

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
AMARÍLIO HERMES LEAL DE VASCONCELLOS

**A EFICÁCIA DA HIPOTECA SOBRE AS UNIDADES AUTÔNOMAS NOS
CONTRATOS IMOBILIÁRIOS ADQUIRIDAS POR TERCEIROS ADQUIRENTES À
LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO**

CURITIBA
2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
AMARÍLIO HERMES LEAL DE VASCONCELLOS

**A EFICÁCIA DA HIPOTECA SOBRE AS UNIDADES AUTÔNOMAS NOS
CONTRATOS IMOBILIÁRIOS ADQUIRIDAS POR TERCEIROS ADQUIRENTES
À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO**

Monografia apresentada à banca examinadora da
Universidade Federal do Paraná, como requisito
parcial à obtenção do título de especialista em
Contratos Empresariais à luz do novo Código Civil.

Orientador: Professor Sérgio Seleme

CURITIBA

2003

AMARÍLIO HERMES LEAL DE VASCONCELLOS

**A EFICÁCIA DA HIPOTECA SOBRE AS UNIDADES AUTÔNOMAS NOS
CONTRATOS IMOBILIÁRIOS ADQUIRIDAS POR TERCEIROS ADQUIRENTES
À LUZ DO PRINCÍPIO DA BOA FÉ OBJETIVA E DA FUNÇÃO SOCIAL DO
CONTRATO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do título de especialista em Contratos Empresariais à luz do novo Código Civil, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

Orientador:

Sérgio Seleme

—
Professor 1º Membro da Banca

—
Professor 2º Membro da Banca

Curitiba, de de 2003.

*“As grandes obras são executadas não
pela força, mas pela perseverança.”*

(J. Jahnsen)

SUMÁRIO

| | | |
|----|--|----|
| 1 | INTRODUÇÃO | 1 |
| 2 | O NEGÓCIO JURÍDICO – CONCEITO CLÁSSICO E EFEITOS..... | 3 |
| 3 | A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO PRIVADO..... | 5 |
| 4 | A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: NOVOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TEORIA CONTRATUAL..... | 9 |
| 5 | A BOA-FÉ OBJETIVA..... | 13 |
| 6 | O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA: CONCEITO E EFEITOS..... | 18 |
| 7 | A HIPOTECA..... | 20 |
| 8 | A CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA EM RAZÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE OBRA..... | 21 |
| 9 | O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E OS SEUS EFEITOS FRENTE A NOVA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO..... | 22 |
| 10 | O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA / O CONTRATO DE FINANCIAMENTO DA OBRA: O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CONCEITO DE BOA-FÉ OBJETIVA..... | 24 |
| 11 | A INEFICÁCIA DA HIPOTECA PERANTE O TERCEIRO ADQUIRENTE.... | 31 |
| 12 | A HIPOTECA CONSTITUÍDA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: TRATAMENTO DIFERENCIADO..... | 34 |
| 13 | OUTROS ARGUMENTOS QUE PODEM SER UTILIZADOS PARA DETERMINAR A INEFICÁCIA DA HIPOTECA FRENTE AO TERCEIRO ADQUIRENTE..... | 36 |
| 14 | POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS..... | 40 |
| 15 | CONCLUSÃO..... | 43 |
| | REFERÊNCIAS | 45 |
| | ANEXO 01: INSTRUMENTO PARTICULAR DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO, COM GARANTIA HIPOTECÁRIA E OUTRAS AVENÇAS | |
| | ANEXO 02: CONTRATO PARTICULAR DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA | |

1. INTRODUÇÃO

É fato a enorme defasagem do sistema habitacional brasileiro.

Muito em razão da ausência de investimento do Governo, muito em razão do elevado custo das obras que normalmente necessitam de financiamentos de bancos privados.

Seja como for, a massa de pessoas à procura de unidades residenciais é imensa.

Atraídas pela propaganda veiculada pela construtora, na qual se promete segurança na realização do negócio bem como tratar-se de empreendimento garantido por determinada instituição financeira, as pessoas fazem verdadeiro sacrifício para realizar o sonho do imóvel própria.

Após a aquisição do imóvel, ou seja, após o pagamento do preço, inúmeros compradores são surpreendidos com a possibilidade de perder o seu imóvel e ver a economia de uma vida ser perdida pela inadimplência da empresa de construção civil.

Isto porque, quando da aquisição de imóveis, normalmente unidades imobiliárias, junto à empresas de construção civil financiadas por agentes financeiros, os compromissários compradores são surpreendidos com a notícia da penhora e excussão da sua residência em razão da insolvência da construtora.

Pois bem, é justamente essa temática que pretende abordar o presente trabalho. Analisando especialmente a validade de eventual hipoteca frente ao compromissário comprador.

A presente abordagem levará em conta duas circunstâncias diferenciadas, quais sejam: (i) a hipoteca realizada anteriormente a aquisição da unidade imobiliária, e; (ii) a hipoteca realizada posteriormente a aquisição da unidade imobiliária.

A questão será analisada, principalmente, sob o prisma do conceito da boa-fé objetiva, muito em voga, em razão do Código de Defesa do Consumidor e mais recentemente em razão do novo Código Civil.

Não é difícil imaginar que inúmeras são as demandas que inundam o Poder Judiciário eis que o compromissário comprador busca preservar o seu patrimônio, muitas vezes ameaçado pelo agente financeiro. Tornando o tema atual e tendo pouca doutrina escrita acerca do mesmo.

2. O NEGÓCIO JURÍDICO – CONCEITO CLÁSSICO E EFEITOS

Antes de adentrarmos especificamente no tema em questão, impõe-se o breve estudo acerca da teoria dos negócios jurídicos e os seus efeitos.

Na lição de Joelma Ticinelli, negócio jurídico é: “*ato de vontade relacionado com a autonomia da vontade ou norma jurídica concreta diretamente relacionada com o caráter vinculante dos efeitos do negócio jurídico*” (TICINELLI, Joelma. **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988**, São Paulo : MaxLimonad, 1999, pp. 42).

