertar uma questão que aí já passou a ser de direito de família, uma vez que a Constituição reconheceu a união estável como entidade familiar.

Alguns discutem se a segunda lei teria ab-rogado ou derogado a primeira, ou seja, revogado completamente ou apenas complementado a primeira lei e revogado, parcialmente, aquilo em que a ela se contrapõe.

Acabou prevalecendo a segunda hipótese. A segunda lei não revogou inteira, mas parcialmente a primeira lei em alguns pontos. Na questão dos alimentos, por exemplo, que a lei de 1994 trata no art. 1º, a Lei 9.278, de 1996, trata no art. 7º. Como são dois institutos iguais e de acordo com a regra da Lei de Introdução ao Código Civil, art. 2º, § 1º, a segunda lei acabou revogando parcialmente a primeira nesse ponto. A grande questão que se colocou é o seguinte. Se o art. 7º da segunda lei revogou o art. 1º da primeira, então caiu por terra a questão do prazo para a caracterização da união estável. Essa é uma questão que ainda está para ser decidida, digamos, com mais clareza possível; ainda há confusões a respeito. A maioria da doutrina, mais de 90%, e da jurisprudência, diz que, ao revogar o art. 1º da lei de 1994, a lei de 1996 acabou com aquele prazo de cinco anos determinado pela lei de 1994, para que fosse reconhecida essa união de pessoas de sexo diferente como uma união estável. Esse é o entendimento majoritário. Mas há quem defenda ponto de vista contrário, dizendo que, realmente, a segunda lei tratou da questão relacionada aos alimentos, na primeira lei.

Quanto à parte de durabilidade no tempo para que a união fosse reconhecida como estável, prevaleceria ainda o período de cinco anos. Por quê? Porque dizem eles – e eu confesso aos senhores que eu escrevi a respeito, tenho livro publicado e sou adepto dessa segunda corrente; somos eu e mais uns dois ou três aí; vamos lotar um carro de praça e sair por aí. Nós perdemos em todos os lugares em que discutimos. Mas, na realidade, pelos métodos de interpretação, principalmente se adotarmos a questão lógica e a questão literal da Lei de Introdução ao Código Civil, entendemos que a segunda lei não revogou a primeira na questão do tempo, baseados no § 2º, do art. 2º, da LICC; a maioria, no entanto, diz que a segunda lei revogou a primeira, baseada no § 1º, do art. 2º, da LICC. Como o § 2º diz que, tratando do mesmo caso, sem que haja revogação expressa, sem que haja incompatibilidade entre as leis etc., a lei posterior nem revoga, nem modifica a lei anterior, na minha opinião e na de algumas outras poucas pessoas; continua prevalecendo, portanto, o período de cinco anos. Por quê? Porque a primeira lei fala em período, e a segunda lei não fala em período bem como o Código Civil atual, no seu art. 1.723, também não fala em período. Diz apenas que a convivência pública, duradoura, notó-

ria, entre um homem e uma mulher constitui união estável. Ora, cinco anos é uma convivência pública, duradoura etc. A questão dos cinco anos é tradicional no Direito brasileiro em todas as situações em que a lei não determinava um prazo. Então, tanto a doutrina como a jurisprudência sempre estabeleceram prazo de cinco anos.

Quando falei a respeito dos progressos do então chamado concubinato, eu dizia que depois do art. 55 da Lei 6.015, dos Registros Públicos, tanto a previdência social como o regulamento do imposto de renda vieram permitir benefícios à pessoa com quem vivia. Quanto tempo? Cinco anos. Quem vive durante cinco anos com alguém tanto na questão da previdência social como na questão do imposto de renda, hoje em dia, no regime de bens, se fala em cinco anos também; então, esse prazo de cinco anos é tradicional no Direito brasileiro. Quem fizer uma pesquisa, como o professor exclusivo é obrigado a fazer, a trabalhar em cima de pesquisa, vai verificar que esse prazo de cinco anos, para dar direito a alguém, sempre norteou as atividades no Direito. Não sei a origem, exatamente, dos cinco anos, remonta à Antigüidade, mas sempre se estabeleceram esses cinco anos.

A segunda lei e o atual Código Civil não se referem a um prazo e sim a uma convivência pública, duradoura. Duradoura quanto? Para tentar remediar essa situação, houve vários congressos de juízes, em São Paulo, no Rio, dos quais tenho algumas resoluções, em que os juízes das varas de família e sucessões discutiram e cada estado acabou tendo um entendimento diferente.

Alguns dizem, como no Rio de Janeiro, que devem ser realmente os cinco anos, mas o enunciado desse congresso diz que no Estado de São Paulo são três anos, e assim sucessivamente. A questão ainda causa ou suscita muitas controvérsias, o que é de fundamental importância para os contratos de duração efetiva. É uma questão que ainda está por ser acertada. Acho até que, pelo andamento que a coisa está tomando, aquela corrente majoritária, que acha que não tem que ter tempo nenhum, vai acabar prevalecendo. A jurisprudência, ao longo dos anos, vai se firmar nesse sentido, se bem aquela situação fique a critério de cada juiz. Quer dizer, verificar, exatamente, se naquele caso específico, um ano pode ser duradouro, público, notório etc. seja já factível de se dizer que aque-

la é uma união estável. Ao passo que outro pode achar que não, que um ano é muito pouco, ainda não formou um patrimônio, ainda não tem prole, que é uma das conseqüências naturais da vida em comum, mas não necessária, o casal pode querer não ter filhos, ou então, às vezes, por uma questão da natureza, de formação física de um ou de outro, podem não poder ter filhos.

Então, não é essencial que haja prole, se bem, em tese, seja uma das finalidades precípuas do casamento. A aproximação sexual e espiritual de um homem e de uma mulher é muito mais importante do que a prole daí resultante. Ela poderá não vir, mas isso não quer dizer que o casal não tenha uma afeição íntima e psicológica entre si, para sustentar o casamento. Aliás, já os romanos diziam que o casamento existe ou a união; a gente pode dizer, do casal, enquanto existirem dois fatores primordiais: a *fex sumaritaris* e o *honor matrimonium*, ou seja, aquela afeição de se tratarem como marido e mulher, *maritaris*, vivendo como casados, ou, à época, seria uma espécie de união estável, porque não era regulamentado, o casamento era uma questão de fato, e o *honor matrimonium*, *honor* é honra, a honra de estar casado. Enquanto existir isso na cabeça das pessoas, elas estão casadas. O homem pode estar lá, ajudando, sendo escudo humano na guerra do Iraque, lá, mas está pensando na família, que ele está casado. Poderá até ficar muitos anos fora; a mulher poderá exercer sua profissão, lá na Amazônia, para ser pesquisadora do látex e tal, vai e fica cinco, seis anos lá; mas enquanto existir na cabeça de um e de outro as duas situações, a *fex sumaritaris* e o *honor matrimonium*, eles estão casados.

Ao definir a união estável, a legislação atual não diz que o casal deve morar sob o mesmo teto. E o Código Civil seguiu essa linha também para o casamento, dizendo que o casal poderá, um dos dois, se ausentar do lar conjugal, para exercício de atividade profissional, estudo, qualquer outra situação, logicamente a bem da família, o que não descaracteriza o casamento. A mesma coisa com a união estável. Nem poderia o legislador abrir mão da convivência *mori opsoria*, ou seja, sob o mesmo teto, entre homem e mulher e na união estável, e não abrir mão para o casamento.

Então, na realidade, o tratamento foi igual nos dois casos. Essa nova forma de concepção do casamento, da união estável e da família mo-

noparental acabou com aquela idéia do que seria bem uma família nuclear, porque se dizia que a família nuclear era formada, exatamente, pelo casamento. Hoje já não é mais. Família nuclear é a união, é a ligação entre os pais e seus filhos, sem que, necessariamente, seja obrigatória a convalidação das núpcias, do casamento em si.

O novo Código é mais enxuto nessas questões familiares, porque, em primeiro lugar, ele afasta a questão processual; não trata de questão processual, coisa que o Código antigo tratava. Ele deixa por conta de um instrumento específico – o Código de Processo Civil – para tratar das questões processuais. Ele é mais conciso, trata das questões civis e não mistura questões processuais, como fazia a Código anterior. Fora essa grande inovação trazida pelo Código atual, ele também foi dividido de uma forma diferente em relação ao Código de 1916.

Vou passar aos senhores minhas anotações. No Código de 1916, essa questão da divisão de um instituto, da subdivisão etc. é de fundamental importância para a decisão de questões judiciais, porque um dos critérios de interpretação, de hermenêutica, é justamente o critério que é estabelecido em função da sistemática adotada.

Pelo procedimento sistemático, vai se ver aquele artigo que está sendo invocado. Em que sessão está? E aquela sessão, em que capítulo está? E aquele capítulo, em que livro está? E aquele livro, em que parte do Código está? Comecei de baixo e subi. Poderia ter começado de cima para baixo. Na parte geral ou na parte especial? Neste título ou noutro? No capítulo tal ou no capítulo assim? Na sessão disso ou daquilo, ou no artigo tal? Daí vêm as outras subdivisões, os parágrafos, os incisos, as alíneas etc. Tudo isso tem fundamental importância para que se possa aferir, com bastante clareza, qual é a natureza daquele instituto que se quer discutir. Por isso é muito difícil dizer se o meu direito é amparado pelo art. 1.528, do CC. Em tese, sim. Mas é preciso ver se esse artigo analisado isoladamente, no contexto geral da situação em que ele está inserido, tem realmente aquela mesma conotação que a pessoa está achando que tem. Por isso, essa forma de interpretação sistemática é muito importante.

O Código de 1916 tinha seis títulos; o Título 1 tratava do casamento e as suas subdivisões; o Título 2, dos efeitos jurídicos daí decorrentes, direi-

tos e deveres do homem e da mulher, separados em dois capítulos, porque o homem tinha muito mais direitos do que a mulher, em relação à vida do casal; a mulher casada sempre teve muita restrição, o que só melhorou um pouco, mas não igualou, a partir de 1962, com a Lei 4.121, que foi o Estatuto da Mulher Casada.

A partir daquele momento houve uma revolução no mundo todo, quando os movimentos das mulheres equipararam os direitos em relação aos homens. Na realidade, isso era uma coisa até absurda que possa ter acontecido, porque nunca deveria ter sido imaginado que havia uma submissão da mulher casada em relação ao marido. Quando se fala na questão da supremacia do homem sobre a mulher até então, estamos falando da mulher casada e não na condição de mulher propriamente dita. Nunca houve uma discriminação maior.

Em relação à questão jurídica, a mulher sempre teve uma situação jurídica inferiorizada ao homem. A partir de 1962, com esse movimento no mundo todo, principalmente com a Lei 4.121, as mulheres passaram a ter um tratamento mais humano sem, contudo, resolver totalmente a questão. Hoje, juridicamente falando, a situação está no mais pleno grau de igualdade. A Constituição Federal determina, o Código Civil consagrou e as leis posteriores seguiram a mesma linha da Constituição, tanto a 8.971, de 1994, como a 9.278, de 1996, no tratamento de igualdade entre homem e mulher dentro do casamento ou da união estável, no mesmo pé de igualdade; ambos são responsáveis pela economia doméstica, pela subsistência da família, pela guarda, educação e criação dos filhos. Quando os dois discutem, se houver divergência, não prevalece mais a vontade do homem em relação à mulher, como dizia o Código anterior, segundo o qual a mulher era colaboradora do chefe da família, que era o homem. Isso estava no art. 235 do Código de 1916, dizendo que o homem era o chefe da sociedade conjugal, direitos e deveres do homem. Ao passo que, no capítulo de direitos e deveres da mulher, no art. 240, dizia-se que a mulher era colaboradora do homem. Na realidade, isso acabou de todas as formas; essa plena igualdade traz uma certa tranqüilidade para o mercado, para as questões imobiliárias, contratuais etc.

Até então, havia muita dúvida sobre de que maneira resolver alguma questão, quando a mulher não trazia ali uma autorização do marido para celebrar um determinado contrato. Isso no plano jurídico. No plano práti-

co, a questão ainda não está pacificada. Existem muitas situações, principalmente, em lojas de crediário, em que a mulher vai comprar alguma coisa, e a balconista lhe diz: olha, a senhora leva isto para o seu marido assinar aqui. Agora, o Código Civil é bem peremptório, mas isso já vem desde a Constituição, que permite que qualquer um dos cônjuges compre livremente qualquer coisa para utilidade doméstica, ainda que seja fazendo empréstimos para isso. A plena igualdade constitucional já está consagrada no § 3º, do art. 226, da Constituição.

Mas, na realidade, o preconceito social ainda existe em relação à mulher. A mesma coisa acontece com a questão da adoção do nome no casamento. Antigamente, na época em que a mulher casada ficava mais submissa aos direitos do homem, ela era obrigada a assumir o nome do marido; ficava com o nome paterno e excluía o sobrenome materno. Depois, a Lei do Divórcio acabou com essa obrigatoriedade e deixou uma opção para a mulher. Com o casamento, a mulher poderá, portanto, não deverá obrigatoriamente, acrescer aos seus o sobrenome, o patronímico da família do marido. Bem, já melhorou a situação.

Depois, a Constituição de 1988, ao igualar o homem à mulher, veio permitir também, embora não estivesse escrito, mas no espírito da igualdade, prevalece que também o homem pode acrescer aos seus o sobrenome da mulher, o sobrenome paterno da mulher, uma vez que é a linha masculina que designa, no Direito brasileiro, e geralmente no mundo todo.

No início, os cartórios se recusavam a atender essa determinação constitucional da plena igualdade, dizendo que não era um artigo auto-aplicável da Constituição, que havia necessidade de regulamentação e por isso não eram obrigados a aceitar. Os tribunais é que acabaram sedimentando e formando uma jurisprudência, permitindo que o homem acrescesse aos seus nomes, o sobrenome paterno da mulher.

Agora, o Código Civil veio complementar isso: qualquer um dos dois. Mas nem seria preciso, uma vez que, de 1988 para cá, isso já era uma regra. É o que eu digo: uma coisa é a letra da lei, outra coisa é a ordem das coisas, no mundo prático. Há ainda, em relação à mulher casada, algumas divergências bastante delicadas com que só o tempo e a formação de novas gerações vão acabar.

Tratava do casamento, do regime de bens entre os cônjuges, dissolução de sociedade conjugal e da proteção à pessoa dos filhos, relações de parentesco e tutela, curatela e ausência. Essa era a divisão do Código Civil de 1916, que foi redistribuída no Código atual.

O Código atual se preocupou, fundamentalmente, com a questão subjetiva e com a questão objetiva. Questão subjetiva, relações entre as pessoas vêm no primeiro Título, do direito pessoal, dividido em dois subtítulos, um do casamento e dois do parentesco. Depois, nas relações objetivas, vem o segundo Título, direito patrimonial, com vários subtítulos: regime de bens, usufruto e administração dos bens dos filhos menores, alimentos e bem de família, que é uma inovação trazida pelo novo Código na área do direito de família e que o Código anterior tratava na parte geral, a partir do art. 70.

O novo Código traz o bem de família, e existe também aquela outra Lei 8.009, de 1990, que trata da impenhorabilidade do bem de família e acaba até criando alguma situação que a jurisprudência também vai ter que dirimir com o tempo.

Depois, o Título 3 trata da união estável; o Título 4, da tutela e curatela. Diminuíram, portanto, dois títulos e a questão foi mais bem disciplinada, a questão da taxonomia ficou mais bem esclarecida no segundo Código do que no primeiro. Ele é mais concentrado e trata dessas questões que, ou são pessoais, portanto tratadas no Título 1, ou são patrimoniais, objetivas, portanto, tratadas no Título 2.

Quanto a essa relação de divisão dos assuntos da matéria, o segundo Código é mais condensado, é mais prático e mais útil; fica mais fácil interpretar a verdadeira natureza daquilo que se quer discutir com essa divisão proposta pelo segundo Código.

Estão no título que trata das relações pessoais ou no título que trata das relações patrimoniais, respectivamente, as questões subjetivas e questões objetivas. Fica muito melhor para se fazer uma interpretação, a hermenêutica da coisa fica mais fácil de se definir. Aplausos ao legislador, nessa questão da taxonomia, da divisão dos assuntos no Código.

No entanto, há algumas coisas no Código que ficaram um pouco confusas. Por exemplo, a questão da união estável. É bom lembrar que esse Código tramitou quase 30 anos. O primeiro anteprojeto é de 1972. De-

pois, veio o segundo anteprojeto, de 1974, e aí o projeto 634B, de 1975. Depois, ele foi encaminhado para o Congresso Nacional, para o Senado, e lá tomou outro nome e continuou tramitando durante muitos e muitos anos. Depois, o Código tratou melhor a questão e surgiu a união estável. Ele não contemplava, originariamente, a união estável. Como a Constituição inseriu a união estável no ordenamento jurídico maior, o Código Civil teve que tratar da união estável. Então, simplesmente foi colocado um título no novo Código Civil, que é o Título 3, com o nome de união estável. Ele tem cinco artigos e mais nada.

Na minha opinião, não se deveria colocar esse título, ou então, não se deveria tratar de tudo sobre a união estável nesse título. Por que, na realidade, o que acabou acontecendo? A união estável é diluída em todo o Código Civil, seja na Parte Geral, seja na Parte Especial, no Livro das Coisas, no direito comercial, empresarial, seja no Livro do Direito das Obrigações, da Família ou das Sucessões, está ali o espírito da união estável. Toda vez que se fala de marido e a mulher, do homem e a mulher, está se falando implícita e analogicamente dos companheiros ou dos conviventes de uma união estável. São os dois nomes como é conhecida a união estável: convivente ou companheiro.

Aliás, companheiro é expressão trazida do direito do trabalho. Houve um juiz do trabalho, aqui de São Paulo, Antonio Lamarca, que aqui criou essa expressão, nos anos de 1960. Companheira, porque naquela altura sempre se reivindicava alguma coisa em relação ao marido falecido, ao homem com quem a mulher vivia, em relação à empresa; então ele criou esse nome. Tanto faz uma coisa como outra, mas o Código Civil adota a expressão *companheiros*.

De qualquer maneira, o Título 3, da Parte Especial do Livro de direito de família, não está muito bem colocado, porque ele trata de pouca coisa, ao passo que todo o resto é tratado no corpo do Código, diluído entre as matérias de um modo geral. Por isso, melhor seria que nem tivesse sido tratado, apenas tivesse sido dito, logo no início, que a família se forma ou pelo casamento ou pela união estável, ou pela família monoparental, a reunião de um pai com os seus filhos, como diz a Constituição. E daí em diante, tudo se trataria, quando se fala entre um homem e uma mulher, porque já está se falando de casados ou de união estável.

Essa divisão que o novo Código trouxe é uma divisão equânime, juridicamente falando, mais bem aplicável. Já falei que o Código, seguindo a Constituição, trata da plena igualdade entre homem e mulher, seja no casamento, seja na união estável; ele trata da plena igualdade entre filhos de qualquer origem que seja, inclusive dos adotivos; não há discriminação absolutamente nenhuma. Mas há aspectos que foram modificados pelo Código numa ou noutra situação, num ou noutro capítulo ou título.

Primeiramente, vamos falar do direito pessoal, do Título I do novo Código, sobre a questão do parentesco. O novo Código traz a ligação dos conviventes, ou companheiros, na união estável, com a questão do parentesco.

Hoje, quem vive em união estável também será parente dos parentes do outro que vive em união estável. O grau de afinidade, o vínculo que liga os parentes de alguém que é casado com os parentes do outro é aplicado também para as questões da união estável. O Código é expresso em dizer que há esse vínculo entre as pessoas casadas ou entre os companheiros da união estável. Isso veio eliminar uma questão muito discutida antigamente: um homem que vivia com uma mulher, que tivesse uma filha de um outro casamento ou sem casamento, com a morte da companheira, o homem poderia se casar com a filha dela, a moça, sua “enteada”?

Pela lei da natureza, não deveria; mas a lei não proibia. A lei civil não proibia. Hoje, proíbe. Porque, o vínculo da afinidade estabelece que a afinidade na linha reta não se dissolve com a dissolução do casamento ou da união estável que a originou. Portanto, a filha daquela mulher, será considerada enteada, filha do ex-companheiro da mãe, graças ao vínculo da afinidade. Quer dizer, o Código veio resolver uma situação insolúvel até então, porque havia muitos interesses, inclusive sucessórios nisso, dificultando assim sob que ponto de vista poder-se-ia analisar essa questão. A questão do parentesco foi acertada nas dúvidas que poderiam surgir.

Outro aspecto a abordar é o regime de bens. Na passagem do Direito Romano para a Idade Média, ele acabou sendo usado para evitar a divisão de patrimônios, de feudos etc. Por isso, criou-se essa forma de reter a riqueza, a propriedade, totalmente contrária à idéia atual da função social da propriedade.

É um assunto que vem há muitos anos sendo discutido; já estava no Estatuto da Terra, que é de 1964, e agora, a Constituição consagra como um direito, um princípio fundamental, na ordem econômica do país. A propriedade tem que exercer uma função social; portanto, não pode ficar retida na mão de poucas pessoas, porque, em tese, a propriedade pertence ao Estado, que era o princípio até do socialismo, e isso foi consagrado em 1917, na Rússia, com a Revolução Bolchevique, e depois, nas Repúblicas Socialistas Soviéticas, até 1936, quando acabou mudando de concepção. De qualquer maneira, o regime total segurava os bens. Isso nunca foi utilizado no Brasil. Acabou caindo; e em lugar dessa questão do regime total, veio a participação, o regime de participação final nos aqüestos, o que, na realidade, não tem muita razão de ser. Ele é apenas complemento a uma coisa que poderia ser resolvida sem esse regime.

Mas, como há uma regra de que não existem coisas inúteis na lei, nem palavras, nem institutos, então, vamos seguir pelo lado otimista, já que o Código é recente, é novo, e ainda vai ser bastante discutido e aplicado; vamos dizer que pode ser que o legislador tenha tido razão em criar esse novo regime de participação final nos aqüestos. Por quê? Porque ele é o mesmo regime da comunhão parcial; só que ele determina, a partir do terceiro artigo, o que fazer com os bens depois que a sociedade conjugal acaba ou a união estável acaba se dissolvendo; dissolvendo-se seja pela morte de um deles, seja pela dissolução, pela resilição unilateral ou bilateral. Ou seja, um abandona o outro ou ambos combinam em se separar amigavelmente, resiliam aquela situação de vida em comum.

Nesse caso aplicam-se as regras desse regime da participação final nos aqüestos. Quer dizer, pode ser adotado pelo casal mediante uma escritura pública do pacto antenupcial, porque o regime, no silêncio das partes, é o da comunhão parcial. Então, tanto a comunhão universal como o final dos aqüestos ou a convencional separação absoluta dos bens, têm que ser feitos mediante pacto antenupcial.

O regime da separação continua exatamente igual como era anteriormente. Há dois tipos de separação, a separação convencional, segundo a qual as pessoas decidem entre si que querem só ter uma relação espiritual e física e não patrimonial, por isso cada um conserva aquilo que tinha e o que vai adquirir depois com o produto do que já tinham; ou então a

separação obrigatória, que a lei determina para as pessoas que se casaram sem autorização dos pais ou responsáveis, ou então, depois de uma certa idade.

No Código anterior, um homem com mais de 60 anos era obrigado a se casar pelo regime da separação obrigatória, e a mulher, acima dos 50, também. Isso criava muita dificuldade. Hoje está tudo igualado nos 60 anos. Mas, seja com 40, 50, 80 anos, isso é inconstitucional, totalmente inconstitucional. Ninguém pode interferir na vida das pessoas, para dizer que essa ou aquela mulher é psicologicamente fragilizada, precisa de uma proteção para não se casar com esse rapaz de 25 anos, porque ele só quer o dinheiro dela. Ou, então, que esse homem é fragilizado intelectual ou psicologicamente; tem que ser protegido pela lei para não casar com aquela mocinha de 20 anos, porque ela só quer o dinheiro dele. Isso não precisa, está na lei; isso é uma questão da natureza das coisas. Se a pessoa quiser ter seu patrimônio usufruído por outra pessoa, é problema dela. A plena igualdade constitucional entre homem e mulher, na minha opinião, determina que esse artigo é inconstitucional; tenho quase certeza que, com o tempo, essa questão vai acabar sendo, evidentemente, trazida para os tribunais e decretada, depois de muitas decisões pelo STF, como uma situação inconstitucional.

Quanto à transmissibilidade da obrigação dos alimentos, houve uma modificação na lei atual em relação ao Código anterior. O art. 402 do Código de 1916 dizia que o direito a alimentos não é transmissível aos sucessores de uma pessoa obrigada a alimentar. Se o alimentante morresse, extinguir-se-ia a obrigação de alimentar, que era personalíssima. Havia uma relação entre o alimentante e o alimentado determinada pela lei: o alimentante tinha que pagar a pensão alimentícia para aquela pessoa, porque houve um fato entre eles, marido e mulher, ou irmão e irmã, ou pai e filho. E não passava dessas pessoas.

Na questão da consangüinidade, na linha reta, o avô poderia pedir dos netos, se o filho que o sustentava morresse. Mas não passava automaticamente. Agora, não. Inicialmente, a Lei do Divórcio, no art. 23, trouxe essa disposição. A obrigação de alimentos passa do devedor para seus sucessores.

Criou-se uma perplexidade, naquela altura, porque muitas situações, talvez injustas, poderiam acontecer. Suponhamos que os sucessores do

alimentante fossem filhos dele, mas filhos de um segundo casamento e não da pessoa que ela vinha alimentando. Ora, o que os filhos de um segundo casamento tinham que pagar alimentos para a primeira esposa do seu pai? Seria mais ou menos inconseqüente. E se fosse a segunda esposa, a sucessora? O falecido não tinha filhos nem no primeiro, nem no segundo casamento, portanto, não tinha descendentes nem ascendentes. A ordem da sucessão chegaria no terceiro grau, que era a esposa atual. Ela iria pagar alimento para a antiga esposa do seu marido?

Alguns autores disseram que sim, mas agora tem a lei que determina, da qual se acabou entendendo o seguinte. Quando se diz “de acordo com o que determina o art. 1.796”, que está no direito das sucessões, as dívidas do falecido passam para seus sucessores até as forças da herança. Então, o que ficou entendido? Que se o alimentante devia cinco prestações alimentícias não pagas em vida, depois de morto, aquela dívida poderia ser cobrada dos sucessores até aquele valor, e acabava a relação. Isso parece que ficou certo e foi mais ou menos esse espírito trazido para o Código atual. Passa para os herdeiros sucessores, mas, também, de acordo com aquela relação formada pelas sucessões. É mais ou menos esse o espírito que se deve entender. Porque é um absurdo que sucessores do falecido, alimentante, que nada têm a ver com o alimentado, tenham de continuar pagando essa pensão.

O bem de família, portanto, foi introduzido como novidade no direito de família. Finalmente, no último título, tutela e curatela, substitutos do poder familiar, antigamente chamado de pátrio poder, que agora foi excluído, daí o instituto da ausência. A ausência era o último capítulo desse último título, do antigo Código; ela passou para a parte geral, porque, na realidade, não há motivo para ela estar no direito de família, uma vez que, na ausência, cuida-se dos bens deixados por alguém que sumiu. Ou porque morreu em algum lugar e nunca se achou o corpo, foi raptado, ou porque sofreu um problema de amnésia ou coisa parecida, e não se sabe onde está. Nos bens dessa pessoa, a sucessão de que se trata não tem nada a ver com família. Se bem que, na minha opinião e na de outros autores também, isso deveria estar no direito das sucessões, que trata de sucessão de bens de alguém. Mas entendeu-se colocar a questão da ausência no livro dos direitos da personalidade, logo no começo do Código Civil, na sua parte geral.

Em relação ao Código de Processo Civil, não houve muita alteração, porque o Código Civil, que tratava da ausência, a partir do art. 462, já estava alterado pelo Código de Processo Civil. Então, agora, o que o Código Civil atual fez nada mais foi do que adaptar aquilo que já estava no Código de Processo Civil, quanto aos prazos etc. Então, de um modo geral, acho que quanto à sistemática, às inovações do Código Civil novo, era mais ou menos isso.

Obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Muito obrigado, Dr. Hélio. As questões que envolvem a família, realmente, no novo Código confirmaram situações anteriores. De fato elas terão conseqüências práticas na nossa atividade, sobretudo na nossa atividade de crédito imobiliário. Temos um colega ali que já quer fazer uma primeira questão para o senhor.

Mauro (Datamec) – É uma pergunta de um não-advogado. Gostaria de fazer duas colocações. A primeira delas diz respeito à maioria. Há necessidade de emancipação, se o menor de 18 anos pode ou não contrair um empréstimo imobiliário sem necessidade de o pai anuir? E a outra questão: achei um pouco estranha essa questão da união estável, de não haver a necessidade de um mesmo teto para configurar a união estável. Imagino eu que um casal mantenha um relacionamento amoroso, e vivam em locais distintos: ele na casa dele, ela na casa dela. São bons namorados etc. E não havendo essa necessidade de configurar a união estável numa única residência, onde os dois iriam dividir despesas etc., temo que comecem a surgir ações de namorados ou noivos, imaginando que tiveram ou que têm uma união estável. Como que o senhor vê essa questão?

Hélio Borghi – É, não é só o senhor. Vou começar a responder pela segunda. Não é só o senhor que fica perplexo com isso. Acontece o seguinte. Quando ainda não estava regulamentada a questão como união estável, os tribunais vinham firmando direitos para as pessoas. Eu já tinha dito isso. E o STF estabeleceu uma Súmula, a 382 – não sei se o senhor sabe essa questão de súmulas dos tribunais. Quando vão decidindo de uma mesma forma, para que não haja muita repetição e não se corra o perigo

de ter uma decisão diferente, os tribunais estabelecem princípios a serem observados. Isso é a chamada súmula. A Súm. 382, do STF, dizia o seguinte. Para a caracterização do concubinato, vamos dizer concubinato puro, que, hoje, é a união estável, não é necessário a vida *mori uxoria* – eu já tinha usado essa expressão antes. Ou seja, concubinato é viver exatamente sob o mesmo teto. E foi essa idéia da súmula do STF que o legislador trouxe para dentro do Código Civil. Por que não há necessidade de viver sob o mesmo teto. Não concordo com o legislador e com o Código. Acho que o senhor tem toda razão na sua perplexidade. Pode existir a união estável sem que viva sob o mesmo teto? Por quê? Porque, ao tratar da questão do casamento, diz lá o Código Civil que se entenderá que há perfeita vida e união dos cônjuges etc., se houver fidelidade recíproca, vida em comum no domicílio conjugal, respeito mútuo entre o casal, criação e educação dos filhos etc. São os princípios que regem uma caracterização da perfeita família. Quando ele trata da união estável, ele só fala que, para caracterização da união estável, deverá haver uma vida pública, notória e continuada. Deverá haver lealdade recíproca; não fala em fidelidade como fala para os casados. Mas é a mesma coisa. Isso é questão de semântica. São substituições, palavras que se completam. Lealdade recíproca, respeito e considerações mútuas. E não fala no domicílio conjugal, já que o que a lei deixou em aberto, o senhor não pode exigir. Vai acontecer isso que o senhor está prevendo. Pessoas podem ter a sua vida, como sendo caracterizada por união estável, mesmo um vivendo aqui e o outro vivendo na Penha ou até em outra cidade.

A respeito disso aí, dessa questão, tirando o aspecto irônico que o senhor está colocando, é interessante mostrar que o Código atual também supriu uma questão dúbia, que havia no Código anterior. Ele permitia o casamento por procuração, só que não exigia que fosse procuração pública. Ora, nós sabemos que um documento qualquer pode ser falsificado. Aí, sim, poderia alguém ser casado sem saber, só com a firma reconhecida. Então, alguém fazia uma procuração, como se fosse de uma determinada pessoa, falsificava a assinatura, reconhecia a firma, coisa perfeitamente possível como comprar um passe de metrô. E assim, alguém vai e se casa. Agora, o Código atual corrigiu. Exige-se a escritura pública. A coisa se tornou mais dificultosa.

A primeira pergunta. No novo Código, a maioridade caiu de 21 para 18 anos. Acontece que existem dois tipos de maioridade, a relativa e a absoluta. Pelo Código anterior, as pessoas passavam a ser relativamente maiores aos 18 anos e absoluta e completamente maiores aos 21. Agora, passa-se a ser completamente maior aos 18 e relativamente maior aos 16. Portanto, aos 16 anos, o Código determina: ele pode ser emancipado pelos pais, passa a ser maior, pode ter economia, estabelecer-se com economia própria, pode ter formação de título universitário. Não dizer que é impossível alguém, com 16 anos, ter um título universitário. Pela legislação é. Mas pode existir alguém totalmente superdotado e acabar conseguindo. Isso aí é quase impossível, mas em Direito ou na vida, de um modo geral, não há nada impossível. Uma ou outra situação pode ocorrer e pode acontecer que uma pessoa com 16 anos já tenha plena capacidade civil. Agora, é evidente que para isso não basta mostrar a identidade, falar que tem 16 anos e que já está autorizado pelo Código a assinar um contrato. Muito pelo contrário. Ele vai ter que mostrar um instrumento, o documento pelo qual ele, realmente, adquiriu a plena capacidade civil.

A maioria de todos aqui pertence ou trabalha com agente financeiro, sobretudo na captação de depósito em poupança ou mesmo depósito em conta corrente. Era uma situação comum um menor de 21 anos ter uma conta cujo titular responsável era o pai. A questão que se coloca mais uma vez é: no momento de entrada em vigor do Código Civil, essa pessoa tinha o pai como responsável de sua conta corrente e, ao completar 18 anos, a aplicação da lei é automática, ou seja, ele pode ir de imediato à agência bancária, apresentar sua carteira de identidade e dizer que tem 18 anos e que vai sacar todo o dinheiro que o pai guardou para ele.

Entendo que essa é uma questão de fato, uma questão a ser discutida caso a caso; que, nesse caso, a entidade financeira deve se resguardar. O cliente com 18 anos tem o direito sim, a partir de quando o Código entrou em vigor; ele pode exercer aquilo que só exerceria aos 21. Mas há uma outra pessoa na relação contratual, que era o seu antigo representante legal. Nesse caso, na minha opinião, como gerente da entidade financeira, eu chamaria o pai para que fosse acertada a documentação e as assinaturas etc., e assim poder legalizar a situação.

Guilherme (Caixa Econômica Federal) – Sobre o art. 647, que incluiu a necessidade de outorga para aval, levando em conta a questão da autonomia da vontade típica de institutos do direito cambiário, como é que a gente tem que analisar a ausência de outorga numa concessão de aval? Quais seriam os reflexos jurídicos?

Hélio Borghi – É o art. 1.647 que diz respeito a regime de bens, ressalvado o disposto no art. 1.648, que diz: nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime de separação absoluta, alienar ou gravar de ônus reais os bens imóveis.

Essa é outra alteração. Pelo Código anterior, mesmo no regime de separação absoluta, havia a necessidade de outorga, uxória ou marital, para a venda de bens imóveis. Agora não: no regime de separação absoluta pode haver a alienação sem a outorga.

Guilherme – Quais seriam os efeitos jurídicos, quer dizer, a condição de existência, de validade, no caso, para o aval, que – pelo menos era um instituto de direito cambiário – você tem a questão da autonomia da vontade? Agora que você tem a exigência da outorga, a falta dessa outorga acarreta o quê?

Hélio Borghi – Acarreta a nulidade do ato. O que pode é o seguinte. Se a pessoa, o outro cônjuge, se negar a fornecer o aval, pode pedir o suprimento judicial, que é a regra geral que o Código determina quando um dos cônjuges, ou dos conviventes em união estável, se nega. Mas a lei é peremptória. Nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, salvo no regime de separação absoluta. Nos outros regimes, não pode prestar fiança ou aval. Se prestou fiança ou aval sem a autorização do outro, o ato é nulo.

Participante – Mas a questão colocada é que o agente financeiro desconhece a união estável. Então, aparece um devedor – normalmente no caso de união estável entre solteiros que apenas estão vivendo juntos, que não se declaram em união estável, solteiros, portanto; é numa situação dessa que ocorre. Vai obter um empréstimo ou alguma coisa e tem o título

de crédito segundo o qual ele presta o aval. O senhor vê ainda a possibilidade de, nesse caso, a pessoa que tem convívio em união estável poder anular essa obrigação?

Hélio Borghi – Não, nesse caso, não. A lei se refere a cônjuges. Quando ela estabelece a analogia com a união estável, ela sempre diz cônjuges ou companheiros. Aqui, o Código Civil é bem peremptório: nenhum dos cônjuges pode, porque, para o regime da união estável é estipulado; antigamente era condomínio, agora é o da comunhão parcial, mas isso tem que ser estabelecido num documento. Portanto, se não houver a declaração da pessoa que não é casada e não houver nenhuma outra ligação com pessoas, o senhor tem razão, é estabelecido o princípio da boa fé. Qualquer situação que possa ocorrer no futuro, a pessoa vai ter que responder pela falsidade em que incorreu quando declarou.

Participante – Num contrato imobiliário, o senhor acha que é uma boa providência, como alguns agentes financeiros estão fazendo, na hora de se qualificarem as partes, mesmo que uma delas se qualifique como solteiro, seja vendedor ou comprador – ambas as situações servem para o que eu quero colocar –, alguns agentes financeiros solicitam que ela faça uma declaração, à parte ou no próprio contrato, de que ela tem ou não tem união estável. Se declarar ter união estável, fazer com que ela compareça, ou adquirindo e anuindo na aquisição, ou anuindo na venda, porque seria uma diminuição de patrimônio. O senhor acha que isso seria uma boa providência?

Hélio Borghi – Acho que deveria fazer parte das cláusulas do contrato. Normalmente, esses contratos são contratos de adesão, então que se coloque uma cláusula ou parágrafo num artigo, onde caiba, estipulando isso simplesmente. Sob as penas da lei, a pessoa é obrigada a declarar ou então declarar que não tem uma relação qualquer, pelo que será responsabilizado, sob as penas da lei, no caso de uma ação qualquer.

Participante – Prof. Hélio, eu pediria que o senhor comentasse um pouquinho, ainda no âmbito da união estável, o art. 1.790, que diz respeito ao direito das sucessões.

Hélio Borghi – Ele estabelece de que forma se deve fazer a sucessão na união estável. Estabelece mais ou menos a mesma relação que existe entre o cônjuge e a sucessão do cônjuge no casamento. Vai permitir que, na união estável, com o falecimento de um ou outro, a companheira ou companheiro – aqui é que eu digo: quando o Código quer fazer uma distinção, ele usa o nome certo – a companheira ou companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente, na vigência da sociedade conjugal nas condições seguintes. E vêm as estipulações. Pode haver filhos comuns ou só do falecido. Se forem filhos comuns dos que viviam em união estável, o companheiro ou companheira sobrevivente terá direito a uma cota equivalente à mesma dos filhos. Por exemplo: se havia dois filhos, vai dividir a herança em três. Sim, estamos falando da sucessão do que morreu. Divide pela metade. O patrimônio era de 1 milhão? Em 500 mil não se mexe, é daquela pessoa. Agora, na sucessão, na parte que vai ser feita a herança, a sucessão, é diferente: se ela concorrer com os filhos dela mesma, ela terá a mesma parte; se forem três filhos, ela terá uma quarta parte de cada um; se forem dois filhos, ela terá um terço de cada um; se for um filho só, terá metade cada um, ela terá a metade dela já e a outra metade da metade. Agora, se for filho só do companheiro falecido ou da companheira falecida, o sobrevivente terá a metade do que couber a cada um daqueles filhos. É preciso, então, fazer aquele sistema de pesos. Porque ela vai ter que ter a metade. Se tinham só dois filhos, será necessário dividir por quatro e não dividir por dois. Divide-se por quatro; depois cada filho tem aquilo vezes dois; e ela vai ter só aquilo. Se ela concorrer com outros parentes sucessíveis do falecido, porque ele não tinha filhos, nesse caso, ela vai ter direito a um terço da herança. Não importa quem são os outros parentes. Pode ser o irmão ou os pais do falecido. E se não houver parente nenhum sucessível, ela fica com a totalidade, a metade já dela por direito e mais a outra metade, porque não apareceu nenhum parente.

Participante – Professor, há mais duas perguntas. Uma é do Carlos Pereira, da Economisa. Acredito que a resposta já esteja efetivada, mas vou fazer a pergunta. É válido um contrato de financiamento com garantia hipotecária, firmado somente por um dos cônjuges? Poderá haver algum questionamento do outro cônjuge?

Hélio Borghi – Só se for pelo regime da separação absoluta de bens. Absoluta. Se for a separação obrigatória, também precisa. No da comunhão universal e da comunhão parcial, precisa. Agora, na participação final nos aqüestos também precisa.

Participante – A outra questão, professor, é se o menor de 17 anos se torna apto à prática dos atos da vida civil?

Hélio Borghi – Existe um período de consolidação, em que a pessoa fica provisória. Na minha opinião, se ocorresse um caso desse, eu ainda exigiria a presença do responsável legal pelo menor, porque, se ele estiver naquele período de experiência, o fato de ter assinada a carteira não quer dizer que ele já esteja plenamente garantido no emprego. Por uma cautela maior, acho que se deveria pedir a presença do representante legal, porque, nesse caso, o jovem ainda é relativamente só capaz.