Significa dizer que o negócio jurídico trata-se efetivamente de uma declaração ou acordo de vontades em que as partes se propõem a alcançar um resultado específico, normalmente tutelado pelo Direito.

A celebração do negócio jurídico confere os efeitos pretendidos pelas partes e não obstados pela lei. Entretanto, cumpre salientar que os efeitos queridos podem ser suplantados pelos efeitos conferidos pelo próprio ordenamento jurídico relativo ao ato praticado.

Essa é a lição do mestre Caio Mário da Silva Pereira:

No negócio jurídico há, pois, a convergência da atuação da vontade e do ordenamento jurídico. Uma vontade orientada no sentido de uma finalidade jurídica, em respeito à qual atribui o efeito ao negócio, e em razão de que se diz que aquele efeito decorre diretamente da vontade. Mas não são somente os efeitos previstos ou limitados pela vontade, pois que, muitas vezes, as conseqüências vão além da previsão do agente. Podemos dizer que a vontade desfecha o negócio no rumo dos efeitos queridos, mas tem de suportar o agente as conseqüências ligadas pelo ordenamento jurídico à disciplina do próprio ato.” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da, Instituições de Direito Civil. 13ª ed., V. I, p. 306)

Tal circunstância reveste-se de importância, principalmente pós o advento da Constituição Federal de 1988, uma vez que a autonomia da vontade foi mitigada em razão da intervenção do Estado nos negócios jurídicos realizados entre os grandes grupos econômicos e a grande massa consumidora.

Significa dizer que aos negócios jurídicos são conferidos os efeitos desejados, entretanto, muitas vezes os efeitos desejados não são efetivamente o que se encontra celebrado em contrato, necessitando, então, da intervenção do Poder Estatal.

3. A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DIREITO PRIVADO

É fato que a Constituição Federal de 1988 influenciou decisivamente nas relações entre particulares, definição mais simplista do Direito Privado.

Várias foram as inovações e princípios trazidos à baila com a Carta de 1988, o que sem dúvida modificou a relação entre particulares, especialmente, aquelas realizadas entre os grandes grupos econômicos e o consumidor hipossuficiente.

Influência entre os mais diversos espectros do Direito Privado fica evidente com o simples passar de olhos na Carta de 1988. Ora, tem-se: a) princípio da livre iniciativa (artigo 1º, IV e artigo 170); b) princípio da livre concorrência (artigo 170 e artigo 173, §4º); c) Direito da liberdade de profissão (artigo 5º, XIII); d) Direito de propriedade (artigo 5º, XXII, artigo 170, II); e) Princípio da função social da propriedade (artigo 5º, III); f) Princípio da proibição da usura (artigo 192, §3º), e; g) Princípio garantidor do bem de família (Artigo 226).

Tais exemplos demonstram a verdadeira oxigenação do Direito Civil. Isto porque, os princípios constitucionais mostraram plenamente preocupados com a promoção de uma nova ordem jurídica, em que se privilegia o conceito de dignidade da pessoa humana.

Tal renovação passa pelo término irrefutável da dicotomia clássica entre Direito Público e Direito Privado uma vez que os interesses social, privado e estatal encontram-se cada vez mais visceralmente ligados.

Assim, interesses privados não podem ser considerados como se estivessem fora da órbita de atuação estatal. Por outro lado a atuação estatal deve privilegiar o princípio da dignidade da pessoa humana.

Desta forma, a sociedade civil não é regida exclusivamente pela autonomia da vontade e normas exclusivamente de direito privado. Ao contrário, devem ser sopesados os preceitos constitucionais que

privilegiam a pessoa humana, sua dignidade, sua personalidade e seu livre desenvolvimento.

Não se trata de influenciar na autonomia privada, mas principalmente criar mecanismo para que a mesma seja assegurada. Essa é a lição da doutrina:

*A autonomia privada, tida como liberdade patrimonial, não constitui, por si só, um valor jurídico. Passa a ter um valor jurídico quando há proteção da ordem jurídica. Eventuais restrições impostas pelo direito objetivo à liberdade de contratar não tolhem a autonomia privada, mas sim garantem a sua plenitude, já que ela deve ser concebida à luz da igualdade jurídica. Por isso mesmo, ela tem sem um caráter 'negativo'. Inegavelmente, o seu fundamento de validade decorre do direito objetivo." Conclui a doutrina: "A ampla autonomia da vontade, apoiada naquela idéia do liberalismo puro é revelada também na teoria dos contratos. As partes podem escolher o conteúdo do contrato, ao sabor de seus interesses. A liberdade contratual também atinge a própria faculdade de contratar ou não, bem como a livre escolha da pessoa com quem quer se contratar. Mas, a liberdade contratual deve ser encarada sob o prisma da igualdade jurídica substancial. O Estado deve intervir nas relações privadas sempre que uma das partes estiver numa situação de inferioridade. Daí por que a igualdade substancial, prevista constitucionalmente, obriga o Estado a afastar as desigualdades entre as pessoas, notadamente as de cunho econômico (FERREIRA, Carlos Alberto Goulart, **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Equilíbrio Contratual**, São Paulo : MaxLimonad, 1999, pp. 73-75).*

É fato que a Constituição Federal de 1988 vem permeando todos os ramos do Direito, e, principalmente, no caso específico, o Direito Civil.

Ademais, é sabido que todo o ordenamento jurídico devem ser pautado através de uma interpretação pelos preceitos constitucionais, quer pela aplicação dos princípios ou ainda aplicação direta das normas constitucionais.

Sob essa ótica é que a Teoria do Contrato deve ser abordada.

Inicialmente, vendo o contrato no plano da interação, verifica-se que o acordo de vontade são implementadas por expectativas informais das partes, as quais não são derivadas das partes bem como não são decorrentes de uma interpretação da legislação sob a nova ordem constitucional.

Já o contrato no plano institucional é verificado com a adaptação das obrigações pelas estruturas institucionais, acrescentando cláusulas (mormente não acrescentadas pelas partes) ou ainda estipulando cláusulas gerais no intuito de limitar direitos.

Finalmente, no plano da sociedade põe-se em questão a necessidade de adaptação do contrato às exigências do sistema social.

Tais abordagens são diametralmente opostas a figura histórica dos contratos. Isto porque a liberdade, instituto basilar do Direito Contratual, não assegurou a igualdade, uma vez que os mais fortes, principalmente no âmbito econômico, trataram de oprimir os mais fracos.

Destarte, o número crescente de contratos de adesão revelou a fraqueza da autonomia da vontade, proporcionando à sociedade o desafio de regular esta nova realidade vivida pela sociedade.

E para que isto aconteça fez-se uma importante mudança na visão da teoria do contrato. Isto é, verificou-se uma mudança do eixo da tutela subjetiva da vontade para a tutela objetiva da confiança.

Tal mudança veio a redimensionar a ordem contratual eis que a confiança assegura o equilíbrio das partes da relação jurídica determinando a proibição de cláusulas abusivas e a utilização de novos paradigmas interpretativos.

Denota-se desta mudança, a clara alteração entre o Direito Civil clássico e o Direito Civil contemporâneo. Ora, uma vez que no Direito Civil clássico verifica-se uma preocupação com a formação do consentimento, isto é, procura a ocorrência de vício a fim de impor a nulidade ao negócio efetivado, o Direito Civil contemporâneo preocupa-se com a existência de cláusulas abusivas mormente impostas pelo agente econômico manifestamente mais forte.

É nesse sentido que verifica-se uma tendência do contrato ser encarado como verdadeiro instrumento de realização social, ou seja, vislumbra-se claramente a sua função social.

Aqui, a mudança é facilmente verificada com os contratos de adesão (equilíbrio das partes), as cláusulas gerais (limitadoras de

direitos e deveres), a onerosidade excessiva e a garantia de direitos mínimos ao contratante vulnerável.

4. A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS: NOVOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA TEORIA CONTRATUAL

A concepção clássica de contrato foi forjada com a idéia de liberalismo econômico, muito em voga na Revolução Industrial verificada no século XIX e sedimentada pela Revolução Francesa, ou seja, com idéias de igualdade, liberdade e fraternidade.

A necessidade de contratar impunha a necessidade de regras, o que determina que o vínculo contratual era intangível, ou seja, a obrigatoriedade da convenção ou simplesmente o *pacta sunt servanda*, estabelecia que o acordado deveria ser tido como lei.

Eleva-se o indivíduo ao papel principal, colocando o Estado na condição de simples figurante. Perseguiu-se a igualdade, o que sem dúvida, não foi alcançada em razão do abismo social entre indivíduos menos abastados e os grandes grupos econômicos. Surge então o Estado Social, preocupado com a coletividade, e portanto com o ser humano e a dignidade social. É que, conforme determina a doutrina, o Estado Social exige:

*(...) que a ação dos poderes públicos se desenvolva em favor de uma maior justiça social. O legislador há de elaborar textos que permitam edificar uma ordem social mais justa, em benefício dos menos favorecidos, de modo a minorar a desigualdade de chances, tão característica uma sociedade liberal. Como primeira consequência da função social do contrato tem-se que com base no princípio da autonomia da vontade não se poderá estabelecer pactos contrários aos ideais de justiça" (LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do Direito Contratual** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 150)*

Ainda, traçando um paralelo entre um contrato justo, e um contrato que estabeleça obrigações desproporcionais, no entendimento da doutrina:

Por outro lado, um contrato justo irradia benefícios. Ambas as partes lucram, não apenas uma. No primeiro exemplo dado, o agricultor gasta mais no armazém e o vendedor observa maior lucro. Ambas as famílias percebem um aumento de renda. A sociedade se desenvolve

*e a qualidade de vida aumenta universalmente. O contrato, como fato social e econômico que é, tem efeito 'cascata'. À proporção que o contratante imediato é lesado, toda a comunidade sente os prejuízos; da mesma forma, quando ambas as partes são beneficiadas pelo pacto, a vantagem é comum. Por esses motivos, não se pode observar somente sob o prisma do contratante e contratado, pois o contrato passou a ser uma 'instituição social' – os bons contratos, que promovam desenvolvimento econômico e social, são de interesse de toda a sociedade. (SANTOS, Eduardo Sens dos. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais – exame da função social do contrato** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 25)*

A nova noção não se coaduna com os princípios acima mencionados, especialmente, aqueles que determinam a intangibilidade do contrato e a sua força obrigatória. Esse é o entendimento de Carlyle Popp:

*Os princípios fundamentais do contrato não consegue Ter uma aplicação generalizada. O Estado social desconsidera noções como consentimento, intangibilidade do contrato, força obrigatória do contrato. O esquema contratual clássico que se configura na oferta e na aceitação também não se aplica na maioria das novas categorias contratuais (POPP, Carlyle. **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – A proteção Contratual no Direito Brasileiro**, São Paulo : MaxLimonad, 1999, pp. 180).*

É partir deste histórico é que a noção de Estado Social influencia na órbita das relações entre particulares e portanto estabelece um novo conceito, qual seja, a função social do contrato.

Em razão da função social do contrato, não há mais espaço para a realização de uma leitura tão somente levando em conta a obrigatoriedade da convenção (“*pacta sunt servanda*”), a autonomia privada, relatividade dos efeitos, boa-fé e consensualismo.

Aliás, a própria legislação mais recente estabelece a observância do referido conceito, conforme bem estabelecem os artigos 421 e 2035 do Novo Código Civil Brasileiro.

A função social do contrato somente se realiza com a presença de três princípios basilares, quais sejam: a) a autonomia privada; b) a boa-fé objetiva, e; c) equilíbrio contratual. São estes os novos princípios

do novo Direito Contratual, todos emanados da noção da função social das relações contratuais.