Naquele período de experiência, no entanto – vamos chamar assim – , se for comprovado que ele já passou desse período, então ele pode praticar normalmente porque será considerado emancipado.

Carlos Queiroz (Banco Sudameris) – Queria voltar à questão da anuência do cônjuge à prestação de aval ou de fiança. Qual o patrimônio que será afetado no caso de mera anuência? Só o patrimônio do avalista ou fiador, ou será afetado também o patrimônio do cônjuge, o comum deles?

Hélio Borghi – O comum. Exatamente naquela parte em que eles são condôminos, é metade cada um. A metade do outro que participa do aval. Agora, se eles forem casados pelo regime da comunhão parcial, os bens anteriores ao casamento ou à união estável de quem só avalizou ou prestou a fiança, esses bens não serão compreendidos. Só os aqüestos. Nesse caso, chamam-se aqüestos aqueles bens de dentro do casamento ou da união.

Oriana (Larcky) – Só uma curiosidade. Se não me falha a memória, o senhor falou que o vínculo de parentesco se estenderia também ao convivente na união estável?

Hélio Borghi – Sim, está na lei. Isso é uma novidade.

Oriana – Mas, porque eu vejo o art. 1.595, que fala a respeito disso, do vínculo de afinidade, relacionado especificamente ao cônjuge. O senhor poderia declinar em que artigo existe essa referência do vínculo de parentesco na união estável?

Hélio Borghi – No art. 1.595 tem o companheiro escrito aí. Cada cônjuge ou companheiro é aliado aos parentes do outro pelo vínculo da afinidade.

Oriana – Na minha versão do Código faltou o companheiro.

Hélio Borghi – Então, depois de cônjuge, escreva, por favor, ou companheiro. O verbo ser, aqui o é. Esse é o problema. É que foi tão emendado o projeto anterior cada vez que surgia uma situação nova, principalmente com a união estável, que há algumas publicações que não estão completas. Eu até recomendo para quem tiver interesse, evidentemente, que procure no *site* da OAB e vão encontrar nele a lei publicada, que é a que eu tenho. Prefiro esta versão tirada do original da lei do que os Códigos aí comprados, porque, às vezes, por problemas de impressão, pode haver alguma falha.

Mas, também é estendido ao companheiro.

Nosso colega Pereira diz que no nosso *site* da Abecip também temos a lei na forma como foi publicada.

Acho que é interessante que tenham isso à mão. Facilita muito em vez dos exemplares com falhas.

Participante – De acordo com o novo Código Civil, os ébrios habituais ou viciados em tóxicos são relativamente incapazes. Então, o reconhecimento deverá ser definido por via judicial ou não? Qual é sua opinião?

Hélio Borghi – Exatamente. Existe um processo para decretar a incapacidade das pessoas por causas assim, ou adquiridas ou naturais, como o surdo-mudo que não tenha habilitação. Hoje em dia é muito difícil um

surdo-mudo não ter capacidade de se comunicar, mas sei lá, no rincão, no interiorzão de Tocantins pode haver essa dificuldade. Seja qual for a causa pela qual aquela pessoa é considerada relativamente incapaz, deve haver uma decisão judicial. A questão é levada a juízo; o juiz interroga a pessoa. No processo de interdição, a lei assim determina. Há um acompanhamento clínico, depois do qual o juiz decreta os limites da interdição. Nesse caso, tem que haver uma sentença mostrando que aquela pessoa é relativamente ou absolutamente incapaz.

Maria Emília (Bradesco) – Professor, eu gostaria de fazer uma pergunta. O senhor começou a falar alguma coisa, mas parece que não foi em frente, com relação a pessoas do mesmo sexo. O Código não estabeleceu nenhuma garantia especial, não colocou no direito de família, não cobriu nenhum direito em relação às uniões estáveis das pessoas do mesmo sexo. Na verdade, são duas perguntas em uma. Está no campo obrigacional, e essas sociedades são ainda regidas no direito obrigacional como era antes o concubinato? A outra pergunta é: os agentes financeiros devem tomar alguma cautela, não há nenhuma cobertura, nenhuma necessidade de anuência dessas pessoas, não há nenhuma regulamentação?

Hélio Borghi – Não, regulamentação não há. Há o Projeto 1.151, de 1995, da então Deputada Federal Marta Suplicy, no sentido de união de pessoas do mesmo sexo. Posteriormente, esse projeto foi alterado, e o relator, o Dep. Roberto Jefferson, do Rio de Janeiro, mudou essa palavra “união” para parceria. Então, hoje, o projeto ainda está tramitando. O que esse projeto pretende ou prevê é que as pessoas que vivem nessa situação tenham alguns direitos na área civil, possam celebrar contratos mutuamente, possam ser dependentes na Previdência Social um do outro, se bem que, nesse aspecto, já está formando jurisprudência criada até pelo presidente do STF, Min. Marco Aurélio de Mello. O próprio INSS já tem uma resolução que não pode discutir a questão. O projeto prevê exatamente isso, formação de contratos, Previdência Social, seguro de vida, beneficiário de seguro de vida, declarado como dependente, no imposto de renda, tudo aquilo que tem em relação aos cônjuges. Mas tem o seguinte. Tudo o que

se pretende são coisas relacionadas ao direito das obrigações, e não ao direito de família. Por isso, o legislador do Código ainda não se sentiu, digamos assim, suficientemente esclarecido, para dispor a união estável, na área do direito de família. Pela própria concepção de casamento e de união estável que existe na Constituição, não se pode encarar a união de pessoas do mesmo sexo como sendo questão de família. A Constituição diz casamento entre homem e mulher, união estável entre homem e mulher. Para se entender a união entre pessoas do mesmo sexo como sendo de área do direito de família, tem que mudar a Constituição, fazer uma emenda constitucional. Portanto, vai ser sempre tratado na área do direito das obrigações. E nesse caso, não é necessária a anuência do outro – foi uma parte da sua pergunta também num contrato. Só um vai poder fazer o contrato. Isso é muito discutido na questão da adoção. Quem vive união estável poderia adotar uma criança e tal. Só um deles pode, bem entendido, porque, no caso da adoção, o Código Civil determina: ninguém pode ser adotado por duas pessoas que não sejam marido e mulher. E na união estável se estabelece companheiros de uma união estável. Porém, pessoas do mesmo sexo não podem. Só um deles poderia adotar. O outro não pode. Os dois masculinos ou os dois femininos não podem adotar uma criança. Então, é a mesma coisa na questão dos contratos.

A guarda é uma coisa e a adoção é outra. A guarda é um precedente da adoção. Depois que a guarda é acompanhada por assistentes sociais e tal e se verificar que há perfeita compatibilidade entre aquela criança e quem detém a guarda é que o juiz defere a adoção. Até pode ser que, nesse caso, essa pessoa vai fazer a adoção da criança. É o Chicão, não é o Chicão? Muito bem. Só que a mãe da criança não está viva. Não existe mais. Essa que era a companheira da mãe do Chicão poderá não ser. Poderia ser outra pessoa. Nós não estamos falando na vigência daquela união, daquela parceria entre as pessoas, porque uma das pessoas já morreu. Tá certo?

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Olha, o senhor vê que, de fato, o assunto é extremamente importante, intrigante e desperta a atenção de todos. Mas, infelizmente, nosso tempo já se esgotou. Se houver mais questões, por favor, me encaminhem e, se o senhor me permitir, faço chegar às suas mãos.

Mais uma vez quero agradecer sua presença, agradecer suas lições, que esclareceram muito ao nosso pessoal; são coisas novas e antigas trazidas pelo Código

Para registrar sua passagem, a Abecip quer homenageá-lo com uma singela lembrança. Muito obrigado, professor!

Hélio Borghi – Obrigado! Eu que agradeço.

HABITAÇÃO POPULAR E O ACESSO AO MERCADO FORMAL

Expositor: **DR. JOSÉ CARLOS DE FREITAS**

Coordenador: Carlos Eduardo Duarte Fleury

Debatedores: Osvaldo Correa Fonseca

Dia: 04.04.2003 (sexta-feira)

Hora: 16h

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Vamos para a última exposição deste seminário com o Dr. José Carlos de Freitas, que tratará sobre habitação popular e acesso ao mercado formal.

Um breve relato sobre o currículo do Dr. José Carlos de Freitas. Ele é Promotor de Justiça, no Estado de São Paulo, é o 1º Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo da capital, desde setembro de 1997; coordenou o Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo, do Estado de São Paulo, Caurb, de março de 1998 a fevereiro de 2003; é Assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente; Professor Convidado do Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos, do Centro de Estudo de Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo; e tem diversos textos publicados em revistas especializadas.

Vou passar a palavra ao nosso último palestrante do dia e deste seminário, que tem se mostrado bastante interessante e trazido excelentes lições para nós.

Professor, aproveito para agradecer sua presença junto aos agentes financeiros, discorrendo sobre matéria difícil até para agente financeiro privado, que capta recursos e que necessita ter retorno. Trata-se de matéria extremamente complexa e difícil, porém fundamental, do ponto de vista social, para que as nossas populações possam ter acesso digno a uma residência.

Mais uma vez agradeço sua participação e, de imediato, lhe transfiro a palavra.

José Carlos de Freitas – Muito obrigado, Fleury! Me permita essa informalidade.

Peço, também, que nos tratemos com essa informalidade, apesar de eu estar aqui trajado com uniforme de Promotor de Justiça. Para mim é um desafio falar com um público tão selecionado, seletivo, que lida com questões voltadas para o mercado dos bancos. Achei que fosse um pouquinho fácil tratar do assunto com pessoas que pertencem ao ramo bancário, porque eu fui advogado de um grande banco, aqui em São Paulo. Iniciei minha vida profissional como estagiário, depois advoguei um período e em seguida ingressei no Ministério Público. Então, tenho um conhecimento mínimo. Já faz mais ou menos uns 15 anos que eu não lido com a matéria de contratos bancários, por isso imaginei que fosse um pouco fácil esse desafio; mas verificando o tema desenvolvido aqui, aos olhos do próprio Código Civil, minha missão hoje é tentar fazer uma exposição a respeito desse tema importante que diz respeito à habitação popular e ao acesso ao mercado formal.

Inicialmente quero agradecer ao convite que me foi formulado. Imagino que há pessoas com uma grandeza intelectual até superior para fazer esse tipo de exposição aqui. Fui escolhido entre pessoas com um gabarito maior. Vou procurar não decepcioná-los.

Na leitura que o Fleury fez do currículo, meu trabalho se desenvolve perante um tema atual e muito preocupante, que diz respeito à habitação e urbanismo. Recentemente, ingressei num outro órgão dentro do Ministério Público, que lida com questões ambientais. Desde 1992, meu trabalho, aqui em São Paulo, era voltado para a habitação, loteamentos clandestinos, favelas, enfim, para questões urbanísticas das grandes cidades, e agora, recentemente, com o meio ambiente natural. Dessa minha experiência, pude ter uma visão dos problemas do Estado de São Paulo, problemas que se reprisam nas demais unidades da federação. Pude ver o problema seriíssimo da habitação popular e das pessoas, como se o problema também não fosse delas. Esse assunto nos toca de perto a qualquer de nós, de alguma forma. E por que nos toca de perto? Porque, da década de 1940 até hoje, vamos encontrar um crescimento da população urbana jamais visto em alguns países.

Na década de 1940, tínhamos cerca de 31% da população habitando os centros urbanos. O último censo do IBGE aponta que, no neste início

do século XXI, temos um pouco mais de 82% da população habitando as grandes cidades ou as cidades das zonas urbanas. Existe uma pequena controvérsia a respeito dessa análise, desse levantamento do IBGE. Há quem sustente que a pesquisa não foi baseada sobre alguns pontos mais sérios. Por exemplo, há cidades em que a economia gira em torno da agricultura cujas pessoas se dedicam a uma atividade agropecuária e moram num centro qualquer dentro da cidade. O IBGE entendeu denominar esse centro como zona urbana, com características total e praticamente rurais.

Nós pretendemos ficar com esse parâmetro de 82% para indicarmos ou sinalizarmos um problema. Nesse período, nas nove metrópoles brasileiras, agruparam-se 50 milhões de pessoas, durante 50 anos, para um crescimento de 100 milhões de habitantes. Os grandes centros e as cidades não estavam preparadas para acolher esse movimento, essa migração interna. Por isso surgiram problemas dos mais variados. Um deles básico, como é a questão da habitação.

As pessoas vieram e não tinham lugar para habitar. Não se encaixavam num perfil para ascender a um mercado formal de habitação. Não tinham condições de comprar ou terrenos, ou apartamentos, por isso foram se alojando em algum lugar: embaixo das pontes, dos viadutos, em áreas públicas invadidas, em favelas. Os que tinham um poder aquisitivo razoável partiram para a aquisição de terrenos de lotes, nos chamados loteamentos clandestinos, glebas fracionadas e lotes vendidos a preços baixos, atrativos, para pessoas que não tinham condições de ascender ao mercado formal. Criou-se, então, um problema de habitação popular para pessoas cuja faixa de renda não se encaixa num perfil bem visto pelos bancos, notadamente para os bancos privados.

Houve projetos sociais executados, basicamente, pelos bancos públicos. A meu ver, permitam-me, talvez eu esteja cometendo alguma gafe, mas não vejo um percentual significativo dos bancos privados se dedicando a essa questão das habitações sociais. Não é uma crítica, é uma constatação. Hoje, verificamos, por exemplo, em centros urbanos como São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte com cerca de 20% de sua população morando em favelas. Em Salvador e Fortaleza, são 33% dos habitantes que ocupam essas habitações subnormais. E talvez o caso mais

alarmante seja o de Recife com 40% de seus habitantes favelados. Por que esse assunto de acesso ao mercado formal nos afeta diretamente? Porque temos um impacto nas cidades e sofremos com ele. Alguns deles decorrem da conformação física das ocupações. Lembremos o seguinte. Num loteamento clandestino ou numa favela, a abertura das ruas não obedece a largura oficial, por exemplo, 12 a 14 metros, para que possa, por exemplo, transitar um caminhão de lixo, uma viatura de salvamento, ou coisa que valha. São ruas feitas em alguns loteamentos clandestinos com cinco metros de largura, às vezes, nem isso, às vezes, oito. Nas favelas, então, nem se fala que aquilo seja rua; são algumas vielas de acesso dos moradores. Bom, o que isso causa de problemas para o resto da cidade?

Essas ruas estreitas dificultam o acesso de caminhões de lixo e a coleta de lixo é feita de forma precária. As pessoas depositam o lixo na rua; com alguma chuva, esse lixo é carregado para os cursos d'água, vão alimentar nossos rios e córregos, contaminar o lençol freático. É uma questão de saúde pública. Isso nos afeta. Afeta a todos. As concessionárias do serviço de saneamento básico são obrigadas a gastar milhões para que essa água seja tratada e chegue aos nossos lares.

Outro aspecto é a forma de disposição da rede de esgoto. Eles não têm rede de esgoto, que é despejado a céu aberto. Também corre para os rios, para os cursos d'água, vão alimentar os mananciais, exatamente aqueles reservatórios de água que abastecem as grandes cidades. Temos um exemplo clássico aqui na cidade de São Paulo, que são os mananciais das represas Billings e Guarapiranga, com cerca de um milhão e meio de pessoas morando e jogando esgoto *in natura* nesses cursos d'água. São mananciais que abastecem basicamente um terço da população da cidade de São Paulo. Enfim, é uma questão não só de saúde pública, mas também de economia, quer dizer, alguém vai ter que pagar a conta de consumo de água.

Um outro aspecto que pode parecer irrelevante são os recuos dessas casas, quer dizer, são casas construídas no alinhamento das ruas sem um recuo, não há uma distância entre o leito das ruas e a construção, nem recuos laterais, nem de fundos. Por que não há? Porque os lotes já são pequenos, com 100m², 60m². As pessoas constroem em todo o espaço

horizontal. E o que isso causa de problemas para a saúde pública? Sem esses recuos, limita-se, e muito, a circulação do ar, a aeração, a penetração de luz, a insolação das casas. Já existem estudos aqui da região metropolitana indicando uma população, principalmente de crianças, que aumenta nos hospitais, em decorrência de problemas respiratórios. O ar que essas crianças respiram não é saudável, as casas são úmidas. Em decorrência disso, os hospitais acabam ficando superlotados. As demais pessoas também sentem esses reflexos. Pessoas que não têm plano saúde vão recorrer a um hospital público. Alguns reflexos disso vão surtir nos nossos bolsos, uma vez que esses loteamentos, um dia, vão ter que ser regularizados, as favelas vão ter que sofrer uma intervenção, principalmente do poder público, dos municípios, e essas intervenções não se fazem gratuitamente.

Se você não tiver algum programa social nessa tentativa de recuperação auxiliado pelos bancos, os recursos são poucos, as prefeituras vão se valer de outros recursos que existem, como, por exemplo, a arrecadação do IPTU. Mas quem paga essa conta somos todos nós. Por isso, a regularização dessas ocupações subnormais tem um efeito direto na vida e na segurança das pessoas que moram nessas cidades bem como na própria economia da cidade. É o exemplo triste do Rio de Janeiro e de São Paulo em cujas favelas se estabelece a criminalidade, a marginalidade, o tráfico e comércio de drogas.

Nessas localidades com ruas estreitas, onde não passa um viatura policial para fazer o policiamento ostensivo, é lógico que o tráfico vai se estabelecer com mais facilidade. Temos uma violência urbana que se estabelece nesses focos habitacionais e se espriam para o resto da cidade, vitimando pessoas por roubos em pedágios e em vias de grande circulação, principalmente no Rio de Janeiro, onde os traficantes fazem o pedágio, assaltam as pessoas nos túneis. Enfim, há um reflexo para a sociedade. Esse é o panorama que a gente tem que considerar quando vem falar a respeito de habitação popular e o seu acesso ao mercado formal.

E o que é isso? Esse todo, esse discurso tem a ver com o temário desenvolvido pelos senhores neste seminário. O seminário diz respeito ao crédito imobiliário em face do novo Código Civil. Bom, temos um panorama de pessoas que vão habitar lugares insalubres, vão provocar danos para a coletividade e para elas mesmas, e um exército de pessoas morando

nessas localidades. Então, há uma necessidade do quê? De que essas pessoas tenham acesso ao mercado formal. Colocam-se duas alternativas. Ou o poder público constrói casas, novas unidades habitacionais, conjuntos habitacionais, loteamentos populares, de interesse social, ou ele urbaniza esse centros de habitação. Urbanizar de que forma? Ao invés de remover essas famílias, levar a urbanização até elas. Levar obras de infra-estrutura, redes de água, esgoto, iluminação pública, áreas públicas de lazer, praças, áreas verdes. Convenhamos que o lazer dessas pessoas, hoje, nas favelas e nesses loteamentos, se basta a barzinhos dentro. E o lazer dos adolescentes e dos chamados pais de família? Qual é? É jogar sinuca, bilhar numa mesa de um bar, consumir bebidas alcoólicas, onde também os menores se envolvem com um ambiente não muito sadio, por falta de lazer ou por um convite fácil para trabalhar com o tráfico de drogas, com que ganham mais do que no mercado formal, com carteira assinada.

Os urbanistas que lidam com a questão da urbanização dizem, mediante alguns números, que é mais fácil, é menos dispendioso regularizar essas ocupações nesses locais do que construir novas habitações. Se uma habitação popular custa em torno de 20 mil reais, há cálculos no sentido de que a urbanização nessas localidades vai custar, provavelmente, de 10% a 50% desse valor. Quer dizer, em termos de números, é melhor urbanizar, deixar que essas pessoas fiquem onde estão assentadas e lhe sejam oferecidas condições geológicas e ambientais adequadas. Se formos regularizar famílias que moram numa região de mananciais, simplesmente anistiá-las, permitindo que elas morem do jeito que estão, despejando esgoto *in natura* diretamente no curso d'água, o custo dessa regularização, das obras de saneamento básico será, com certeza, muito elevado.

Por vezes, é necessária a remoção de parte dessas famílias, de acordo com duas alternativas. Ou construímos novas unidades habitacionais, ou urbanizamos essas áreas. Que instrumentos o Código Civil traria para que a gente pudesse regularizar essas habitações? Que instrumentos essa pessoas têm em mãos para obter a propriedade, o título de domínio e, com ele, conseguirem uma garantia para a obtenção de um financiamento em algum banco? Por exemplo, financiamento para uma reforma, para uma

pintura da sua casa ou para qualquer outra atividade? Quer dizer, elas não têm garantia nenhuma para oferecer. Moram num terreno que não consta no registro imobiliário como sendo delas, não têm título de domínio. O cidadão que comprou um lote num loteamento clandestino fez até um contrato de compromisso de compra e venda, registrou-o no cartório de títulos e documentos, mas no cartório de registro de imóveis esse contrato não existe. Ele não teve acesso ao cartório predial, ao serviço de registro de imóveis.