Interessante mencionar que os referidos princípios dizem respeito à questão interna do contrato, ou seja, a parte interna do acordo de vontades. Contudo, a noção exata da função social somente tem lugar, no Direito Contratual, no caso do contrato atender ao bem comum. Entende-se por bem comum, não somente o interesse do indivíduo ligada ao contrato, nem tão pouco que atenda somente o coletivo. O que o conceito de função social exige é que o bem comum atenda ambos interesses, o bem do todo e o bem dos indivíduos. A doutrina, em artigo específico, esclarece bem a questão:

Assim, para o alcance da função social do contrato deve-se verificar se o contrato respeita os três princípios fundamentais do direito contratual: autonomia privada, boa-fé objetiva e equilíbrio contratual e, mais, se atende às exigências do bem comum, ou seja, se é bom para os indivíduos e para a sociedade. (SANTOS, Eduardo Sens dos. A Função Social do Contrato – Elementos para uma Conceituação in Revista de Direito Privado n.º 13, janeiro/março de 2003, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 109)

Entretanto, cumpre ressaltar que nem todos os contratos tem importância efetiva para o bem comum. Ou seja, alguns contratos somente tem relevância para aqueles que participam efetivamente do negócio jurídico. Nestes casos, evidente que o contrato atingirá a sua função social simplesmente atendendo o conceito de justiça contratual ou equilíbrio contratual. A doutrina já se manifestou:

“O contrato, para atingir sua função social, deve, é certo, manter equilíbrio entre as partes, Mas também é necessário que traga efeitos positivos para a sociedade em que estão inseridos os contratantes. Aliás, como mandado de otimização que é, a função social determina que pelo contrato se busque, tanto quanto possível, o bem comum. Obviamente, haverá situações em que o contrato, seja por sua simplicidade ou por seu valor, não terá relevância para a sociedade. Nesses casos, bastará ao alcance da função social o equilíbrio contratual.” (SANTOS, Eduardo Sens dos. O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais – exame da função social do contrato in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 30)

O que se verifica, a partir da nova leitura acima realizada, é que os princípios clássicos somente têm o condão de justificar os novos princípios mais adequados a função social conferida aos contratos.

Tem-se, então, o princípio da justiça contratual, em razão do conceito de função social do contrato.

Tal princípio nasce da noção de equidade contratual, ou seja, a equivalência das obrigações assumidas. Essa é a lição da doutrina:

Por fim, nasce um novo princípio, ou seja, o da justiça contratual. Tal idéia justifica o princípio contratual mais moderno decorrente da necessidade de equidade contratual, ou seja, de equivalência das obrigações assumidas. Assim, a 'justiça contratual será, portanto, uma modalidade de justiça comutativa. Se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual'. Frise-se, outrossim, que o princípio em comento não diz respeito tão-somente ao equilíbrio contratual no sentido estrito da expressão, mas visa, sobretudo, a uma melhor distribuição dos ônus e riscos pactuadas para as partes celebrantes. (POPP, Carlyle. Direito Civil Constitucional in LOTUFO, Renan (coord.). Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – A proteção Contratual no Direito Brasileiro, São Paulo : MaxLimonad, 1999, pp. 182-183).

Assim é que não se admite que uma das partes aufera em detrimento da outra vantagem manifestamente excessiva.

O referido instituto pode ser facilmente verificado no artigo 157 do Novo Código Civil:

Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. §1º Aprecia-se a desproporção segundo os valores de vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico. §2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

Aqui, a paridade jurídica exigida pelo equilíbrio contratual, normalmente é atendida quando é observada a paridade econômica. Ou seja, o sacrifício de um dos contratantes deve ser equiparado ao sacrifício do outro. Assim, cada um dos contraentes, deve receber o equivalente daquilo que haja dado.

5. A BOA-FÉ OBJETIVA

O Novo Código Civil trouxe explicitamente o conceito de boa-fé objetiva no Direito Contratual, artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” e o artigo 113: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Pois bem, levando-se em conta este dispositivo legal, bem como a própria noção de função social do contrato é que se fará uma análise do conceito de boa-fé objetiva.

Trazendo o conceito de boa-fé objetiva tem-se que:

*(...) estão subjacentes as idéias e ideais que animaram a boa-fé germânica: a boa-fé como **regra de conduta** fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado.” (MARTINS-COSTA, Judith. Sistema e cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional, Tese de Doutorado, USP, set. 1996, p. 505 – destacou-se.)*

Também:

A contraposição de interesses é superada pela convenção, que concerta e harmoniza os objetivos comuns das partes em torno do objeto do negócio. A partir do acordo de vontades, o cumprimento da obrigação de um representará a satisfação do crédito do outro. Por isso o vínculo jurídico que une os contraentes apresenta uma exigência inerente de ética e lealdade, para que não ocorra a frustração das expectativas. (PASQUALOTTO, Adalberto. Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais in Revista de Direito do Consumidor n.º 40, outubro/dezembro de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 22).

Ainda, traçando a diferenciação entre o clássico conceito de boa-fé e o conceito de boa-fé objetiva:

A boa-fé subjetiva corresponde ao estado psicológico da pessoa, à sua intenção, ao seu convencimento de estar agindo de forma a não prejudicar outrem na relação jurídica. Já a boa-fé objetiva significa uma regra de conduta de acordo com os ideais de honestidade e lealdade, isto é, as partes contratuais devem agir conforme um modelo

de conduta social, sempre respeitando a confiança e os interesses do outro. (NOVAIS, Alinne Arquette Leite. Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente in TEPEDINO, Gustavo (coord.). Problemas de Direito Constitucional, Rio de Janeiro : Renovar, 2000, pp. 22-23.)

Importado do Direito Alemão, o princípio da boa-fé objetiva exige que as partes ajam conforme princípios éticos, ou seja, honestidade, lealdade, retidão e lisura. Cada uma das partes deve agir no interesse de cada um para com o outro.