Para que essas pessoas tenham acesso a essa propriedade, o Código Civil oferece um instrumento de acesso mais fácil, pelo menos o único mais viável para essas famílias, que é o instrumento da figura da usucapião. Temos a figura da usucapião no Código Civil, na Constituição Federal e, mais recentemente, na Lei 10.257, de 2001, Lei do Estatuto da Cidade. Ela prevê uma forma de usucapião diferenciada, que é a usucapião coletiva. O Código Civil fornece um instrumento para que essas populações tenham acesso ao mercado formal de habitações e possam ter uma garantia imobiliária para oferecer como hipoteca, uma garantia real. No art. 1.238 do Código, há uma figura da usucapião mais comum que vocês vão encontrar, que é a que fixa o prazo de 15 anos para a pessoa residir numa localidade, sem que haja necessidade de demonstração; decorridos os 15 anos, basta um título de boa fé de que mora naquela área; sem nenhum contrato dessa área, nenhum compromisso de compra e venda particular, a pessoa que se estabeleceu, que invadiu essa área há 15 anos ou mais tem o amparo do Código que lhe atribui o direito de obter uma declaração judicial de que ela tem, então, a propriedade dessa área. Essa sentença, registrada no cartório de registro de imóveis, passa a existir como título de propriedade no mundo jurídico. O invasor tem que provar que está na área sem interrupção bem com ela pode somar a essa posse as posses anteriores e provar que nunca houve oposição à sua posse, ou seja, nunca o proprietário ou quem quer que seja veio requisitar ou reivindicou a posse, em nome de terceiro. No mesmo artigo, o parágrafo único estabelece uma outra hipótese. A de que esse prazo poderá ser reduzido ou computado em 10 anos e não mais 15, desde que a pessoa consiga provar que nesse período de invasão não houve oposição nem interrupção da posse, que ela usa essa propriedade para sua moradia e nela executou obras ou

serviços. Esse é um requisito acrescido no parágrafo único responsável pela redução do prazo de 15 para 10 anos e faculta que, num prazo inferior, ela consiga obter o título de domínio.

O art. 1.239 estabelece a hipótese de usucapião rural cuja interessada deverá estar ocupando a área rural há cinco anos, nunca superior a 50 hectares, mas exercendo nela uma atividade produtiva com seu trabalho ou o de sua família, para sua moradia ou a de seus familiares, desde que não seja proprietário rural ou urbano; ela poderá adquirir a usucapião rural, para fins rurais, constatados os cinco anos de posse sem interrupção e sem oposição de terceiros.

Para a figura da usucapião urbana, também existe a obrigatoriedade de posse por um prazo de cinco anos, numa área de até 250m², ininterruptamente e sem oposição, desde que ela more com sua família, não tenha outra propriedade urbana ou rural, outra moradia, ela pode adquirir a usucapião. Essa figura do art. 1.240 vem repetida no art. 9º do Estatuto da Cidade com as mesmas palavras. Um legislador atropelando o outro.

Quando o Estatuto da Cidade já estava em vias de votação, tivemos aí o Código Civil, que também passou por uma gestação até maior do que o Estatuto da Cidade, oportunidade em que o legislador dispunha em dois dispositivos, em dois textos legislativos distintos a mesma figura. Enquanto no Código Civil se fala em área urbana, no Estatuto da Cidade se fala em área ou edificação urbana. Disso começam a surgir as discussões no Judiciário. Em princípio, quando se fala em área urbana, genericamente pode-se entender um terreno, na sua projeção horizontal, ou uma unidade habitacional, um prédio de apartamentos. Isso é possível. Temos algumas fraudes no interior do Estado de São Paulo, de algumas incorporações imobiliárias de prédios feitas sem registro no cartório de registro de imóveis. O cidadão lança os apartamentos, vende-os, tem aprovação da prefeitura, mas não os registra. Se você for buscar lá a certidão imobiliária daquela propriedade, só existirá a descrição do terreno, suas divisas perimetrais, mas nenhuma edificação. Por isso, há pessoas, com contrato que mora numa área que pode ser objeto, eventualmente, de uma penhora.

Suponhamos que eu seja o proprietário dessa área e tenha feito esse empreendimento, vendido os apartamentos sem registrar a convenção do

condomínio nem especificá-la; não há registro de nada a não ser a propriedade em meu nome. Suponham os senhores que eu seja devedor de um banco e haja um terreno, livre e desocupado para fins de penhora, mas com várias famílias morando nele, que é penhorado. Trata-se de uma situação delicada. Que remédio têm essas pessoas? Que instrumentos estariam ao alcance delas para que obtenham seu título de domínio? Uma, seria mover uma ação contra o empreendedor, para que ele registre essa incorporação na forma como a lei determina; outra, poderia ser a figura da usucapião especial de cinco anos, que consta do Código Civil, do Estatuto da Cidade e da Constituição Federal, embora a Constituição dê a entender que só seria para terrenos. Temos de discutir no Judiciário, instância em que advogados, promotores, juízes se debruçarão sobre mais um tema complicado que é aclarar o sentido de textos, que, de certa forma, tratam do assunto, mas um traz uma palavrinha diferenciada de se ter acesso à propriedade. Bom, se pode terreno, pode também apartamentos, podem, como no caso que citei, incorporações feitas sem registros. Mas temos casos de populações que moram em prédios abandonados. São Paulo é um exemplo típico disso; prédios que se estabelecem verdadeiros cortiços, onde há várias famílias morando numa única unidade habitacional. A figura da usucapião especial também veio para tutelar os direitos dessas pessoas, principalmente das pessoas que moram em favelas e em loteamentos clandestinos.

Além dessas figuras da usucapião individual, ou seja, de uma única pessoa postulando em juízo seu título de domínio, temos a figura da usucapião coletiva. O art. 10 do Estatuto da Cidade, que traz essa figura, diz mais ou menos o seguinte. Se tivermos uma área superior a 250m², onde resida mais de uma família e cuja delimitação ocupada por uma a uma das famílias não seja possível identificar, passados cinco anos e com os mesmos requisitos do usucapião individual, ou seja, posse de cinco anos, não sujeita a contestação, ininterrupta, utilizada para moradia, cujos posseiros não são proprietários de área rural ou urbana, poderão usucapir essa área. A quem foi endereçada essa figura da usucapião coletiva? Em princípio, às populações residentes em favelas situadas em áreas privadas, sobre áreas públicas.

O que estamos comentando aqui é usucapião em áreas privadas, porque, pela Constituição Federal, art. 183, não se admite usucapir áreas

públicas, que é uma vedação à proibição expressa. Famílias poderão usucapir a área de uma favela edificada dentro de uma área particular. De que forma? Ou todas assinam a procuração para o advogado, todas figurando no pólo ativo da ação, 200 famílias, suponhamos, que serão representadas nessa ação; ou podem estar representadas por uma associação de moradores. Elas se acertam, criam uma associação com estatutos, nomeiam seu presidente e, com cláusula expressa de representação, dentro e fora do Judiciário, judicial ou extrajudicial, essa associação poderá pleitear em juízo que o juiz de direito declare o domínio dessa área para essa população. O problema aparece à luz do que a lei diz: o juiz vai declarar que essa comunidade vai habitar essa localidade, de maneira coletiva, como se fosse um condomínio. Todos serão condôminos dessa favela. Todos vão ter dela uma parte ideal idêntica. Se forem 200 famílias, 200 famílias vão ter uma parte ideal semelhante. Cada uma semelhante ao seu vizinho, a menos que os moradores delimitem que as frações ideais são diferenciadas, porque tem gente que mora num espaço de 60m²; outra mora num espaço 40m²; e outra mora em 100m². Esse acordo tem que ser levado ao juiz. Mas o problema não pára aí, uma vez que há uma comunidade que ingressou com uma ação de usucapião e obteve essa sentença em nome de todos.

É fácil participar de uma reunião de condomínio de prédio de apartamentos? Quer dizer, as pessoas, regularmente, têm consenso em todos os assuntos? É difícil para as chamadas pessoas esclarecidas. Imaginem para uma comunidade de pessoas que habitam uma favela, que vão ter que se reunir em assembléia para discutir os temas que interessam a todas? Por isso o legislador criou a figura da formação de um condomínio, que não foi o desejo daquelas famílias. Cada um invadiu ou comprou um barraco, um pedaço de chão, e não quer, não tem interesse nenhum em discutir o que vai ser bom para o espaço que ele ocupa com o vizinho dele. E se for um desafeto, uma pessoa de quem ele não gosta? Existem outros métodos de acabar com essa discordância, como a violência, por exemplo; mas a lei previu uma situação em que as pessoas vão morar e vão se acertar. Mas, se já é difícil para quem mora em prédios de apartamentos, imaginem os senhores, dentro de uma favela? Mas a lei sinaliza uma situação um pouco diferente. Ela diz que há condições de acertar essa situação,

desde que se extinga esse condomínio, ou seja, esse condomínio pode ser desfeito, pode ser quebrado. E de que maneira? Desde que as pessoas se acertem num procedimento de urbanização.

Nesse oportunidade é que o poder público municipal intervém nesse processo. Porque as pessoas vão dizer que não querem ser condôminos, não querem compartilhar os problemas, ter que custear alguma coisa, se não ganham nem para o sustento da família, quanto mais para pagar verba condominial. Todos querem ficar com seu pedaço de chão, mas, para isso, vão ter de se acertar com dois terços dos moradores.

Para dividir essa situação condominial é que o município ingressa no procedimento de urbanização dizendo o seguinte. Vamos urbanizar, mas urbanizar como se fosse um loteamento, porque vocês têm dentro dessas áreas espaços de circulação de pedestres e, eventualmente, de carros; e todos querem isso no seu patrimônio. Se for regularizado como loteamento, todos devem saber que, no loteamento, criam-se lotes e ruas, praças, áreas verdes, áreas que vão passar para o patrimônio municipal.

Se essa operação for regularizada como loteamento, o município vai exigir espaços públicos para fazer praças ou, eventualmente, remanejar famílias, assentá-las num outro local, verticalizar algumas construções, colocar famílias em predinhos de dois, três andares, para abrir espaços dentro dessa comunidade e criar nela um sistema de lazer. Algumas favelas ou loteamentos têm campinho de futebol que ninguém invade, porque é o lazer de todos dali. São áreas protegidas pelos próprios moradores.

Por isso o município, eventualmente, vai ter interesse em receber essa área no seu patrimônio, para o que vai ter que haver um acerto entre o poder público municipal e esses moradores. Vai haver o fracionamento: cada pessoa, proprietária de uma parte de terreno, vai ser titular, e essa parte do terreno vai ter ingresso no registro imobiliário como terreno distinto, com sua divisão, sua iluminação das divisas, os confrontantes, enfim, como se fosse um lote.

A figura da usucapião coletiva oferece uma dificuldade inicial, mas a lei aponta para uma solução urbanística. E o município entra, seja recebendo áreas, seja implementando obras de infra-estrutura, redes de água, esgoto, iluminação pública, enfim, melhoramentos públicos no local.

Tudo isso que falamos aqui diz respeito a quê? A uma maneira de acesso dessa população, que está no mercado informal, ao mercado formal. Ela vai obter um título de domínio, mediante uma figura que o Código Civil disponibilizou em três, quatro tipos distintos para usucapião urbano, rural ou especial, usucapião que a gente poderia chamar de ordinário.

Mas, sabemos que há uma outra realidade. Há muitas famílias e muitas favelas que ocupam áreas públicas. Como resolver esse impasse? A área pública não pode ser objeto de usucapião. Eu, morador da favela X, não posso pleitear uma ação de usucapião com outro município dizendo estar morando aqui há cinco anos. A Constituição diz que eu tenho direito a usucapião e você vai me passar o domínio, porque eu estou aqui e nunca fui molestado na minha posse. Isso não é possível. Qual é o caminho que a legislação acenou para uma regularização dessa situação?

No Estatuto da Cidade ela criou a figura da concessão especial de uso para fins de moradia. Mas, o Presidente da República, no final do seu mandato, vetou os dispositivos que tratavam dessa questão e editou uma Medida Provisória, a 2.220/2001, que veio tratar dessa mesma figura com uma outra coloração, com outro enfoque, admitindo o uso especial para fins de moradias. Mas esse uso especial não confere à pessoa que está usando o direito de propriedade, confere um título de uso, que vai ter ingresso no registro de imóveis, mas não será propriedade. Eu tenho sérias dúvidas se esse instrumento vai ter algum tipo de interesse para os bancos e instituições financeiras, notadamente, as privadas, para efeito de garantias; quer dizer, o cidadão obtém um financiamento para alguma coisa, mas qual é a garantia que ele vai oferecer? Ele não tem propriedade, tem um título que se chama uso especial para fins de moradia, registrado no cartório, com o título em seu nome, título esse que pode ser cassado, pode ser revogado. Sinceramente, não vejo, a não ser que os senhores me digam se os bancos privados têm interesse nessa figura; talvez, os bancos públicos, que têm rubrica orçamentária, destinação de verba para habitação e programas de habitação social, se bem elas sejam destinadas para áreas públicas. Acho que vai ser complicado que essas pessoas tenham acesso a um financiamento, a um crédito.

Uma outra figura é a da concessão de direito real de uso, um pouquinho diferente da anterior; é um contrato que pode ser feito com a ad-

ministração pública por prazo determinado ou indeterminado, que estabelece algumas condições para moradia. Geralmente, alguns municípios utilizam esse instrumento para regulamentar a ocupação em algumas áreas. Muitos prédios do projeto Cingapura, por exemplo, foram feitos em áreas públicas, em áreas invadidas que ocupavam praças, áreas verdes de loteamentos ou áreas desapropriadas para formação de espaços de uso comum, de lazer da população. Como não havia, até um certo tempo, a regularização dominial desses prédios, pensou-se na concessão de direito real para essas famílias, ou seja, não se confere título de domínio aos moradores que ficam, na verdade, ao sabor do bom ou mau humor do administrador do momento. São alguns instrumentos que estão à disposição dessa população, dessa camada de baixa renda, alguns polêmicos, de acordo com a Lei de Parcelamento do Solo, que é a Lei 6.766, de 1979.

Nela, há uma figura que faculta o acesso dessas famílias de uma outra forma. Imaginem os senhores um loteamento clandestino que a prefeitura quer regularizar e começa promovendo uma desapropriação. Com a desapropriação, ela imediatamente obtém do Judiciário uma emissão na posse. Ela se emite na posse daquele imóvel e começa a fazer as obras de regularização fundiária, urbanística. Ela pode ceder o uso dos terrenos para aquela população. A cessão de posse, segundo a lei, será de aceitação obrigatória, para a obtenção dos financiamentos. É o que diz o art. 26, §§ 3º, 4º e 5º da Lei 6.766. E o que é aceitação obrigatória? O cidadão aparece com essa cessão de posse depois de terminada a ação de desapropriação, que pode se transformar em propriedade, um título de propriedade – a lei prevê isso. Imagino essa pessoa comparecendo perante uma instituição financeira e dizendo que o § 4º diz que este instrumento é de aceitação obrigatória. Os senhores bancos são obrigados a financiar qualquer coisa, emprestar dinheiro, porque ele é uma garantia? É uma situação complicada.

Quero ser otimista com relação a esses novos instrumentos, principalmente, com os da cessão de uso para áreas públicas. Temos um dispositivo na Constituição estadual aqui em São Paulo, que cria um problema nessa questão de áreas públicas. Um artigo diz que as áreas verdes dos loteamentos, as áreas institucionais dos loteamentos não podem ter sua destinação alterada; em outras palavras, segundo um ex-ministro, são áreas

“imexíveis”. O que significa que as praças de loteamento, as áreas verdes, aquela área usada, que poderia ser utilizada para uma creche, para a construção de um posto de saúde, ou coisa que valha, para uso da população, essas áreas não podem ter sua destinação original alterada.

O loteador fez um loteamento, destinou áreas públicas, praças, lotes, ruas, algumas dessas praças foram invadidas ou foram ocupadas de alguma forma. A Constituição do Estado diz: essa área tem que ser praça, foi concebida no projeto como praça, foi aceita pelo município como praça, então tem que ser praça, aliás, tem que ser urbanizada como praça. É uma área pública. Temos favelas, loteamentos, temos prefeitos de várias cidades do Estado de São Paulo que lotearam praças; isso é comum também em outros Estados, principalmente, em véspera de campanha eleitoral. Chegam, olham para a praça, distribuem títulos para um monte de gente. A pessoas vão lá e constroem e se estabelecem. Por isso, há uma vedação expressa na Constituição do Estado de São Paulo. Essas áreas têm que ser praças, têm que ser área verde. E aí? Diante dessa discussão e depois de analisar a documentação e verificar essa vedação expressa na Constituição do Estado, será que o departamento jurídico de um banco concederá o crédito?

Antes de terminar, quero fazer uma abordagem, ainda que sumária, embora não esteja no contexto do Código Civil, mas pelo fato de ser promotor de justiça, gosto muito de provocar as pessoas e receber as pedradas também.

A título de debate, de dar um encaminhamento para uma questão que diz respeito ao crédito, ao financiamento que os bancos fazem e o eventual risco que correm, ao concederem esse crédito. Não se trata de um risco implícito do contrato, da pessoa que está contratando, que toma o empréstimo, porque isso o banco sabe avaliar muito bem. Se ela tem patrimônio para fazer frente àquela dívida, então, o banco toma uma garantia real, um imóvel, uma hipoteca etc. Mas, existem alguns riscos que correm ao lado do risco da contratação. É a eles que eu queria até ilustrar com alguns casos práticos.

Vou começar sem assustá-los, porque o assunto começa brando e depois termina um pouquinho mais complicado para o setor bancário. Fala-se, ultimamente, na questão da responsabilidade ambiental dos bancos. Os

senhores devem saber bem o que é isso. Antes de chegar aí, quero começar por um assunto um pouco mais ameno. No período entre o convite e hoje, na verdade, tive pouco tempo, porque o trabalho no Ministério Público é complicado; a gente tem que matar não um leão, mas vários leões por dia para tentar resolver problemas de degradação ambiental no estado de São Paulo.

Levantei alguns textos recentes a título de reflexão. Houve um seminário na Semana de Contabilidade do Banco Central, em novembro de 2000. Nele dois professores da Faculdade de Economia e Administração da USP elaboraram um texto falando sobre a posição das instituições financeiras, frente ao problema das agressões ecológicas. Eles começam dizendo o seguinte. As instituições financeiras têm acrescentado ao seu rol de exigências, para a concessão de crédito, dois novos documentos de certos empreendedores, que seriam o estudo do impacto ambiental e o relatório de impacto ambiental, textos que são trabalhos técnicos produzidos pelo empreendedor, para avaliar o impacto que a atividade ou a obra dele vai causar no meio ambiente. Por exemplo, a atividade do minerador é essencialmente degradadora, tanto que a Constituição Federal, expressamente, diz que ele deverá recompor o patrimônio ambiental degradado. Imaginem os senhores que o minerador retira o material para empregar na construção civil, por exemplo. Se ele tem autorização ambiental para eliminar um morro, que seria uma APP, uma área de preservação permanente, esse morro não tem como ser recuperado; não vai ser colocado um outro morro no lugar, com as condições de fauna e flora que existiam antes, a não ser que seja um morro de concreto, mas não é isso que a reparação ambiental exige.

Existem outras situações de mineração próxima dos rios, formação de crateras, que, com a chuva ou com as enchentes normais dos rios, formam lagoas. Existem algumas atividades, principalmente a mais recente delas, que está aí na mídia, a celulose, cujas empresas exploram o ramo de madeira de celulose e precisam ter um local para armazenamento do material degradador. A gente está acompanhando o que aconteceu no Estado de Minas Gerais. O rompimento de uma dessas barragens foi contaminar o rio, dano que se espalhou não só no sul de Minas Gerais, mas atingiu o norte do Rio de Janeiro. Vejam o grau de gravidade, de in-

tensidade de risco de degradação ambiental que está acontecendo. Todos os dias a gente está vendo na televisão pessoas que se valiam da pesca, os ribeirinhos, moradores em torno dos rios, como meio de subsistência perderem seu meio de subsistência. Quem paga essa conta? Será que essa empresa, cujos proprietários, cujos representantes legais tiveram a prisão decretada? Será que essa empresa vai conseguir algum crédito na praça? Será que seu produto vai ser bem aceito no mercado consumidor? A imagem da empresa que não investiu na conservação, na fiscalização, na manutenção daquele estado de coisas.

Então, esse texto acena com uma idéia que tem surgido de as instituições financeiras exigirem no rol de documentos, também, que certas atividades, certos empreendedores apresentem esse estudo de impacto ambiental.

Consegui também um outro texto de um advogado, Paulo de Bessa Antunes, com formação na área ambiental, falando sobre finanças e meio ambiente. Ele analisa, por exemplo, que os riscos ambientais também são riscos financeiros. Cita o caso do projeto de transposição das águas do Rio São Francisco, que o governo federal quis implementar numa certa época. Esse projeto, já em andamento, sofreu uma ação civil pública, do Ministério Público local, que paralisou as obras, porque não havia sido feito um estudo de impacto ambiental. O dinheiro empregado, notadamente dinheiro público, para se fazer esse tipo de obra, sofreu uma restrição por conta do quê? De uma questão ambiental. E são citados mais alguns exemplos. Mas começo a falar um pouquinho para preocupar mais os advogados das instituições financeiras.

Esse mesmo autor indica que está havendo uma certa tendência no direito norte-americano de punir o poluidor indireto. Quer dizer, existe a figura do poluidor direto, aquele que causa o dano ambiental, mas existe o que polui de forma indireta, aquele que, de alguma maneira, contribui para que a situação degradadora do meio ambiente ocorra.

Ele fala de bancos que financiam essas atividades degradadoras no meio ambiente. Segundo a posição desse autor, os tribunais estão começando a condenar alguns bancos, utilizando-se de uma doutrina americana que se chama doutrina do bolso profundo. O que significa isso? Aqueles que têm melhores condições de arcar com o pagamento da dívida, do dano,

esses serão os primeiros procurados para a indenização. Então, se o empreendedor que praticou o dano for insolvente, por essa doutrina, quem vai ser procurado em primeiro plano é o banco que emprestou o dinheiro. Provavelmente, porque eles têm normas que exigem um condicionamento na concessão do crédito. Ora, para conceder o crédito, você tem que verificar alguns documentos: se essa empresa tem passivos ambientais, se ela atua bem no mercado, se tem ou não tem ações; se tem seguro para cobrir esses danos ambientais – se bem, às vezes, o dano seja infinitamente maior do que a própria atividade daquele empreendedor, por isso ele acena com certa tendência dos tribunais americanos de escolherem o que é mais saudável financeiramente.

E como no Brasil se copia muita coisa do que se faz lá fora, tomara que não se copie nenhum tipo de guerra absurda, mas talvez essa tendência venha a ser adotada aqui em São Paulo, aqui no Brasil. Falo em São Paulo porque Promotor paulista é louco para ver uma coisa diferente, para começar a enveredar para acionar e ingressar com ações em juízo. E falo isso porque sou um desses Promotores, mas não contra bancos, necessariamente, porque não é minha esfera de atuação. Tenho uma decisão favorável aos bancos, numa outra situação.

O Ministério Público de Mato Grosso ajuizou uma ação civil pública – acho que não é anti-ético falar o nome do banco, porque isso é público – contra o Banco do Brasil, objetivando compeli-lo a se abster de conceder qualquer financiamento agropecuário, empréstimo, incentivo financeiro de qualquer natureza bem como de promover a securitização ou repactuação de empréstimos para proprietários de imóveis rurais que não cumprissem a obrigatoriedade da reserva legal.

Desde 1965, o Código Florestal exige que as propriedades rurais tenham, no mínimo, uma reserva, chamada reserva legal, de 20% da sua propriedade, uma reserva florestal. Mas as pessoas, em regra geral, não fazem isso. Preferem dar uma destinação econômica para sua propriedade, mas não fazem essa reserva como também não registram isso no cartório de registro de imóveis.

O Promotor quis obrigar o banco a se abster de fazer qualquer outro tipo de financiamento para o agricultor, enquanto ele não registrasse essa reserva legal. Em primeira instância, o Juiz sentenciou a favor, mas o Tri-

bunal reformou, dizendo que o banco não tem essa responsabilidade, que, de fato, é do agricultor. Não sabemos, entretanto, se houve ou não recurso, mas é importante sinalizar para os senhores que está havendo uma preocupação ambiental, agora voltada para as atividades dos bancos. Não porque eles sejam responsáveis pela degradação, mas, com a preocupação voltada para a defesa do meio ambiente natural, para dizer que os bancos têm um instrumento valioso nas mãos ao condicionar concessões de crédito.

Para deixar os advogados dos bancos um pouquinho mais preocupados, permitam-me fazer-lhes aqui essas provocações e receber, de volta, é claro, as pedradas de vocês. Um outro autor, o Dr. Humberto Adame, também com formação na área de meio ambiente, ao se referir à responsabilidade ambiental dos bancos, chega à responsabilidade criminal. Como ele chega a essa conclusão?

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei 6.938, de 1981, estabelece, no seu art. 12, que as entidades ou órgãos de financiamento e incentivo governamental condicionarão a aprovação de projetos habilitados para esses benefícios ao licenciamento na forma preconizada pelo Conama, ou seja, ao liberar o crédito, há normas do Conama que devem ser observadas pelos bancos. Numa interpretação mais elástica, ele compreende os bancos públicos, os bancos privados, chegando até as cooperativas, autarquias, sociedades economicistas, bancos múltiplos de investimento, fundos de pensão. Ou seja, quem tem condições de financiar uma atividade tem um potencial degradador do meio ambiente.

Ele lembra o protocolo verde firmado em 1995 pelo Banco Nacional, BNDES, Banco do Brasil, Banco do Estado da Amazônia, Banco do Nordeste, Basa e Caixa Econômica Federal. Trata-se de um protocolo verde, ou seja, de condicionar a liberação desses créditos a algumas questões de interesse ambiental. Ele vai longe na interpretação e chega ao ponto de citar lei específica, que prevê expressamente essa responsabilidade civil dos bancos; cita a Lei de Biotecnologia, a Lei 8.974/95, que, em seu art. 2º, § 3º, diz o seguinte: “as organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos neste artigo deverão certificar-se da idoneidade técnico-científica e da plena adoção dos entes financiados às

normas e mecanismos de salvaguarda, previstas nesta lei, para o que deverão exigir a apresentação do certificado de qualidade em bio-segurança de que trata esta lei". É aquela que fala sobre organismos geneticamente modificados, os famosos transgênicos tão na ordem do dia dos debates. Caso, na hora da concessão do crédito não seja exigido esse certificado de qualidade de bio-segurança, esse mesmo dispositivo prevê, sob pena de tornar os bancos co-responsáveis pelos eventuais efeitos advindos do seu descumprimento.

Em virtude dessa lei, senhores, suponhamos que amanhã exista um estudo científico comprovando que os transgênicos são total ou parcialmente prejudiciais à saúde, ao meio ambiente, uma vez que o tipo de vegetação criada, a soja, por exemplo, é resistente a um tipo de microrganismo, o que afeta a biota, ou seja, aquela bactéria ou aquele inseto que era consumido por um certo tipo de pássaro, pássaro esse que colaborava com a fertilização, como as abelhas, e ao retirá-lo do meio físico vá fazer com que ele desapareça, uma vez que se alimentava de soja. O que provocaria um impacto ambiental etc., etc.

Portanto, sem esse certificado, o banco ou a instituição financeira pode ser responsabilizada civilmente, que migra para a responsabilidade criminal, uma vez que a Lei 9.605 fala dos crimes ambientais, dos quais há uma figura chamada crime de poluição, cujo infrator está sujeito a pena de um a cinco anos, e um dispositivo incriminando com as mesmas penas aquele que de qualquer modo colaborar com a prática do crime, desde que possa evitá-lo, mas não o faça.

Senhores, eu só estou trazendo informações; não estou defendendo esse ponto de vista, mesmo porque não me debrucei ainda com mais vagar sobre essa questão. Parti para a área do meio ambiente natural apenas para citar uns dois ou três exemplos. Minha função no Ministério Público é orientar os colegas do Estado de São Paulo sobre questões de urbanismo que é sempre, para mim, um assunto interessante.

Um cidadão construiu um prédio de apartamentos próximo a um rio, numa faixa entre 15 e 30 metros desse rio. O que existe de discussão ambiental sobre isso? O Código Florestal estabelece que, dependendo da largura do rio, você deve obedecer uma faixa de pelo menos 30 metros, para que a vegetação auxiliar se desenvolva e possa se prender ao solo

evitando assim a erosão e não causando nenhum tipo de transtorno para a fauna e para a flora desse rio. Por isso, essa faixa de vegetação tem que ser preservada.

Com a Lei de Parcelamento do Solo, de 1979, a exigência é de 15 metros, salvo exigência maior feita por lei específica. Os loteadores procuram nos vender a idéia de que são sempre 15 metros, na zona urbana. O Código Florestal se aplica à zona rural. Mas, essa discussão ainda grassa na doutrina principalmente nos órgãos técnicos que aprovam empreendimentos. No fim, acabamos admitindo 15 metros, embora haja controvérsia.

Nesse caso, num município da Grande São Paulo, uma incorporadora construiu um prédio numa faixa entre 15 e 30 metros, o que é discutível, é polêmico. O que não se admite é invadir a faixa dos 15 metros próxima do rio. Mas o incorporador fez o prédio numa faixa entre 15 e 30 metros e construiu as garagens dentro da faixa de 15 metros, ou seja, próxima do rio. O assunto foi levado ao conhecimento da colega, que ingressou com uma ação judicial. Antes disso, porém, conversou muitas vezes com o empreendedor desde o começo das obras, na tentativa de convencê-lo de que não poderia ter um prédio com a garagem situada na faixa de 15 metros. Resultado da história.

A ação foi proposta perante a Justiça federal, por conta até do interesse do banco federal que financiou a obra; a juíza, numa atitude nunca vista, saiu do seu gabinete, foi falar com um engenheiro, mediu, foi ao local do evento e constatou que, realmente, o espaço reservado para as garagens do prédio estava na faixa de 15 metros. Concedeu uma liminar paralisando todas as obras, enquanto muitos compradores começaram a desistir de pagar, porque, como se diz na linguagem popular, estavam comprando um mico. Compraram um apartamento com duas vagas de garagem, mas não poderiam estacionar seu carro lá. Outros deixaram de depositar, de pagar a instituição financeira, de pagar diretamente à empreendedora, enfim...

O que houve aí? Uma situação de crédito abalada por uma questão de ordem ambiental e de ordem urbana, porque se trata da edificação de um prédio para moradia.

Nessa mesma cidade, um cidadão dividiu uma área de 18 mil metros quadrados em duas e fez blocos de prédios de apartamentos. Esse em-

preendimento é vizinho a uma empresa de construção automobilística, uma zona industrial. O que está acontecendo? O prédio construído, as pessoas morando. Os blocos que fazem vizinhança com essa indústria sofrem dois tipos de problemas. Um, causado pelo ruído incessante da estamperia, que funciona dia e noite; outro, pela trepidação das máquinas em funcionamento. Há casas em que um copo de água praticamente “anda” em cima da estante de cristal sob o feito da trepidação. As famílias foram procurar o Ministério Público, que está em vias de ingressar com uma ação contra o empreendedor. Provavelmente o crédito dessa instituição que emprestou dinheiro vai ser afetado.

Quando eu trabalhava com contratos de bancos, na verdade, eu executava os contratos dos mutuários inadimplentes. Me lembro que havia liberação de dinheiro em obediência a um cronograma, ou seja, cumprida uma fase da obra, ia lá um engenheiro do banco, constatava se a obra tinha terminado ou não, para depois ser liberado o resto do dinheiro. Será que um engenheiro com conhecimento técnico, ao olhar uma situação dessas, não constata que ali tem um problema? Quer dizer, o dinheiro que foi mal empregado numa obra que está sujeita a um questionamento judicial, à paralisação dos pagamentos. Que garantia vai ter esse banco? Mesmo que ele execute as hipotecas, ele vai conseguir vender isso por um preço de mercado, amanhã, numa praça pública? Esse é um problema para ser discutido.

Portanto, além da preocupação que os senhores já têm ao examinar os contratos, os documentos para efeito de financiamento, não conviria que também tivessem essa preocupação urbanística ao verificar se essas obras foram aprovadas por órgãos públicos básicos, como a Cetesb, por exemplo, aqui em São Paulo? Se a Cetesb foi até o local e verificou se o índice de barulho não está acima dos decibéis suportáveis pelo ouvido humano? Há pais encaminhando filhos para psicólogos porque eles não conseguem se concentrar no estudo, não conseguem estudar, por problemas de saúde.

Recentemente, aqui na cidade de Mauá, foi detectada a construção de vários prédios de apartamentos numa área de aterro industrial clandestino. Os colegas me chamaram para acompanhar o caso. Fui até o local e, não sei se eu estava sugestionado, mas no momento em que eu coloquei o pé naquele solo senti um cheiro diferente. Estava acompanhado de

um engenheiro químico, que presta assessoria ao Ministério Público. Ele confirmou que o cheiro era típico de gás saindo do solo.

Houve ali um aterro clandestino industrial de uma empresa. A municipalidade sabia disso, houve um aterro para a realização das obras, a prefeitura aprovou esse tipo de coisa, houve licenciamento da Cetesb e, o que é pior, esse licenciamento foi feito no papel; ninguém foi ao local para constatar nada. Moram lá cinco mil pessoas. Assim que o caso saiu na mídia, os apartamentos tiveram uma queda vertiginosa de preço. Vocês precisam ver a situação triste daquela população cercando os promotores para perguntar o que íamos fazer; se tirá-los de lá se não tinham para onde ir. De um lado, está o direito à moradia dessas pessoas, e de outro, o direito à economia física, à saúde e à vida daquelas famílias e das crianças que brincam por ali.

Será que falta algum ingrediente na concessão do crédito? É muito fácil eu perguntar isso para os senhores, mas precisaríamos repensar a concessão do crédito. De que maneira poderíamos evitar essa situação? Porque a garantia do banco vai acabar se perdendo. O dinheiro vai ser recuperado um dia, mas não com a mesma rapidez de uma situação sem problemas. E isso não acontece só com gente pobre ou de classe média, média baixa.

No nosso litoral paulista, na cidade do Guarujá, na praia da Enseada, formada basicamente por construções de casas, pois não se admite ali a construção de prédios. No final da praia da Enseada, no entanto, no chamado Costão das Tartarugas, há uns 15 ou 20 anos, foram construídos cinco torres enormes.

Durante a construção, houve um questionamento judicial do Ministério Público. Uma lei municipal autorizou a construção de prédios acima de oito pavimentos e aqueles prédios devem ter, talvez, vinte pavimentos. Essa lei foi questionada porque ela não foi precedida de um estudo de impacto ambiental daquela região.

Dizem que em Camboriú, que eu não conheço, acontece o mesmo. Existe lá um paredão de prédios que, por volta das três, quatro horas da tarde, quem estiver na praia não toma mais sol porque os prédios o escondem. Esse já é o primeiro problema. O segundo é a brisa, que vem do mar, bate naquela parede e acaba criando uma bolha de calor atrás des-

ses prédios, causando um desconforto térmico para a população que mora ali. As câmaras municipais não fazem estudos de impacto ambiental, ou porque não está previsto, ou porque não há preocupação das leis que alteram o gabarito da altura dos prédios.

Pois bem, nessa cidade do Guarujá, foi dado início ao empreendimento. O Ministério Público ingressou com uma ação, obteve uma liminar do juiz para paralisar as obras. Quando o caso bateu no Tribunal de Justiça, decidiu-se autorizar a continuidade das obras. Tem lei aprovando essa discussão, mas aqui o assunto ainda é polêmico, fica por conta e risco do empreendedor. Se amanhã, o Judiciário julgar que esse prédio de vinte pavimentos não poderia ter sido construído, nós mandamos demolir.

Quem conhece essa praia sabe que as unidades já foram todas vendidas, porque são prédios luxuosos, pé na areia, com uma vista maravilhosa etc. O assunto foi parar no Tribunal que agora examina o mérito da questão. O desembargador coçou a cabeça e pensou: mandar demolir isso aqui é complicado; talvez, um desembargador more ou tenha apartamento ali. Qual foi a solução? Não demolir os prédios; eles vão continuar de pé, mas será fixada uma indenização para compensar essa situação. O problema ali não era só o efeito térmico provocado pelas construções senão também a perda da vista que a população tinha do morro, da paisagem natural atrás deles, um forte apelo paisagístico.

Creio que, na época, o Tribunal achou que isso era coisa insignificante. Agora, porém, ele chegou à decisão de mérito e reconheceu a significância disso. O laudo do Instituto de Arquitetos aponta um impacto muito sério naquela região. Se permitirmos que se construam prédios nessa altura, a praia da Enseada vai ser desfigurada, um problema, talvez, semelhante ao de Camboriú. Por isso, ele fixou uma indenização equivalente a 20% do empreendimento, em valores de mercado. Se são cinco torres, 20% equivalem a uma das torres ao valor de mercado. O empreendedor vai ter que pagar isso, o que, talvez, não afete os senhores, os bancos, os banqueiros, hoje, mas imaginem se isso tivesse sido feito lá atrás, com demolição e tudo, com gente ainda pagando prestações – se vou perder meu apartamento, vou pagar para quê?

De que maneira podemos inculcar nas instituições a idéia de que há uma necessidade de considerar uma preocupação ecológica bem como apri-

morar um pouco mais isso, talvez criar um cadastro verde das empresas, dos empreendimentos com problemas na Justiça.

Às vezes, no começo da obra, não temos essa informação, que surge no curso dela. Queiram ou não os senhores, essa situação só vem parar na mesa do promotor depois que o fato está praticamente consumado ou porque ali já foram empregados valores de construção. E o Judiciário, infelizmente, não barra essa situação no começo, como foi o caso que eu passei para os senhores, portanto uma forma é criar um cadastro verde, um cadastro colorido, porque, assim como temos problemas de ordem, de degradação do meio ambiente natural, também temos problemas da ordem de meio ambiente urbano.

Hoje se discute muito a necessidade de elaboração de planos diretores. Para que serve um plano diretor? É para que a população, que tem direito, vá discutir, para decidir se ela quer um tipo de cidade X ou Y; se a proposta do secretário de planejamento do município é adequada para os interesses dela ou não. Então, o plano diretor é um instrumento básico para as cidades com mais de 20 mil habitantes. Atenção cidades que não têm plano diretor! Estamos começando a questionar leis municipais que alteram pontualmente o zoneamento, o tamanho de prédio, o recuo etc., formas de uso, sem ter um plano diretor dizendo como vai ser aquela cidade.

Participante – Aqui no Estado de São Paulo, há um órgão que aprova o projeto. Não sei bem qual a função desse órgão, mas ele tem representantes do Ministério Público, da Cetesb, da Sabesp, de órgãos de defesa do meio ambiente. Gostaria de saber qual é a função desse órgão, para efeito até de afastar responsabilidade de construtores, alguma coisa assim, nesses casos. Essa é minha pergunta.

José Carlos de Freitas – Esse órgão é de âmbito estadual e não é recente. Trata-se do Consema, Conselho Estadual de Meio Ambiente. Muitos empreendimentos passam pelo Consema, porque lá têm assento a Secretaria de Meio Ambiente e outros órgãos ambientais. Colocaram o Ministério Público para fazer parte desse órgão, mas o Ministério Público nunca vota nessas deliberações. Por que ele não vota? Porque a presença de um único Promotor de Justiça não pode vincular os outros 1.700 Promo-

tores do Estado. É uma preocupação nossa não ter esse tipo de envolvimento com a aprovação de projetos, primeiro, porque o promotor não tem conhecimento técnico nem de engenharia, nem de arquitetura, nem de meio ambiente. Se bem conheçamos a matéria sobre meio ambiente, não conhecemos a técnica, o fato em si. Há uma determinação de que Ministério Público participe, mas não vote, se abstenha de voto; ele defende a posição dele, se for contrário a algum empreendimento, mas ele se abstém de votar.

Existe um outro órgão que se chama Graprohhab, que não conta com o Ministério Público como se componente; fazem parte dele setores dos órgãos públicos, como a Companhia de Saneamento, a Secretaria de Habitação e Meio Ambiente, o Corpo de Bombeiros, para prédios de apartamentos, o Secovi, que é do comércio, locação de imóveis, a Associação dos Loteadores, a Aelo, se bem que estes dois últimos órgãos citados não votam; ocupam um espaço sem direito a voto, embora tenham uma influência enorme nessa questão.

Acho que a existência de um grupo colegiado é importante, por isso, talvez, seja o caso de pedir a inserção de alguém do sistema financeiro, das instituições financeiras, dos bancos nesse grupo, bem como algum representante dos municípios, uma vez que muita coisa é tratada nele, sem passar por cima de interesses locais dos municípios. Talvez sejam hipóteses minhas. Acho que sua pergunta nos reporta a uma proposta de termos gente dos bancos, capacitada, com conhecimento técnico, para tomar conhecimento do que se discute e de como isso pode refletir ou repercutir na concessão dos créditos. Acho sua pergunta muito pertinente, uma vez que ela desemboca numa proposta. Fico aqui com a minha exposição.