Neste sentido, é interessante a função que o referido princípio atua sobre os instrumentos firmados. Assim, pode-se destacar três funções básicas, conferida pelo princípio da boa-fé objetiva, quais sejam: a) a função interpretativa; b) a função integrativa, e; c) a função de controle.

Primeiro, cumpre destacar a função interpretativa. Por esta função tem-se a interpretação do contrato levando-se em conta que as partes ajam conforme os padrões éticos acima mencionados, quais sejam, lealdade, honestidade, retidão e lisura. Deixa-se de lado a interpretação consoante a vontade das partes.

Segundo, tem-se a função integrativa. Neste caso, uma vez constatada a omissão do contrato, mais uma vez não se vislumbrará a vontade das partes, mas sim o que dita os padrões éticos.

Por fim, a função de controle. Na lição da doutrina:

*(...) é a função de controle da autonomia privada. Aqueles deveres impostos pela boa-fé determinam que a autonomia das partes, ou seja, a possibilidade de se auto-regularem os interesses, é condicionada também aos ideais de lealdade, retidão, lisura entre outros. (SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato – Elementos para uma Conceituação** in Revista de Direito Privado n.º 13, janeiro/março de 2003, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 107).*

De outro vértice, é importante destacar que as referidas obrigações, já salientadas acima, são exigidas nos três momentos basilares do contrato, antes, durante e depois do cumprimento das prestações previstas no contrato. Tal lição é importante, uma vez que o princípio da boa-fé objetiva atinge inclusive a hipótese de pré-contrato, o

que certamente tem importância ressonância na tese relativa aos compromissos de compra e venda. Importante a citação doutrinária:

Não se trata de enfraquecer a posição do credor, o qual continuará a ser titular da obrigação, podendo exigí-la coativamente do devedor, mas de: a) atribuírem-lhe determinados deveres de conduta em face do sujeito passivo, os quais deverão estar presentes antes, durante e após o cumprimento das prestações reciprocamente acordadas, e b) limitar-lhe o exercício de determinados direitos subjetivos, sempre que estes direitos, quando exercitados, revelem-se, afinal, abusivos. (LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. Os princípios do Direito Contratual in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003, p. 152).

Em relação ao segundo aspecto suscitado, no trecho acima transcrito, qual seja, a limitação do direito do credor, na oportunidade em que for exercitá-lo, uma vez configurada a abusividade, cumpre a citação de dispositivo legal que clareia bem a questão. O artigo 42 do CDC assim preceitua:

Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça. Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.

Salutar a citação de dispositivo legal do Código de Defesa do Consumidor. É que nas relações de consumo, os princípios acima citados, quais sejam: função social do contrato, justiça contratual e boa-fé objetiva se tornam mais presentes e aplicáveis.

O que dizer das contratações em massa e a sua criação, o contrato de adesão. Claro que o contrato de adesão serviu para otimizar as relações, proporcionando um aumento nas vendas e nos lucros. Por outro lado, aumentou sensivelmente o abismo econômico entre o fornecedor e o consumidor.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a entrada definitiva nas relações entre particulares, a primeira providência legislativa de impacto foi o Código de Defesa do Consumidor.

Significa dizer que a lei 8.078/1990 foi o primeiro documento que trouxe definitivamente os princípios irradiados pelo conceito de função social do contrato.

Tem-se, portanto, somente à título de exemplificação, os seguintes dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/1990):

Artigo 4º, III:

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (grifou-se)

artigo 51, IV: “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” (grifou-se).

Evidente, portanto, a aplicação dos conceitos acima mencionados, principalmente nas relações de consumo.

A doutrina empresta especial atenção ao tema:

Para a determinação da abusividade de uma cláusula, adotamos o critério segundo a boa-fé objetiva, ou seja, independentemente da boa-fé subjetiva da parte 'mais favorecida'. O caráter objetivo dessa classificação não se cinge apenas a essa norma genérica de conduta, mas também a verificação da efetiva onerosidade prestacional do contrato (idéia de efeito, resultado). Por elucidativa, cremos que merece transcrição a lição da Profa. Cláudia Lima Marques que, ao manifestar-se acerca das relações de consumo, e estribada nas palavras de Bricks, aduz que a finalidade das cláusulas abusivas 'seria melhorar a situação contratual daquele que redige o contrato ou detém a posição preponderante, o fornecedor, transferindo riscos ao consumidor, e seu efeito é o desequilíbrio do contrato em razão da falta de reciprocidade e unilateralmente dos direitos assegurados ao fornecedor. (BELMONTE, Cláudio Petrini. Principais Reflexos da Sociedade de Massas no Contexto Contratual Contemporâneo – disposições contratuais abusivas in Revista de Direito do Consumidor n.º 43, julho/setembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 152)

Pois bem, é certo que o direito clássico restou mitigado e limitado pelos novos princípios, trazidos, principalmente pela Constituição Federal de 1988 e após pelo Código de Defesa do Consumidor e mais recentemente o Código Civil Brasileiro.

Ademais, diversos negócios jurídicos tiveram que ser adequados, inicialmente as relações de consumo e após as demais relações entre particulares, levando-se em conta a nova ótica do direito, no qual se privilegia a questão social. É assim que será estudado o compromisso de compra e venda e o instituto da hipoteca constituída em razão de contrato de financiamento de obra, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, o Novo Código Civil Brasileiro e principalmente pelos princípios trazidos pela Carta de 1988.

6. O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA: CONCEITO E EFEITOS

Cumpra inicialmente conceituar o contrato preliminar:

“Contrato preliminar (pacto de contrahendo) é uma espécie de convenção, cujo objeto é sempre o mesmo, ou seja, a realização de um contrato definitivo. Com efeito, o contrato preliminar tem sempre por objeto a efetivação de um contrato definitivo” (NETO, Jerônimo Romanello, Contrato preliminar: efeitos jurídicos. p. 10)

Pois bem, a partir desta citação é que se fará a análise do compromisso de compra e venda e os seus efeitos.