Espero não tê-los cansado em demasia; sempre canso um pouco as pessoas, mas como todo corinthiano, a gente, na verdade, não consegue o consenso de todo mundo, só de 95%.

Espero que os senhores tenham aproveitado alguma coisa dessa minha exposição que, na verdade, se bastava numa questão de mercado formal e habitação popular. Acho que transmiti alguma mensagem sobre isso. Me preocupou muito quando conversei com os colegas lá do Ministério Público em transmitir uma informação aos senhores. É que está havendo uma tendência de setores do Ministério Público, inclusive de

ONGs, organizações não-governamentais, de começar a fazer um questionamento sobre a concessão de crédito e responsabilidade dos bancos pelo passivo ambiental. Se frustrai os senhores, me perdoem. Hoje é uma sexta-feira; talvez, eu tenha tido muita inspiração para prender a atenção de todos.

Obrigado pela oportunidade e a gente espera voltar para conversar com vocês. Obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. José Carlos, muito obrigado por suas lições; realmente foram importantes colocações. Vejam vocês, o Dr. José Carlos é oriundo de banco. Acho que isso é importante destacar. Vejam vocês também que, neste seminário, estamos apresentando uma série de sugestões dos operadores do Direito. Ontem o Dr. Pablo, Juiz, orientou ou sugeriu a vocês que, em função do dever de informar que consta do novo Código Civil, coloquemos em nossas cláusulas esclarecimentos claros a respeito das operações, mediante cartilhas, se necessário. Hoje, mais uma grande lição. Talvez poucos se preocupam, de fato, com exigências de documentos de impacto ambiental. Acho que precisamos rever rapidamente nosso rol de documentos, sobretudo para incluir esse tipo de relatório, de forma a amanhã não sofrermos uma responsabilização. Trata-se de uma tendência que, acredito, deva se confirmar o mais rápido possível.

Para iniciar o debate com o Dr. Freitas, coloco o seguinte. Essa tendência de responsabilizar os bancos me parece de uma certa forma um pouco agressiva, no sentido de que todos esses empreendimentos, em primeiro lugar, têm uma aprovação do município, mediante um alvará; mas eu não estou vendo, de forma alguma, a responsabilização desse município por ter aprovado aquele empreendimento. Será que o município não tinha como verificar se o local em que vai ser construído aquele tipo de empreendimento pode criar algum impacto para o meio ambiente? Por favor, comente um pouco sobre isso.

José Carlos de Freitas – O Fleury também tocou num assunto de muita relevância, porque existe uma aprovação, que já gera efeitos, de legitimidade, de legalidade daquele ato administrativo de aprovação, de licenciamento de uma obra e vem agora essa perplexidade. Bem, se há um

licenciamento, um documento oficial emitido por um ente público, município, às vezes, até por um colegiado de órgãos estaduais, como é o caso aqui do Graprohhab, em São Paulo, por que os bancos teriam essa responsabilidade e não o Poder Público que emitiu essa licença, eventualmente, irregular?

Na verdade, temos buscado a responsabilização dos municípios, do Estado ou dos órgãos do Estado, por conta dessas aprovações indevidas. Portanto, o que nos preocupa é que há aprovações e aprovações. Existem algumas concedidas de boa fé e outras, não diria de má fé, mas com uma negligência enorme, às vezes, com falta de capacitação de técnicos para analisar o tipo de projeto que está sendo colocado para análise. Vai ficar pior ainda, porque o licenciamento ambiental, por exemplo, tem sido feito pelos Estados e pela União. Às vezes, pelo Ibama, às vezes, pelos órgãos ambientais dos Estados. Há uma forte tendência em municipalizar o licenciamento ambiental. Então eu pergunto: se muitos municípios não têm capacitação técnica – às vezes só têm um engenheiro, um urbanista, um arquiteto, sem conhecimento nas outras áreas –, se já é difícil conhecer tudo sobre aquela área, licenciamento ou aprovação urbanística, o que se dizer de licenciamento ambiental única e exclusivamente pelo município? A tendência vai ser piorar.

Por isso temos buscado a responsabilização dos municípios, mas não é só uma atitude de órgão acusador que quer colocar alguém na cadeia. Existem responsabilidades criminais também por trás disso. Temos atuado junto aos prefeitos e prefeituras para tentar mostrar qual é o caminho adequado para isso. Agora, fica uma situação complicada, porque quem é que paga essa conta, quando o município é processado, quem tem obrigação de pagar e ressarcir os danos? Quem paga as contas somos nós que pagamos impostos. Se uma área foi objeto de empreendimento mal executado, mal aprovado e o município é condenado, amanhã ele vai pagar precatório, sei lá em quantos anos. Quem vai pagar essa conta sou eu, somos todos nós que pagamos IPTU.

Então, temos buscado, além dessa responsabilização do poder público, da pessoa jurídica de direito público, temos buscado a responsabilidade da pessoa física que administra, do cidadão que expede de forma irregular. A Lei 9.605, a Lei de Crimes Ambientais, cria algumas figuras

que penalizam, punem o agente público que expediu uma licença de forma equivocada. Para falar o mínimo. Então, temos um instrumento na legislação chamada Lei de Improbidade Administrativa. Por isso temos buscado a responsabilização pessoal desses agentes. Agora, não há dúvida de que vão buscar, vão procurar derivar essa responsabilidade para aquela teoria, de que eu falei para vocês, a teoria do bolso profundo. Aquele que tem mais condições financeiras de arcar com a reparação do dano ambiental. Acho que essa tendência é inevitável.

O que a gente precisa é armar um sistema de segurança para que os bancos possam estar presentes nessas discussões, nesses organismos e possam também instruir o consumidor, quando ele comprar, dos direitos, dos riscos que ele está tendo com essa aquisição de um produto.

Participante – A respeito do princípio da boa fé, da legalidade etc., sempre que se prepara um projeto, ele é apresentado à prefeitura e aos órgãos públicos que fazem as exigências que julgam necessárias segundo suas leis e que devem ser cumpridas para que esse projeto seja aprovado e conseqüentemente iniciado. Então a questão do estudo do impacto ambiental que o senhor coloca como sendo um pré-requisito, inclusive para os bancos que venham a financiar empreendimentos, se não for bem analisado, reverteria, sempre que a prefeitura o exige, esse custo para a incorporadora, que, em última análise, sempre repercute no custo da incorporação daqueles que vão adquirir esses imóveis. Se isso não for bem verificado, corremos o risco, primeiro, de transferir responsabilidades para quem efetivamente não tem; segundo, se as instituições financeiras seguirem seu conselho indiscriminadamente, sem fazer uma análise de onde caiba de fato ou não – e esse tipo de conhecimento elas não têm, como as incorporadoras também não, elas só cumprem as determinações do órgão municipal ou das secretarias municipais –, as incorporadoras também vão ter problemas para obtenção de financiamento e criaremos mais uma vez esse caos que a gente já sofreu em termos de habitação, tanto para a popular como para a classe média e outras. Não é nenhuma pergunta, é uma ponderação, porque de fato nós já enfrentamos problema desse tipo. Fomos chamados para prestar esclarecimentos de uma ou outra exigência municipal, comprovando que tudo que foi exigido antes do alvará, que

autorizava o início das obras, foi cumprido pelas empresas e posteriormente sofremos questionamentos. Então, isso é uma coisa que preocupa as incorporadoras bem como os agentes financeiros em si como financiadores desses empreendimentos.

José Carlos de Freitas – Acho sua colocação muito pertinente. Logicamente, tudo que se fala de problemas que possam surgir no empreendimento ou na concessão do crédito pode realmente encarecer lá na ponta e o consumidor é que vai arcar com esse custo, ou pode até inviabilizar alguns empreendimentos por conta dessas exigências que são enormes.

Agora, eu penso o seguinte: temos que disseminar a cultura na nossa sociedade de que essas questões são importantes, elas vão ter um reflexo. Os exemplos que eu dei, como o de Mauá, por exemplo, compreendem cinco mil pessoas morando em cima de um aterro industrial clandestino. Isso é questão de cadeia para quem licenciou esse tipo de obra. Nas prefeituras, as pessoas se fiam em documentos que o incorporador apresenta sem ter o cuidado de ir até o local, se bem seja difícil o município não conhecer seu território; não saber, por exemplo, que funcionou uma indústria, que fazia aterro sanitário, aterro industrial ali. Mas acho que o preço que a gente vai pagar aprovando um empreendimento ou concedendo créditos sem algumas outras cautelas a mais é muito mais caro, em termos até de degradação ambiental.

Vejamos esse exemplo de Minas Gerais, esse vazamento desse material químico altamente poluente, que está causando um problema não só para um Estado como também para o Rio de Janeiro, para as pessoas que moram, para a agricultura, para a fauna. Acho que o preço que a gente vai pagar na frente é pior. Minha mensagem, veja bem, é trazer umas idéias do que está sendo pensado. Achei importante falar sobre essa questão, uma vez que como fui advogado de banco, ao defender interesses, saber das dificuldades, ouvir esse tipo de informação, eu ficaria muito preocupado. Poder-se-ia falar que esse promotor é maluco, mas continuo achando que é preciso ter esse tipo de preocupação, criar essa cultura em todos.

Conheço uma empresa de loteamentos que depois de tanto “apanhar”, de tanto ter ações judiciais pelos mesmos questionamentos, mesmo na fase de aprovação pelo Ministério Público, começou a adquirir

uma mentalidade ambiental. Diz hoje que tem um padrão ISO X de meio ambiente e trabalha com isso. Então, aquela faixa de 15 a 30 metros, na dúvida, vou adotar 30 metros, porque não quero entrar na discussão dos 15 metros, vou vender lotes dentro dessa faixa, porque mais tarde vou ter que recomprar esses lotes.

Concordo com a senhora que é um assunto complicado; não queremos paralisar o mercado, mas tem que se pensar também no preço que se vai pagar lá na frente, pensar não só na nossa geração, mas nas futuras. Queremos garantir para nossos filhos e netos. Se pudermos gastar um pouco mais da nossa massa cinzenta para discutir estes critérios, acho que o Ministério Público pode se colocar à disposição das instituições financeiras para discutir isso numa mesma mesa; é importante, porque a gente vai tentar falar o mesmo discurso e facilitar ao invés de dificultar o mercado.

Carlos Eduardo Duarte Fleury – E ao que me parece, essa responsabilização, na verdade, é uma tentativa pela via mais difícil, que é a via do bolso, mas é uma tentativa para que pessoas jurídicas e pessoas físicas se conscientizem. Acho que isso é importante e não temos outra alternativa a não ser colaborar quando da concessão de um financiamento, verificar exatamente e atender essas questões.

Nesse sentido, quero mais uma vez agradecer sua colaboração. Acho que de forma alguma você frustrou nossas expectativas, trazendo informações relevantíssimas para a atividade de crédito imobiliário, que certamente propiciarão debates muito oportunos junto às instituições financeiras, com vistas a modificar sua relação de documentos para ajustarem-se a essa tendência de forma alcançar o fim almejado, a degradação do meio ambiente. Acho importante e mais uma vez quero agradecer sua participação.

José Carlos de Freitas – Eu é que agradeço a oportunidade de me manifestar. Essa minha fala sobre habitação popular consta de um trabalho no Ministério Público, que é o de regularizar os loteamentos de favelas em situações irreversíveis; a cidade já absorveu isso a um passivo que tem se transformado e urbanizado. Nossa luta é convencer as prefeituras a fa-

zerem isso, convencer o Judiciário que esse trabalho não é do Ministério Público, é da sociedade, e tentar convencer as instituições financeiras a se fazerem presentes com a gente em parcerias, porque esses nossos procedimentos de regularização demandam um conhecimento técnico que o poder público não detém. Por isso, nos valem de arquitetos, engenheiros, biólogos, enfim todo mundo que domina um conhecimento técnico. Não temos esse quadro no Ministério Público brasileiro nem no estado de São Paulo. Já falei isso com o Fleury, de a gente tentar sensibilizar as instituições financeiras não só públicas, mas privadas, para uma parceria nessa questão. Essas habitações trazem problemas para toda a cidade, e queremos resolver o problema para todo mundo, não só para aqueles moradores. Mas para chegar a isso, estamos reunindo vários parceiros, o Judiciário, o registro de imóveis, as prefeituras, os governos estaduais e a União.

Mas falta alguma coisa e essa alguma coisa é o financiamento dessas perícias tanto na fase extrajudicial como na fase judicial. Não temos esses elementos. Então, se vocês puderem dar alguma idéia de como poderíamos fazer isso, se talvez a fundo perdido, dinheiro que venha para depois demonstrarmos, dinheiro que foi empregado na regularização desses lotes estão no mercado, viraram uma mercadoria, vão entrar no comércio, e o banco vai poder emprestar para essas pessoas que têm lotes. É um retorno não a médio, mas talvez um pouco a longo prazo. Fica uma proposta para que pensemos em conjunto de que maneira fazer isso, auxiliar não o Ministério Público, mas auxiliar as cidades onde vocês moram, para que eliminemos esse problema que é social, tem repercussão econômica; uma cidade mal planejada, com muitos loteamentos, muitas favelas não atrai recursos, não atrai investimentos. A partir do momento em que se urbaniza, você dá outra cara para a cidade, coloca as pessoas no âmbito da cidadania. Essas pessoas vão ter endereço para receber correspondência, vão ter patrimônio para isso.

Como não posso deixar de fazer em todos os lugares por que estou passando de “chapéu na mão”, pedindo auxílio de vocês, para que vejamos de que maneira as instituições financeiras, principalmente as privadas, possam ajudar o Ministério Público brasileiro na solução desse problema habitacional. Do acesso ao mercado formal, para o mercado que vocês vão explorar. Não queria terminar com o pedido, mas enfim só

agradecer a oportunidade que vocês me deram aqui e possam aproveitar essas idéias. Que possamos aproveitar no futuro. Muito obrigado!

Carlos Eduardo Duarte Fleury – Dr. José Carlos, uma singela lembrança para registrar sua presença nesse evento e os nossos sinceros agradecimentos. Para encerrar, vou passar a palavra para o nosso Diretor Geral, Dr. Osvaldo Fonseca, que fará o encerramento deste seminário.

ENCERRAMENTO

Oswaldo Correa Fonseca – Em nome do Presidente da Abecip, quero principalmente agradecer toda equipe que se esforçou para que este Seminário fosse possível. Nós precisamos, daqui para frente, de algumas sugestões para que possamos aprimorar e fazer novos seminários. Este, praticamente, é embrionário, nesse método que estamos implantando. Achamos que temos condições de aperfeiçoar. Mas parabéns! Gostamos da organização. Foi muito bom. Acho que este seminário foi muito bem escolhido. É um assunto que nos preocupa quase diariamente, essa complicação que temos nos contratos, às vezes até nos contratos liquidados, que, por decisão judicial, são reabertos modificando o *status*. É o caso do Plano Collor, que ainda depende de uma decisão. Há uma frase muito feliz do Presidente Décio, num Congresso, há seis anos, em Brasília, sobre crédito imobiliário: “no Brasil, até o passado é imprevisível”. Por aí se tem uma idéia da preocupação naquela data. Acho que com o novo Código Civil e seminários como estes, em que se procura dar essa transparência melhor nos contratos, colocando como foi a sugestão do Dr. Pablo, cartilhas para explicitar melhor, acho que essa transparência que podemos dar, essas informações que podemos fornecer talvez até mensalmente para nossos mutuários, vamos evitar no futuro que isso possa ocorrer de novo. Acho que o caminho é este. Isto veio abrir um pouco mais nossos olhos.

Nós, do Bradesco, já temos essa preocupação manifestada pelo Dr. José Carlos de Freitas; temos uma equipe no nosso departamento cuidando disso. É lógico que se tivermos um pleito, teremos também nas instituições financeiras ou na Febraban ou na Abecip um elemento lá dentro, provavelmente naqueles pleitos que vocês não votam, mas dão uma opinião; eventualmente esse empresário, ao encontrar dificuldade para conseguir os recursos, talvez modifique o projeto. Então acho que vale sim a presença de uma representação nas instituições financeiras. Bem como acho que estamos de parabéns pelas lições que tivemos nesses três dias aqui.

Estou muito contente com o sucesso deste seminário.

SOBRE OS EXPOSITORES

ARNOLDO WALD

Advogado em São Paulo e Rio de Janeiro (1954).

Doutor em Direito pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (1956). Docente livre (1957) e professor catedrático de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Doutor *Honoris Causa* e Professor visitante da Universidade Paris II.

Foi secretário geral e vice-presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros; Procurador Geral da Justiça do Estado da Guanabara, presidente da Comissão de Valores Mobiliários e membro do Conselho Monetário Nacional, tendo integrado o Conselho Federal da OAB.

Foi presidente da Academia Internacional de Direito e Economia, é membro da Academia Brasileira de Letras Jurídicas e da Academia Paulista de Direito e da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara Internacional do Comércio.

Principais obras

Curso de Direito Civil, 5 volumes, 15ª ed., São Paulo: Saraiva.

Aplicação da teoria das dívidas de valor às pensões decorrentes de atos ilícitos. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, 229 p. Tese (Cátedra de Direito Civil) – Faculdade de Direito da Universidade do Distrito Federal.

A cláusula de escala móvel: um meio de defesa contra a depreciação monetária. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1959, 268 p. Tese (Doutorado) – Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil;

Do mandado de segurança na prática judiciária. 3ª ed. rev., aum. e atual. com prefácio do Dr. Miguel Seabra Fagundes. Rio de Janeiro: Forense, 1968, 329 p. 4ª ed., 2003.

A correção monetária. Prefácio do Min. Roberto de Oliveira Campos. Rio de Janeiro: Apec, 1970, 336 p. (Investimentos privados e inflação: a experiência brasileira; 1) (co-autoria Julian Magalhães Chacel e Mário Henrique Simonsen);

Estudos e pareceres de direito comercial: problemas comerciais e fiscais da empresa contemporânea. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª e 2ª Série, 1972 e 1979. 2ª Série.

Questões de responsabilidade civil. Belém: Cejup, 1990, 213 p.

O direito de parceria e a nova Lei de Concessões: análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95. Prefácio do Exmo. Sr. Presidente da República Prof. Fernando Henrique Cardoso. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004. 954 p. (co-autoria com Alexandre de Mendonça Wald e Luiza Rangel de Moraes).

O novo direito monetário: os planos econômicos e a justiça (Da correção monetária à desindexação). 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, 526 p.

(José Manoel de) ARRUDA ALVIM (Netto)

Professor Livre Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Coordenador da área, no mestrado e doutorado, de Direito Civil.

Advogado Especialista em direito processual civil, direito civil e direito público (administrativo e tributário).

Desembargador aposentado do E. TJSP.

Doutor em Direito Judiciário Civil pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mediante concurso público de títulos e provas – 1970 (média 10 – distinção e louvor).

Professor Livre-Docente de Direito Judiciário Civil pela Faculdade Paulista de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mediante concurso público de títulos e provas em 1970, perante banca composta por 5 (cinco) Professores Catedráticos: José Frederico Marques, Washington de Barros Monteiro, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Nicolau Nazo e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, obtendo no concurso, média 9,25.

Professor Titular da Cadeira de Direito Judiciário Civil pela Faculdade Paulista de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, mediante enquadramento, de conformidade com a Legislação Federal.

Conferências

Conferência no IX Encontro dos Tribunais de Alçada do Brasil, realizado na Renaissance São Paulo Hotel, em 29 e 30.08.1997. O título da conferência pronunciada foi: “Indenização por dano moral – Quantificação”.

Conferência no XXII Ciclo de Estudos Jurídicos, realizada de 03 a 07.11.1997, realizado pela Fundação Instituto de Ensino para Osasco, tendo proferido conferência sobre o tema: “O processo e a coisa julgada no Código de Processo Civil”.

Conferência proferida no Fórum da Comarca de Osasco, no Cedes Des. Dínio de Santis Garcia, em 24.06.1999. O tema foi o seguinte: “As recentes alterações do Código de Processo Civil em matéria recursal – Lei 9.756/98 – e a valorização das decisões de 1º grau de jurisdição”.

Conferência no 3º Congresso Internacional de Direito Ambiental, realizado em São Paulo, de 30 de maio a 02 de junho de 1999, sob os auspícios, entre outros, do Ministério Público do Estado de São Paulo e Instituto O Direito por um Planeta Verde. Tema: “Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/1985)”.

Conferência no IX Fórum Jurídico do Seguro Privado-SP, a convite do Centro de Estudos do 2º TACivSP, realizado o Congresso nos dias 21 e 22.05.1999, na cidade do Rio de Janeiro. Participantes os juízes do 2º TACivSP.

Conferência a convite do TJPR, proferida em 08.12.1998, analisando comparativamente o Código Civil e o Anteprojeto de Código Civil, no X Fórum Jurídico do Seguro, realizado em Curitiba-PR.

Conferência a convite do Instituto Brasileiro de Direito Processual no 1º Encontro Doutrina-Jurisprudência de Direito Processual Civil, realizada em Brasília, nos dias 02 e 03.12.2000.

Artigos e Trabalhos Publicados no Exterior

“Teoria da ação” e “A ação no Direito Processual Civil brasileiro”, publicados na *Enciclopédia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, Argentina, editada por Ancalo S.A.

“*A perpetuatio iurisdictionis*”, publicado em homenagem a Eduardo Couture, Uruguai, em obra editada pelo Instituto Uruguayo de Derecho Procesal.

“Competência internacional”, publicado em homenagem ao Prof. Enrico Tullio Liebman, Milão, Itália, em obra coordenada pelo Prof. Giuseppe Tarzia (Milão, ed. Giuffrè,). Está publicado esse estudo, às p. 697-754, com separatas. A obra foi publicada pela Giuffrè Editora, no ano de 1979 e se intitula: *Studi in onore di Enrico Liebman*, encontrando-se o referido estudo no segundo volume.

Relatórios dos Congressos Internacionais de Direito Processual Civil, publicados na Bélgica (1977) e na Alemanha (Wurzburg, ano 1983). Foi Relator Brasileiro de Ambos os Congressos Internacionais (vide *infra*). Na Bélgica, em edição *off-print*, resumo do texto “Préparation, sélection et nomination des juges”, com título em francês e texto em castelhano, na obra maior, com título geral em inglês “Towards a justice with a human face”. The First International Congress on the Law of Civil Procedure (Ghent, 1977 – Bélgica), edição citada, p. 416 e seguintes. Na Alemanha, a “Influência da Constituição no Direito Processual Civil”, relatório apresentado pelo signatário ao Congresso Internacional de Processo Civil (VII Congresso), referido na obra, em alemão, “Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung” – Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht, Wurzburg, 1983, editada pela Ed. Gieseking, Bielefeld, Alemanha.

“O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse

terceiro, no direito brasileiro”, nos *Estudos em homenagem ao Prof. Jaime Guasp Delgado*, na Espanha.

“Resistência injustificada ao andamento do processo”, publicado na Espanha.

No ano de 1994 publicou na Itália, nos *Scritti in Onore di Elio Fazzalari*, vol. II, Milão, Ed. Giuffrè, Trabalho intitulado “Deveres das partes e dos procuradores, no Direito Processual Civil brasileiro (a lealdade no processo)”.

No ano de 1995, publicou no Japão estudo que versa sobre a “Reforma do Direito Civil e a ordem econômica”, convite formulado pelo Prof. Kazuo Watanabe.

Livros Publicados

(Todas as publicações – salvo indicação – foram pela Editora Revista dos Tribunais, São Paulo-SP)

Ensaio sobre a litispendência no Direito Processual Civil, 1972.

Direito Processual Civil – Teoria geral do processo de conhecimento, 1972.

Curso de Direito Processual Civil, 1972.

Código de Processo Civil Comentado, 5 vols., 1975.

Manual de Direito Processual Civil, vol. I – (7ª ed., 2001; 8ª ed. no prelo); vol. 2 (6ª ed., 2001; 8ª ed. no prelo), editado desde 1977.

Ação declaratória – Ementário de Jurisprudência e Doutrina – (em co-autoria), 1984.

Código de Processo Civil e legislação extravagante – Anotações de jurisprudência e doutrina, (1ª ed., 2ª tiragem), 1986.

Prova – Repertório de Jurisprudência e Doutrina (em co-autoria), 1985.

Competência (em co-autoria), 1986.

Assistência e litisconsórcio – Repertório de jurisprudência e doutrina, (em co-autoria) – 1986.

Ação rescisória (em co-autoria), 1986.

Denúnciação da lide (em co-autoria), 1988.

Nulidades processuais – Repertório de Doutrina e Jurisprudência (em co-autoria), 1992.

Arguição de relevância no recurso extraordinário, 1988.

O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição de 1988). São Paulo: Saraiva, publicado em obra coletiva coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1991.

Jurisprudência do Código de Processo Civil – Vols. I e IV (em co-autoria); Vols. V a XIII; Vols. XIV a XIX (em co-autoria), 1978 a 1986; Vol. XX (em co-autoria), 1989.

Tratado de Direito Processual Civil, 2ª ed. do *Código de Processo Civil Comentado*, editado em 1975, então com 5 volumes, 1975 a 1981. Refundido vol. I (arts. 1º ao 6º), 1990.

Tratado de Direito Processual Civil, 2ª ed. do *Código de Processo Civil Comentado*, editado em 1975, então com 5 volumes, 1975 a 1981. Refundido vol. II (arts. 7º ao 45), 1996.

Código do Consumidor comentado, (em co-autoria), 2ª ed., 1995.

Seis volumes de *Estudos e Pareceres*, publicados em 1995, que versam sobre: I) Mandado de Segurança e Direito Público (Dentre os quais destacam-se dois pareceres à respeito de ação civil pública e de ação popular); II) Direito Processual Civil; III – Direito Processual Civil; IV – Direito Processual Civil; V) Direito Civil; e VI) Direito Comercial.

“Tutela antecipatória (Algumas noções – Contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas)”. São Paulo: Saraiva, publicado em obra coletiva coordenada pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, 1996.

“A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF impõe limites à ação civil pública e ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor” (em *Ação civil pública – Lei 7.347/85: reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, obra coletiva sob a coordenação de Édis Milaré, p. 152-162, 1995).

Trabalho publicado em obra coletiva sobre “Alienação fiduciária e o direito do consumidor”, p. 78 e seguintes, inserta na Coletânea *Alienação fiduciária e patrimônio de afetação – Instrumentos jurídicos para assegurar a expansão do SFI*, onde se publicaram os resultados dos trabalhos do Seminário sobre “Alienação fiduciária de imóveis e patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias”, realizado nos dias 04 a 06.05.2000, no Guarujá, São Paulo, promovido pelo Ibrafi e pelo 2º TACivSP, sob a coordenação do Juiz Manoel de Queiroz Pereira Calças e do Dr. Carlos Eduardo Duarte Fleury.

Trabalho publicado na obra *Direito Processual Público – A Fazenda Pública em Juízo*, editada em São Paulo, Malheiros Editora, ano 2000, intitulado: “Limites ao controle judicial da administração – A discricionariedade administrativa e o controle judicial”, p. 227-237.

Trabalho publicado na Revista *Cidadania e Justiça*, ano 4, n. 9, 2º semestre 2000, intitulado “Notas sobre a coisa julgada coletiva” (p. 87-119), revista editada pela Associação de Magistrados Brasileiros, Rio de Janeiro.

Manual de Direito Processual Civil, 7ª ed., 2000, 1º vol. com 635 p. e 2º vol. com 758 p.

Seis volumes da Coleção *Estudos e Pareceres* II, publicados em 2001 e 2002, que versam sobre: I) Direito Privado 1: contratos, direitos reais, pessoas jurídicas de direito privado e responsabilidade; II) Direito Privado 2: direito civil e direito comercial; III) Direito Processual Civil 1: pressupostos processuais e condições da ação, competência, litisconsórcio, tutela antecipada, sentença e ação rescisória; IV) Direito Processual Civil 2: recursos e liquidação de sentença; V) Direito Pro-

cessual Civil 3: execução, medidas cautelares, ações em espécie e VI) Mandado de Segurança, Direito Público e Tutela Coletiva.

“Notas sobre algumas das mutações verificadas com as Leis 10.352 e 10.358, de dezembro de 2001”, artigo escrito em homenagem ao Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, no Apêndice de *Direito Processual Civil* – vol. 2, da Coleção Estudos e Pareceres – II, 2002.

“Notas sobre a disciplina da antecipação da tutela na Lei 10.444, de maio de 2002”, artigo escrito em homenagem a Cândido Rangel Dinamarco, e publicado no Apêndice de *Direito Processual Civil* – vol. 3, da Coleção Estudos e Pareceres – II, 2002.

Trabalhos publicados na RePro (São Paulo, ed. Revista dos Tribunais)

“Alienação antecipada de bens penhorados”, *RePro* 1/85, 1976.

“Sentença no processo civil. As diversas formas de determinação do processo em primeiro grau”, *RePro* 2/13, 1976.

“Ação rescisória”, *RePro* 2/277, 1976.

“Indeferimento liminar de ação declaratória incidental, reconvenção, oposição, embargos do devedor e pedido de assistência, recurso cabível”, (co-autoria), *RePro* 2/237, 1976.

“Exegese do art. 315 do CPC”, (co-autoria) *RePro* 2/241, 1976.

“Possibilidade de o Ministério Público suscitar o acidente de uniformização de jurisprudência”, (co-autoria), *RePro* 3/127, 1976.

“Análise das principais inovações no sistema e na estrutura do Código de Processo Civil brasileiro”, *RePro* 3/192, 1976.

“Chamamento ao processo em ação declaratória positiva”, (co-autoria), *RePro* 3/131, 1976.

“Interpretação do art. 82, III, do CPC”, (co-autoria), *RePro* 3/136, 1976.

“A nulidade da sentença por infração ao art. 398 do CPC”, *RePro* 3/218, 1976.

“Prazo para interposição de recurso extraordinário no procedimento sumaríssimo”, *RePro* 3/215, 1976.

“Regime jurídico da notificação extrajudicial”, *RePro* 3/222, 1976.

A perpetuatio iurisdictionis no Código de Processo Civil brasileiro, *RePro* 4/13, 1976.

“Promoção do juiz depois de terminada a instrução e antes da prolação da sentença”, (co-autoria), *RePro* 4/219, 1976.

“Execução – Regime jurídico e ausência de título”, *RePro* 4/217, 1976.

“Ônus da prova e o direito intertemporal”, (co-autoria), *RePro* 4/227, 1976.

“O ônus da prova nas ações declaratórias negativas”, (co-autoria), *RePro* 4/231, 1976.

“Ação rescisória – Violação a literal disposição da lei”, *RePro* 4/304, 1976.

- “Processo judicial tributário”, *RePro* 4/261, 1976.
- “O destinatário na citação pelo correio”, (co-autoria), *RePro* 5/177, 1977.
- “Honorários advocatícios nas ações julgadas improcedentes”, (co-autoria), *RePro* 5/188, 1977.
- “O destinatário na citação pelo correio”, *RePro* 5/177, 1977.
- “Impossibilidade de substituição processual voluntária face ao Código de Processo Civil”, *RePro* 5/215, 1977.
- “Fato que influi na decisão de interlocutória e no mérito – Vinculação ou não do juiz após a decisão interlocutória”, (co-autoria), *RePro* 5/185, 1977.
- “O destinatário da norma do art. 686, V, do CPC”, (co-autoria), *RePro* 6/121, 1977.
- “A exceção e os embargos do devedor”, *RePro* 6/129, 1977.
- “Mandado de segurança”, *RePro* 6/145, 1977.
- “Reexame do valor da prova”, *RePro* 6/189, 1977.
- “Assistência”, *RePro* 6/227, 1977.
- “Competência internacional”, *RePro* 7-8/15, 1977.
- “Ação declaratória incidental em processo de inventário”, (co-autoria), *RePro* 7-8/167, 1977.
- “Competência para a ação de reparação de dano decorrente de delito”, (co-autoria), *RePro* 7-8/157, 1977.
- “Ação declaratória incidental em processo de inventário”, *RePro* 7-8/167, 1977.
- “Execução: devolução de quantia paga a mais”, *RePro* 7-8/217, 1977.
- “Coisa julgada na ação cautelar de sustação de protesto”, (co-autoria), *RePro* 9/195, 1978.
- “A preferência pela penhora e o arresto convertido em penhora”, *RePro* 9/201, 1978.
- “O “novo fundamento” a que se refere o art. 808, par. ún., do CPC”, (co-autoria), *RePro* 9/207, 1978.
- “Arbitramento de honorários de advogado”, *RePro* 9/257, 1978.
- “A revelia e a ação declaratória incidental”, (co-autoria), *RePro* 10/213, 1978.
- “O gestor de negócios e o curador especial diante da revelia do réu assistido”, (co-autoria), *RePro* 10/217, 1978.
- “Ação de despejo”, *RePro* 10/233, 1978.
- “Revogação da medida liminar em mandado de segurança”, *RePro* 11-12/15, 1978.
- “Direito de retenção”, *RePro* 11-12/233, 1978.
- Tradução de “As bases do direito processual civil”, de Walter J. Hobscheid, *RePro* 11-12/117.
- “Ação renovatória”, *RePro* 13/161, 1979.
- “Sentença *citra petita* – Necessidade de ação rescisória”, *RePro* 14-15/235, 1979.

“Incidente de falsidade ideológica em processo de inventário”, *RePro* 16/201, 1979.

“Resistência injustificada ao andamento do processo”, *RePro* 17/13, 1980.

“Nunciação de obra nova”, *RePro* 20/214, 1980.

“Ação declaratória incidental”, *RePro* 20/229, 1980.

“Convenção de condomínio e sua obrigatoriedade”, *RePro* 21/217, 1981.

“Ação declaratória”, (co-autoria), *RePro* 21/259, 22/212, 1981.

“Arguição de *reformatio in peius* em ação de adjudicação compulsória”, *RePro* 22/184, 1981.

“Apontamentos sobre a perícia”, *RePro* 23/09, 1981.

“Anotações sobre o tema – competência”, *RePro* 24/9, 1981.

“Rescisão de contrato de compromisso de compra e venda”, *RePro* 29/162, 1983.

“Efeitos do agravo de petição interposto contra a cassação de medidas liminares concedidas em mandado de segurança”, *RePro* 29/178, 1983.

“O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro”, *RePro* 31/189, 1983.

“Meio processual idôneo para atacar promessa de doação que teria, se doação fosse, reduzido o doador a insolvência”, *RePro* 31/248, 1983.

“Ação popular”, *RePro* 32/163, 1983.

“do cabimento de mandado de segurança preventivo para atacar ilegalidade evidente, em matéria de desapropriação”, *RePro* 32/178, 1983.

“Ação com o fito de obter alvará de licença, por parte da municipalidade, para construção – Possibilidade de que o poder judiciário determine a expedição do referido alvará”, *RePro* 33/154, 1984.

“Responsabilidade pelos danos causados a terceiros, resultantes do estrito cumprimento de contrato de empreitada em que a empreiteira subordinava-se a condições de fiel observância aos projetos e instruções da RFFSA e sob fiscalização desta”, *RePro* 34/207, 1984.

“Transformação de departamento de clube de campo da APM em “Casa do Médico” – Possibilidade legal estatutária – Implicações jurídicas desta transformação”, *RePro* 35/191, 1984.

“Medida cautelar – Hipótese de cabimento – Eficácia e caducidade”, *RePro* 36/237, 1984.

“Medida cautelar – Sustação de protesto – Responsabilidade – Correção monetária – Termo inicial”, *RePro* 37/151, 1985.

“Principios fundamentales y formativos del procedimiento civil brasileiro”, *RePro* 38/84, 1985.

“Embargos de declaração – Contradição – Correção monetária – Desapropriação – Termo inicial”, *RePro* 38/181, 1985.

“Anotações sobre a medida liminar em mandado de segurança”, *RePro* 39/16, 1985.

“Ação rescisória contra acórdão proferido em recurso extraordinário que redefiniu matéria de fato – Cabimento – Razões de procedência”, *RePro* 39/190, 1985.

“Ação declaratória incidental – Ajuizamento em ação de despejo fundada em escritura de compra e venda e contrato de locação nulos – Razões de cabimento e procedência”, *RePro* 39/211, 1985.

“Ação rescisória – Fundamentação no art. 485, V do CPC somado ao art. 493, III, do CC”, *RePro* 40/157, 1985.

“Ação de usucapião – Ineficácia absoluta ou inexistência da sentença prolatada, em relação ao litisconsorte não citado, remanescendo o seu título de proprietário oponível *erga omnes* – Matéria de ordem pública, não atingida pela preclusão”, *RePro* 41/237, 1986.

“Ação declaratória de nulidade (ou inexistência) de cessão de cotas de sociedade comercial”, *RePro* 42/187, 1986.

“Ação rescisória – Requisitos para embasamento em violação a literal disposição de lei – Conceito de erro de fato e impossibilidade de sua alegação – Presunção e fato notório – Conceitos e distinção”, *RePro* 43/191, 1986.

“Locação comercial – Retomada para construção que valoriza o imóvel – Possibilidade – Fundo de comércio – Indenização não devida – Direito de preferência – Inexistência”, *RePro* 44/202, 1986.

“Da coisa julgada produzida em ações discriminatórias, propostas e findas antes da vigência do CPC de 1973”, *RePro* 45/156, 1987.

“Da coisa julgada – Limites objetivos – Ação prejudicial externa – Julgamento – Ação cautelar – Efeitos – Ação rescisória – Requisitos – Liquidação por artigos para apuração de perdas e danos – Julgamento antecipado”, *RePro* 46/177, 1987.

“Ação declaratória de nulidade de cláusula contratual – Admissibilidade – Compromisso de compra e venda – Estipulação de correção cambial – Nulidade – Reconvenção pretendendo a rescisão do contrato – Carência por ausência de constituição em mora por interpelação”, *RePro* 47/124, 1987.

“Notas a respeito dos aspectos gerais e fundamentais da existência dos recursos – Direito brasileiro”, *RePro* 48/7, 1987.

“Mandado de segurança impetrado por terceiro contra ato judicial proferido em processo alheio – Distinção entre dominação contratual e dominação de fato – Exegese e âmbito dos arts. 639 e 640 do CPC”, *RePro* 48/151, 1987.

“Ação de rescisão contratual – Contrato de divisão patrimonial – Inépcia da inicial – Inexistência de condições de ação”, *RePro* 49/106, 1988.

“Consórcio – Autorização para funcionamento – Mora administrativa – Indenização”, *RePro* 50/143, 1988.

“Citação por edital – Nulidade somada a revelia – Desnecessidade da mani-

festação do réu revel quanto a intenção do autor em desistir da ação”, *RePro* 53/209, 1989.

“Ação incidental de falsidade ideológica de laudo pericial – Preclusão – Sentido da palavra “documento””, *RePro* 54/224, 1989.

“Rescisão de compromisso de compra e venda – Interpelação – Necessidade, sempre, ainda que tenha sido proposta e julgada improcedente ação de consignação em pagamento – Possibilidade de reconvenção em ação de consignação de pagamento”, *RePro* 56/174, 1989.

“O antigo recurso extraordinário e o recurso especial (na Constituição Federal de 1988)”, *RePro* 58/62, 1990.

“Possibilidade de desistência de processo desapropriatório – Concorrência de desapropriações – Incra e Estado-Membro”, *RePro* 58/162, 1990.

“Ação de indenização por ter havido sonegação de bens na partilha e porque a partilha, em si mesma, foi prejudicial à autora. necessidade de o juiz decidir ambos os pedidos, relativos às duas causas de pedir”, *RePro* 59/209, 1990.

“Mandado de segurança contra ato judicial – Medida cautelar concedida liminarmente em segundo grau – Cumprimento que não pode ser obstado em razão da pendência de embargos de declaração”, *RePro* 60/122, 1990.

“Medida liminar impedindo a execução – Modo adequado de impugnação – Impossibilidade de execução”, *RePro* 61/212, 1991.

“Anotações sobre perplexidades e os caminhos do processo civil contemporâneo”, *RePro* 64/7, 1991.

“Deveres das partes e dos procuradores, no Direito Processual Civil brasileiro – A lealdade no processo”, *RePro* 69/7, 1993.

“Do sistema inaugurado pela Lei 6.830/80 (Lei das Execuções Fiscais)”, *RePro* 69/122, 1993.

“O Código de Processo Civil, suas matrizes ideológicas, o ambiente sócio-político em que foi editado e as duas décadas que se lhe seguram, com suas novas necessidades – A complementação do sistema processual – Processo e procedimento, no sistema constitucional de 1988”, *RePro* 70/34, 1993.

“*Leasing* – Ação de reintegração de posse”, (co-autoria), *RePro* 70/191, 1993.

“Ação renovatória de aluguel – Liquidação – Recurso cabível – Erro material”, *RePro* 71/200, 1993.

“Exceção de pré-executividade – Falta de condição da ação – Sentença de mérito”, *RePro* 72/190, 1993.

“Mandado de segurança contra ato judicial – Apelação – Liminar concedida anteriormente – Efeitos”, *RePro* 72/244, 1993.

“Erro material – Inexistência de trânsito em julgado”, *RePro* 74/193, 1994.

“Homenagem póstuma ao Dr. Luís Kubinszky – A perda de um grande amigo”, *RePro* 74/313, 1994.