Isto porque, é importante saber se o compromisso de compra e venda firmado entre o adquirente e a construtora trata-se efetivamente de um contrato preliminar ou não.

A distinção é fundamental, uma vez que o contrato preliminar somente produz efeitos obrigacionais. Esse é o entendimento da doutrina:

O último efeito do contrato preliminar fica para os casos de compromissos particulares de venda e compra de bens imóveis, sobre os quais nos reportamos anteriormente. Se o contrato preliminar tem por objeto um contrato definitivo, então seria inadmissível que o contrato preliminar de venda e compra por instrumento particular, ainda que preenchido os requisitos da lei, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, conferisse ao comprador ação de direito real, na medida em que o art. 134 do Código Civil diz ser da substância do ato, para transmissão da propriedade imóvel, a transcrição de instrumento público no cartório competente. Desse modo, o contrato preliminar tem por efeito uma simples obrigação de fazer, consistente em uma manifestação de obrigação de fazer, consistente em uma manifestação de vontade em determinado momento, e tendo o contrato preliminar condições de validade como o contrato definitivo, o juiz condena o devedor a emitir a declaração de vontade a que se obrigou. Entretanto, se no compromisso particular de venda e compra (contrato preliminar) não estiverem presentes os requisitos necessários para seu registro, o contrato preliminar ainda valerá porque, se não puder ser cumprida a obrigação de fazer, responde-se por perdas e danos, as quais, por vezes, são insuficientes, vez que o melhor seria o efetivo cumprimento do contrato preliminar (NETO, Jerônimo Romanello, Contrato preliminar: efeitos jurídicos. p. 16/17)

Por outro lado, caso entenda-se que o compromisso de compra e venda adquire caráter definitivo, verifica-se eficácia própria dos direitos reais e portanto oponibilidade “*erga omnes*”. Tal oponibilidade determina a ineficácia dos atos realizados em sua violação.

Tal diferenciação faz sentido eis que importará na eficácia ou não da hipoteca frente á unidade imobiliária gravada.

7. A HIPOTECA

Para análise do tema, importante também um brevíssimo estudo acerca do instituto da hipoteca, trazendo o seu conceito e a sua natureza jurídica

A hipoteca é, na lição da doutrina clássica: “(...) o *direito real de garantia de natureza civil, incidente em coisa imóvel do devedor ou de terceiro, sem transmissão da posse ao credor*” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da, Instituições de Direito Civil. 13ª ed., V. IV, p. 252)

Pode ser constituída a hipoteca por força de contrato (hipoteca convencional) ou mesmo por força de lei (hipoteca legal ou hipoteca judicial).

No caso presente somente será tratada o caso de constituição de hipoteca por força de contrato.

Necessário então que haja um contrato e a convenção da partes para constituir hipoteca, gravando determinado imóvel.

A hipoteca é constituída sobre determinado imóvel, necessariamente especificado, para garantir a solução de determinada dívida.

8. A CONSTITUIÇÃO DE HIPOTECA EM RAZÃO DO CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE OBRA

Conforme já dito, no presente caso somente interessará a constituição de hipoteca por vontade das partes.

No caso em tela, a constituição de hipoteca é constituída através de contrato de mútuo com garantia hipotecária.

No referido instrumento consta corriqueiramente a seguinte cláusula:

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA – Hipoteca – Em garantia do empréstimo concedido e confessado, na forma do disposto na cláusula primeira deste instrumento, a(s) Devedora(s) dá(ão) ao Credor, em primeira, única e especial hipoteca, o imóvel descrito e caracterizado no item 1-A do Quadro Resumo, ciente(s), desde já, de que se incorporarão à garantia, todos os melhoramentos, construções, acessões e instalações que se acrescerem ao imóvel, comprometendo-se a averbar os citados acréscimos na matrícula do referido imóvel, junto ao Cartório de Registro de Imóveis.(...) (anexo 01 – “INSTRUMENTO PARTICULAR DE ABERTURA DE CRÉDITO PARA CONSTRUÇÃO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO, COM GARANTIA HIPOTECÁRIA E OUTRAS AVENÇAS”).

Pois bem, é assim que é constituída a hipoteca decorrente de contrato de financiamento de obra.

Saliente-se dois pontos importantes, quais sejam: a) as acessões, construções, instalações e melhoramentos acrescerão o imóvel e portanto também estarão onerados pela hipoteca; b) a incorporadora/construtora fica obrigada a proceder a averbação de todos os acréscimos citados junto ao registro de imóveis pertinente.

9. O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA E OS SEUS EFEITOS FRENTE A NOVA ÓTICA DO DIREITO PRIVADO

É que os contratos de compra e venda atuam na esfera jurídica de terceiros pela novo conceito trazido pelo conceito de função social do contrato.

A doutrina é esclarecedora:

No atual contexto de entendimento da função social do contrato, com base nas colocações supra, apresenta-se oportuna uma sugestão; pois, no meu pensar, a função social se apresenta em dois níveis: intrínseco e no extrínseco. Seu perfil extrínseco (fim coletividade) rompe com o aludido princípio da relatividade dos efeitos do contrato, preocupando-se com as suas repercussões no largo campo das relações sociais, pois o contrato em tal desenho passa a interessar a titulares outros que não só aqueles imediatamente envolvidos na relação jurídica de crédito.

*O intrínseco, por sua vez, é alusivo à observância de princípios novos ou redescritos (igualdade material, eqüidade e boa-fé objetiva) pelos titulares contratantes, todos decorrentes da grande cláusula constitucional de solidariedade, sem que haja um imediato questionamento acerca do princípio da relatividade dos contratos, insculpidos no art. 1.165 do Code ('as convenções não produzem efeito que não entre as partes contratantes...') corolário lógico do princípio da liberdade contratual. (NALIN, Paulo. **A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 56)*

Neste mesmo diapasão asseverou em outro texto:

*relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros (NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**, Curitiba: Juruá, 2001, p. 255.).*

Tal ótica há de ser compreendida como corolário da Carta Magna, eis que a preocupação social norteou sobremaneira a elaboração da Carta de 1988.

Assim, o novo conceito de contrato admite extensão dos efeitos jurídicos, não só aos titulares subjetivos da relação, mas também perante terceiro.

Aplicando o referido conceito depreende-se que os efeitos do compromisso de compra e venda podem atingir terceiros, especialmente o eventual titular de hipoteca firmada em razão de contrato de financiamento da obra.

Cria-se, portanto, uma relação triangular, ou seja, tem-se: a) o compromissário comprador; b) o promitente vendedor, e; c) a instituição financeira que financiou ou está financiando o empreendimento.

Na referida relação tem-se dois instrumentos distintos, quais sejam: a) o compromisso de compra e venda da unidade residencial, firmado entre o compromissário comprador e promitente vendedor, e; b) o contrato de financiamento, firmado entre a construtora/incorporadora e a instituição financeira.

Cada um destes contratos serão devidamente analisados em tópico oportuno. Entretanto, cumpre salientar que ambos os instrumentos estão intrinsecamente ligados em razão das obrigações previstas em cada um dos instrumentos.

Não se está aqui tratando a questão sob a ótica do compromisso de compra e venda possuir eficácia real ou simplesmente no campo das obrigações. O que se pretende a análise desta relação triangular com base nas obrigações conferidas a cada uma das partes decorrentes da celebração dos referidos instrumentos.

10. O COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA / O CONTRATO DE FINANCIAMENTO DA OBRA: O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E O CONCEITO DE BOA-FÉ OBJETIVA

Conforme restou salientado ao longo do presente trabalho, devem ser aplicados os ditames diretrizes da lei 8078/90 na relação triangular apresentada, qual seja: a) o promissário adquirente; b) promitente vendedor (construtora/incorporadora), e; c) financiador da obra (instituição financeira).

Evidente que a referida relação deve ser regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

De um lado, tem-se o adquirente na qualidade de consumidor típico (artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor). De outro lado, um construtor/incorporador que vende o imóvel destinado à residência, cuja obra é financiada por instituição financeira.

Assim, parece óbvio que o adquirente é destinatário final do produto fornecido pelo construtor/incorporador e pelo agente financeiro (conceito de fornecedor previsto no artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor).

Significa dizer que a colocação do produto no mercado se dá em razão da atuação do agente financeiro ligado diretamente com o construtor/incorporador.

De outro vértice, analisando o artigo 7º¹ do Código de Defesa do Consumidor verifica-se que todos aqueles que participaram do processo de produção e colocação no mercado devem ser responsabilizados. Ora, se o referido dispositivo legal determina a responsabilidade solidária, parece evidente que deve-se aplicar a Lei 8078/90 a todos aqueles que participam na cadeia de produção e na colocação do produto no mercado. Essa é a lição de José Geraldo Brito Filomeno:

Como a responsabilidade é objetiva, decorrente da simples colocação no mercado de determinado produto ou prestação de dado serviço, ao

¹ O artigo 7º, parágrafo único, do CDC, dispõe que: “Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo”.

consumidor é conferido o direito de intentar as medidas contra todos os que estiverem na cadeia de responsabilidade que propiciou a colocação do mesmo produto no mercado ou então a prestação do serviço (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto, 6ª Ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000, p. 139).

Ora, no caso em análise, a colocação do produto no mercado, ou seja, venda de unidades residenciais, foi realizada em decorrência da atuação conjunta do agente financeiro e da construtora/incorporadora.

Ademais, o próprio contrato de financiamento de obras, firmado entre a construtora/incorporadora e o agente financeiro, determina a maneira pela qual as unidades devem ser comercializadas, o que evidencia a estreita relação entre as partes.

Reynaldo Andrade da Silveira citando Cláudia Lima Marques já asseverou que:

*Reconhecendo como o 'grande problema na sociedade de consumo (...) as relações triangulares [pois] diluem as garantias de bom desempenho dos serviços e aumentam os riscos para o consumidor', afirma Cláudia Lima Marques que 'às vezes as relações contratuais são entre dois fornecedores, e o consumidor é apenas o terceiro-vítima'. E exemplifica, de forma absolutamente irreprochável, ao afirmar que '... caso, comum nos anos 80, em que o consumidor prometia comprar imóvel a ser construído por uma empresa imobiliária, a qual fechava um financiamento com um banco, dando o imóvel (terreno e acessões) em garantia hipotecária, para poder construir o edifício. O consumidor pagava integralmente o seu imóvel, mas não era feito o registro da escritura definitiva da compra e venda, sendo que uma cláusula responsabilizava o consumidor pela liberação da dívida (financiamento) feita pelo construtor, uma vez que a hipoteca se transferia junto com a propriedade. (...) A jurisprudência dominante é pela aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a estes contratos, pois, em regra, estão presentes consumidores como outro pólo da relação contratual, atuando como destinatários finais dos serviços para proveito próprio, de seu grupo social ou familiar. As regras do Código de Defesa do Consumidor encontrarão aplicação, também, em caso de vulnerabilidade comprovada do contratante, quando o contrato bancário inserir em sua atividade profissional, seguindo assim a orientação da jurisprudência brasileira, que já dedicava atenção especial aos contratos bancários e às cláusulas abusivas nele inseridas' (destaques nossos) (SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **A ineficácia da Hipoteca que onera Imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação em relação ao Consumidor-Adquirente** in Revista de Direito do Consumidor n.º 37, janeiro/março de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 172)*

Ou seja, não paira dúvida acerca da aplicação do Código de Defesa do Consumidor na presente relação triangular.