“Ação cautelar – Não propositura da ação principal em 30 dias – Cessação dos efeitos produzidos”, *RePro* 75/217, 1994.

“Liquidação de sentença – Interpretação da sentença exequenda”, *RePro* 76/153, 1994.

“Qualificação jurídica do fato feita equivocadamente dá azo à rescisória – art. 485, V”, (co-autoria), *RePro* 76/164, 1994.

“Interpretação da sentença líquidanda – Fidelidade ao seu sentido original – Multa convencional e ‘astreintes’ – Diferenças e limites”, *RePro* 77/177, 1995.

“Transação como ato final do procedimento administrativo – Homologação judicial – Grau de vinculatividade”, *RePro* 78/178, 1995.

“O direito de defesa e a efetividade do processo 20 anos após a vigência do Código”, *RePro* 79/207, 1995.

“Mandado de segurança contra decisão que nega ou concede liminar em outro mandado de segurança”, *RePro* 80/45, 1995.

“Declaração concentrada de inconstitucionalidade, pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao código de proteção e defesa do consumidor”, *RePro* 81/127, 1996.

Contestação – Ação civil pública – Pretensão a obtenção de declaração de inconstitucionalidade em tese – Inadmissibilidade”, *RePro* 82/256, 1996.

“Ação civil pública”, *RePro* 87/149, 1998.

“Notas sobre a coisa julgada coletiva”, *RePro* 88/31, 1997.

“Notícia sobre o resultado dos trabalhos da comissão constituída pelo ministério da justiça para a revisão do Código de Processo italiano”, (co-autoria), *RePro* 88/148, 1997.

“Anotações sobre a chamada coisa julgada tributária”, *RePro* 92/7, 1998.

“Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo Processo Hodierno entre nós – Evolução da cautelaridade e suas reais dimensões em face do instituto da antecipação de tutela – As obrigações de fazer e de não fazer – Valores dominantes na evolução dos nossos dias”, (trabalho de caráter monográfico publicado na *RePro* 97/51–106, 2000.

“Notas atuais sobre a figura da substituição processual”, *RePro* 106/18, 2002.

Orientações de dissertações

Doutoramentos

“A transcrição – Sistemas de transmissão da propriedade imobiliária”, orientando Victor Hugo Tejerina Velázquez.

“Normas contratuais do Código de Defesa do Consumidor em face das normas contratuais do Código Civil”, orientanda Valquíria Aparecida Lopes Ferraro.

“Embargos de divergência”, orientando Rodrigo Cunha Lima.

Mestrados

“Servidões”, orientando Luiz Fernando Lodi.

“Do direito de construir”, orientando Aldemiro Rezende Dantas.

“A prisão civil na alienação fiduciária em garantia e a atipicidade de figura do depositário”, orientanda: Mônica Alves Ribeiro da Costa.

“Jurisdição voluntária”, orientando: Wagner de Pina Cabral.

“Considerações sobre o Sistema Financeiro Nacional”, orientando: Rogério Monteiro.

“Da propriedade horizontal e vertical”, orientando: Haroldo Guilherme Vieira Fazano.

“Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer”, orientando: Nelson Rodrigues Netto.

“O princípio da igualdade no Direito Processual Civil”, orientando: Francisco Glauber.

“As prerrogativas processuais da Fazenda Pública no processo de execução em face dos direitos do credor”, orientanda: Wanessa C. Françolin.

“A crise do princípio da oralidade no Direito Processual Civil brasileiro”, orientando: Jefferson Carlos Carús Guedes.

EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA

No período de 1988 a 1990 foi Defensor Público no estado do Rio de Janeiro, onde foi Magistrado de 1990 a 1998.

Em 1998 prestou concurso para as atividades notariais e registrais, sendo titular do 2º Ofício de Teresópolis desde setembro de 1998 (atribuições da serventia- notas, registro de imóveis e protestos).

Vice-presidente do Irib para o estado do Rio de Janeiro.

EVERALDO AUGUSTO CAMBLER

Bacharel em Direito em 1981, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP.

Mestre em Direito das Relações Sociais em 1991, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP, com a dissertação: “Incorporação imobiliária – Ensaio de uma teoria geral” – Orientação: Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto – Banca Examinadora: Professores Doutores João Batista Lopes, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Nelson Nery Jr.

Doutor em Direito das Relações Sociais em 1997, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – SP, com a tese: “Responsabilidade civil na incorporação imobiliária” – Orientação: Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto – Banca examinadora: Professores Doutores Antonio Carlos Marcato, João Batista Lopes, José Manoel de Arruda Alvim Netto, Renan Lotufo, Rogério Laurie Tucci.

De 1982 a 1984, foi Auxiliar Técnico da Mesa Diretiva da Assembléia Legislativa de São Paulo. Em 1985 foi admitido como Auxiliar Jurídico pela Imobiliária Incorporações S.A. (São Paulo), em 1987 foi promovido a assessor jurídico e em 1993 a Gerente de operações. Em 1999 começou a trabalhar no Duarte Garcia, Caselli Guimarães e Terra – Advogados, também em São Paulo.

Na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo foi Professor Auxiliar de ensino de 1985 a 1993 (Direito Processual Civil e Direito Civil), Professor Assistente Mestre desde 1994 (Direito Civil) e Assistente no Curso de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito Civil – desde março de 1999 – regido pelo Prof. Arruda Alvim.

Nas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo foi Professor do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Civil de 1993 a 2000 – Obrigações, Contratos e Direitos Reais.

Na Universidade Federal de Uberlândia-MG, foi Professor do Curso de Mestrado Interinstitucional em direito – agosto a dezembro de 1998 – Obrigações e Contratos, Professor do Curso de Especialização em Direito Empresarial – Contratos Mercantis – Fevereiro de 2001.

Na Escola Superior de Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção São Paulo, foi Coordenador do Módulo I – Obrigações e Teoria Geral dos Contratos – de março a setembro de 1999.

Na Fundação Armando Álvares Penteado – São Paulo – Faculdade de Direito, foi Professor do Curso de Especialização – Responsabilidade Civil nos Negócios Imobiliários – agosto a setembro de 2001.

Monografias

Incorporação imobiliária – Ensaio de uma teoria geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, 285 p.

A responsabilidade civil na incorporação imobiliária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, 368 p.

Curso avançado de direito civil – Direito das obrigações. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, 304 p.

Curso avançado de direito civil – Direito das coisas. Em co-autoria com Maria Antonieta Zanardo Donato (*no prelo*).

GUSTAVO LOYOLA

Exerceu a Presidência do Banco Central por duas vezes (1992-1993 e 1995-1997); como funcionário de carreira da instituição, foi diretor de Normas do Mercado Financeiro (1990-1992) e chefe do Departamento de Normas do Mercado de Capitais. Doutor em Economia pela Fundação Getulio Vargas, tem ampla atuação acadêmica e atualmente é sócio da Tendências Consultoria Integrada.

HÉLIO BORGHI

Mestre e Doutor em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Professor de Direito Civil nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho, campus de Franca-SP, onde, atualmente, também é Diretor.

Autor de diversos livros e textos publicados em revistas especializadas.

JOSÉ CARLOS DE FREITAS

Promotor de Justiça em São Paulo desde 1988. É o 1º Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo da Capital desde setembro de 1997. Foi Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo do Estado de São Paulo de março de 1998 a fevereiro de 2003. É assessor do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Urbanismo e Meio Ambiente.

Formado em 1997 no 1º Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Professor convidado no Curso de Especialização em Interesses Difusos e Coletivos do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Compõe o Conselho Editorial da revista *Fórum de Direito Urbano e Ambiental*, da Editora Fórum, Minas Gerais.

Textos publicados:

“Da legalidade dos loteamentos fechados”, *RT* 750/148

“Comentários à Lei 9.785/99 sobre as alterações introduzidas na Lei 6.766/79”, *Revista de Direito Imobiliário* 46/9

“Bens públicos de loteamentos e sua proteção legal”, *Revista de Direito Imobiliário* 46/183-192

“Dos interesses metaindividuais urbanísticos” – *Temas de Direito Urbanístico*, co-edição Ministério Público e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

“Loteamentos clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão” – *Temas de Direito Urbanístico 2*, co-edição Ministério Público e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; também publicado na *Revista de Direito Imobiliário* 48/11-28

“O Estatuto da Cidade e o equilíbrio no espaço urbano” – *Temas de Direito Urbanístico 3*, co-edição Ministério Público e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

Coordenador dos livros *Temas de Direito Urbanístico, 1, 2 e 3*, co-edição Ministério Público e Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

KIOITSI CHICUTA

Juiz do Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo.

Ingressou na Magistratura em 19.08.1976 como Juiz Substituto de Mirassol-SP, tendo sido promovido como Juiz das Comarcas de José Bonifácio, Itu e São Paulo, onde, em Primeira Instância, exerceu funções de Juiz Assessor da Corregedoria Geral da Justiça e de Juiz Titular da 1ª Vara de Registros Públicos.

Especializado na área de Registros Públicos, tem publicado vários artigos em revistas especializadas.

Antes de ingressar na Magistratura de São Paulo, advogou na Comarca de Jundiaí e integrou o Ministério Público de São Paulo nos anos de 1973 a 1976.

MELHIM NAMEM CHALHUB

Membro efetivo do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB.

Consultor jurídico da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – Abecip.

Professor da Escola Superior de Advocacia, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção RJ. Professor de cursos de Especialização e Pós Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, da Fundação Getúlio Vargas e da Faculdade de Direito da Universidade Cândido Mendes.

Principais anteprojetos de Lei

Projeto de Lei 3.065/04, do Poder Executivo (parte relativa ao sistema de proteção dos compradores de imóveis em incorporações – *Patrimônio de Afetação*. Reproduz o Projeto de Lei da Câmara 2.109/99, transcrito do livro *Propriedade Imobiliária – Função social e outros aspectos*).

Projeto de Lei da Câmara 4.809/98, instituindo o “contrato de fidúcia” (adaptação do “Trust” ao direito brasileiro).

Projeto de Lei 1.667/97, da Câmara Federal, instituindo a alienação fiduciária de bens imóveis.

Projeto de Lei 3.242/97, do Poder Executivo (parte relativa às garantias fiduciárias e à securitização de créditos imobiliários), convertido na Lei do Sistema de Financiamento Imobiliário – SFI – Lei 9.514/97.

Principais livros

Negócio fiduciário. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª ed., 2000.

Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

Trust – Perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

Da incorporação imobiliária. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Direitos reais (da coleção *Curso de Direito Civil*, coordenado pelo Professor Sylvio Capanema). Rio de Janeiro: Forense, 2003.

Vários ensaios sobre direito de propriedade e contratos, publicados na *Revista dos Tribunais*, *Revista Forense* e outras publicações especializada do direito civil.

PABLO STOLZE GAGLIANO

Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, havendo sido laureado com diploma de honra ao mérito, por haver obtido a maior média final de conclusão de curso de graduação (colação de grau em 07.02.1998).

Aprovado em primeiro lugar no concurso para professor de Direito Civil substituto da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 1999.

Aprovado em primeiro lugar no concurso para professor de Direito Civil auxiliar (do quadro efetivo) da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, em 2000, em banca composta por Dr. Álvaro Villaça (USP), Dr. Antônio Junqueira (USP), Dra. Nilza Reis (UFBA).

Aprovado em primeiro lugar no concurso para Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em 1999.

Especialista em Direito Civil pela Fundação Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia (Pós-Graduação), havendo obtido nota final máxima – 10,0 (dez).

Professor de Direito Civil da Graduação (Faculdade de Direito) e da Pós-Graduação (Fundação Faculdade de Direito), na Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito Civil convidado da Pós-Graduação em Direito Privado da Universidade Salvador. Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado da Bahia. Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado de Sergipe. Professor de Direito Civil do Instituto de Estudos Jurídicos Professor Luiz Flávio Gomes – São Paulo. Professor de Direito Civil convidado nos Cursos de Extensão da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (coordenação: Arruda Alvim e Thereza Arruda Alvim). Professor de Direito Civil do Curso Jurídico JusPodivm, em Salvador – BA.

Palestrante e Conferencista, em níveis estadual e federal.

Participa, como co-autor, dos Comentários ao novo Código Civil das Editoras Atlas (coordenação: Álvaro Villaça) e Forense (coordenação: Arruda Alvim). Autor de artigos jurídicos, publicados em revistas jurídicas e periódicos. Co-Autor do livro *Novo Curso de Direito Civil – Parte Geral*, vol. 1, segunda edição, e *Novo Curso de Direito Civil – Obrigações*, vol. 2, Saraiva, 2002, em parceria com o Prof. Rodolfo Pamplona Filho.

SÉRGIO JACOMINO

Bacharel em Direito.

Doutorando em Registro Civil na Universidade Estadual Paulista, Franca-SP.

Registrador do 5º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, São Paulo-SP.

Presidente do Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (Irib), nos últimos anos, tem se dedicado intensamente em promover o constante aprimoramento e atualização das técnicas e práticas registraes.

Ao ministrar palestras no Brasil, Europa e América Latina, assim como participando de Congressos e Encontros ligados ao Direito Registral no Brasil e exterior, estabelece uma constante troca de informações fundamentais para o crescimento e fortalecimento da comunidade registral brasileira.

Tem diversos livros publicados na área de Registro de Imóveis, e escreve artigos regularmente para o *Boletim Irib em Revista*, periódico mensal do Irib, e *Boletim Eletrônico* diário Irib/Anoreg-SP.

É editor da *Revista do Direito Imobiliário* (Editora Revista do Tribunais), do *Boletim Irib em Revista*, do *Boletim Eletrônico Irib/Anoregsp*, e Biblioteca Virtual do site do Irib.

TERESA CRISTINA PANTOJA

Advogada formada pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro em 1972. Desde 1999, sócia-gerente do escritório Pantoja & Advogados Associados.

Professora de Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro desde 1986. Em 1996, presidiu a banca do concurso público para admissão de novos professores de Direito Comercial à PUC-Rio. Professora de Direito Internacional Privado na PUC/Rio (1988-1989) Professora de Direito de Empresas e Direito das Obrigações na Fundação Getúlio Vargas de 1981 até 1990 (Instituto de Direito Público e Ciência Política) e novamente em 2001 e 2002 (FGV Management, Direito Imobiliário).

Chefe da Assessoria Geral Jurídica da Valesul Alumínio (1984). Advogada da Companhia Vale do Rio Doce: Gerente da Divisão de Tributos (1984-1986), e Assessora Jurídica para Negócios Internacionais (1986-1996). Vice-Presidente da Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro (1987-1991). Consultora Geral Jurídica da Companhia Siderúrgica Nacional (1991-1996). Membro da Comissão designada pelo Ministro da Justiça em 1989 para rever e consolidar toda a legislação relativa às Sociedades Comerciais e o respectivo Registro Público.

Conselheira da Câmara de Comércio Italiana do Brasil desde 1998. Sócia do escritório Tozzini, Freire, Teixeira e Silva (1997-1998). Membro do Conselho Jurídico da Câmara de Comércio França-Brasil desde 1985. Membro do Conselho Diretor da Associação Comercial do Rio de Janeiro desde 1989. Membro do Comitê Brasileiro da Câmara Internacional de Comércio sediada em Paris, França. Membro do Comitê Jurídico da Câmara Americana. Membro do Conselho de Árbitros da Câmara de Arbitragem do Rio de Janeiro. Membro Efetivo da 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, em Brasília-DF, delegada da Confederação Nacional do Comércio (1992-1993). Desde 2000, membro da banca examinadora do Exame de Seleção da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Conselho de Administração da Light Serviços de Energia S.A. (1996).

Professora-convitada da Escola Superior de Administração de Empresas de Cachan, França (desde 2000).

Mestranda em Direito Civil, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2003.

Autora de diversos ensaios e artigos em publicações jurídicas e especializadas, entre os quais:

Microempresa ou fundo de quintal? Rio de Janeiro: Apec, 1988.

“Os *trade-cases*: zona cinzenta entre o direito internacional público e o privado”. Rio de Janeiro: Revista de Ciência Política da FGV, 1989.

Poder de controle e gerenciamento nas estatais. Rio de Janeiro: Apec, 1989, [edição bilíngüe].

“Uma descapacitação especial”, in *Diálogos* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Renovar, setembro de 2002.

“Anotações sobre as pessoas jurídicas”, in *A parte geral do novo Código Civil* (obra coletiva). Rio de Janeiro: Renovar, outubro de 2002.

“Os conceitos norteamericanos de *creditworthiness* e *equityworthiness* como reflexo da mudança de paradigma”. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, n. 19, 2001.

Coleção IRIB em Debate

Organização: SÉRGIO JACOMINO

E-mail: jacomino@regstral.com.br

OUTROS TÍTULOS:

1. *Thesaurus jurisprudencial* – Jurisprudência do Conselho Superior da Magistratura e Corregedoria Geral da Justiça de São Paulo – 1996 – Sérgio Jacomino.
2. *Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário* – XXII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Cuiabá-MT, 1995.
3. *Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário* – XXIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Fortaleza-CE, 1996.
4. *Registro de imóveis – Estudos de direito registral imobiliário* – XXIV Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – Belo Horizonte-MG, 1997.
5. *Da ética geral à ética profissional dos registradores* – Ricardo Henry Marques Dip.
6. *Alienação fiduciária de imóveis em garantia – Lei 9.514/97, primeiras linhas* – Marcelo Terra.
7. *Temas registrários* – Frederico Henrique Viegas de Lima.
8. *Alienação fiduciária de coisa imóvel* – Ubirayr Ferreira Vaz.
9. *A Previdência Social e o registro de imóveis – Doutrina e legislação vigente* – Ulysses da Silva.
10. *Registro de imóveis – Estudos de Direito Registral Imobiliário* – XXV Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – XXVI Encontro em Recife-PE.
11. *Direito registral imobiliário* – Ademar Fioranelli, 2001.
12. *Registro de imóveis – O lado humano* – Ulysses da Silva.
13. *Registro de imóveis – Estudos de Direito Registral Imobiliário* – XXVII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – XXVII Encontro de Vitória-ES.
14. *Registro de imóveis – Estudos de Direito Registral Imobiliário* – XXVIII Encontro de Oficiais de Registro de Imóveis do Brasil – XXVIII Encontro de Foz do Iguaçu-PR.
15. *Cadastro imobiliário e registro de imóveis – A Lei 10.267/2001 e seu regulamento* – Andréa F. T. Carneiro.
16. *O novo Código Civil e o registro de imóveis* – Coord. Ulysses da Silva.
17. *Ata notarial* – Coord. Leonardo Brandelli.
18. *O registro do parcelamento do solo para fins urbanos* – João Baptista Galhardo.
19. *O preposto nos serviços extrajudiciais – A natureza jurídica de seu vínculo e a responsabilidade dos serventuários* – Paulo Roberto de Carvalho Rego.
20. *Introdução ao direito notarial e registral* – Coord. Ricardo Dip.
21. *Estudos em Homenagem ao Dr. Gilberto Valente da Silva* – Irib.
22. *Registro de imóveis – Estudos* – Ricardo Dip.
23. *Títulos judiciais e qualificação registral* – Coord. Diego Selhane Pérez (no prelo).
24. *Cautelares e o registro de imóveis* – Ademar Fioranelli, Flauzilino A. dos Santos e Ulysses da Silva (no prelo).

“Destas páginas exsurge a revalorização do registro imobiliário brasileiro, recuperado para enfrentar os novos e ingentes desafios econômicos de blindagem jurídica dos atos e negócios que têm por objeto bens imóveis. O registro, hoje, oferece a mais completa e eficiente solução para a segurança jurídica no tráfico imobiliário. Por essa razão, deve ser mais bem estudado e compreendido por todos os operadores jurídicos.”

Sergio Jacomino (Presidente do Irib)

“O material editado é de leitura obrigatória para os profissionais do setor de financiamento imobiliário, sendo publicado dentro da filosofia maior da Abecip de dotar o Sistema de Financiamento Imobiliário dos instrumentos indispensáveis para seu desenvolvimento.”

Décio Tenerello (Presidente da Abecip)

IRIB - INSTITUTO DE REGISTRO IMOBILIÁRIO DO BRASIL

Avenida Paulista, 2.073 - Horsa - 12.º andar, cjs. 1.201 e 1.202

São Paulo - SP - CEP 01311-300

Fones: (11) 3289-3599 (11) 3289-3321 e (11) 3289-3340

Site: www.ibr.org.br

E-mail: irib@irib.org.br

**ABECIP - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES
DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA**

Avenida Paulista, 1.439 - Sobreloja

São Paulo - SP - CEP 01311-200

Fone: (11) 3286-4855 - Fax: (11) 3284-8366

Site: www.abecip.org.br

E-mail: abecip@abecip.org.br

ISBN 85-99029-01-0



9 788599 029015