Uma vez aplicado os ditames da Lei 8078/90, impõe-se seja aplicado os princípios que norteiam todo o sistema, todos irradiados pela Constituição Federal de 1988, quais sejam: a função social do contrato, a boa-fé objetiva e a justiça contratual.

É fácil constatar que todos esses princípios são devidamente afrontados no caso em tela.

É que o consumidor², ao adquirir um único apartamento de uma construtora/incorporadora que ergue prédio residencial, realiza ato de consumo.

Uma vez firmado o compromisso de compra e venda do apartamento, é fácil constatar a presença de cláusulas abusivas ou leoninas.

É o que se verifica no compromisso de compra e venda em anexo:

O COMPRADOR declara e o VENDEDOR também ter (sic) conhecimento que as unidades do empreendimento estão vinculadas junto ao XXXXXXXX S/A CRÉDITO IMOBILIÁRIO e que a escritura definitiva será registrada após a liberação da unidade pelo agente financeiro.

Isto porque, não são raras as cláusulas que prevêm a possibilidade de gravar o imóvel em razão do interesse ou conveniência do condomínio.

Havendo esta disposição, evidente que, em razão da sua manifesta abusividade, deve ser decretada a sua nulidade.

A abusividade deve ser reconhecida eis que manifestamente afronta o princípio da boa-fé objetiva e seus corolários, quais sejam: a) transparência; b) informação; c) honestidade, e; d) lealdade.

É assim dito uma vez que a construtora não apresenta as suas dificuldades com a instituição financeira, bem como deixa de afirmar que o terreno e suas acessões estão hipotecados junto ao agente financeiro.

Por outro lado, a referida disposição ofende aos referidos princípios uma vez que o agente financeiro normalmente permite aos consumidor que preencham cadastros, subscrevam instrumentos e efetuem pagamentos, sem nada informar aos adquirentes.

O que se verifica é que a ausência de informação e transparência beneficia o agente financeiro e a construtora. É evidente que o consumidor uma vez alertado de todos os riscos do negócio, ou seja, que a construtora encontra-se em dificuldades financeiras, bem como o terreno e as suas acessões encontram hipotecadas junto ao agente financeiro, pensará duas vezes antes de fechar o negócio.

Pois bem, é assim que agem a construtora e o agente financeiro, proporcionando verdadeira penumbra ao consumidor, procurando beneficiar-se da ignorância.

Mais uma vez a doutrina:

*A habitualidade de negócios entre o banco e a empresa construtora dá origem a uma comunhão de interesses e um tráfico de obrigações e de garantias prejudiciais aos direitos dos adquirentes. Nem o banco nem a construtora vêem conveniência em informar sobre a realização desses negócios, que poderiam ser obstaculizados pela defesa dos legítimos interesses dos consumidores (PASQUALOTTO, Adalberto. **Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais** in Revista de Direito do Consumidor n.º 40, outubro/dezembro de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 31).*

Tal prática também afronta o princípio da justiça contratual, eis que não distribui adequadamente os riscos do negócio determinando a não obrigatoriedade das disposições contratuais.

Esse é o entendimento da doutrina:

“Fica evidente que essa prática (não rara) de construtores e agentes financeiros não observa que o Código de Defesa do Consumidor modificou, substancial e profundamente, o regime de distribuição dos riscos nos negócios do mercado de consumo. A afronta aos princípios indicados, e que estão no Código de Defesa do Consumidor positivados, tem como consequência lógica a não-obrigatoriedade e/ou não-vinculação do consumidor ao que consta no contrato, tudo isso sem que se afete a existência e validade da própria avença.

² Desde já pede licença para denominar os compromissários compradores simplesmente como consumidores.

(SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **A ineficácia da Hipoteca que onera Imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação em relação ao Consumidor-Adquirente** in Revista de Direito do Consumidor n.º 37, janeiro/março de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 176).

Ademais, a abusividade da cláusula é manifesta uma vez que o gravame em questão não garante a dívida do consumidor/adquirente mas sim da construtora. Uma vez constatada a inadimplência do construtor, a dívida abate-se sobre o patrimônio do adquirente, mesmo que tenha pago o preço ou esteja com as suas obrigações em dia.

Ainda, é certo que o agente financeiro ao conceder o empréstimo, ou seja, ao firmar o contrato de financiamento de obra, é sabedor que as unidades serão alienadas ao consumidores interessados. Afinal, traduz-se no próprio fim do negócio.

Significa dizer que executar a hipoteca em face dos adquirentes não é a atitude mais adequada a ser tomada pelo agente financeiro a fim de salvaguardar o seu crédito. Torna-se inclusive prática abusiva e afronta o disposto no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor.

A atitude que deveria ser tomada é a penhora dos créditos decorrentes dos compromissos de compra e venda já firmados e que não encontram-se quitados.

A doutrina:

*Ao conceder o empréstimo, mesmo que imponha a hipoteca, o agente financeiro sabe que o imóvel não permanecerá no patrimônio do mutuário, sendo adquirido por terceiros para fins de moradia. A execução da hipoteca transforma-se em exercício abusivo de direito, pois ele pode buscar a satisfação dos seus créditos por modo mais compatível com a harmonia dos negócios e com a finalidade social da sua atividade, ou seja, recebendo as prestações diretamente dos adquirentes, sem lhes perturbar a mansidão da posse. Mas em verdade, na relação triangular entre banco, empresário da construção e consumidor, quem perde é sempre o último. (PASQUALOTTO, Adalberto. **Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais** in Revista de Direito do Consumidor n.º 40, outubro/dezembro de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, p. 31).*

Ainda, o agente financeiro não pode simplesmente adotar medidas burocráticas, na condição de estar totalmente desvinculado do acordo firmado entre consumidor e construtora/incorporadora.

Isto porque, o agente financeiro, atuando na fomentação da moradia e da poupança popular, deve agir com responsabilidade e zelo.

Não se pode admitir, em razão do conceito de função social do contrato, que o agente financeiro aja de forma irresponsável, burocrática e desinteressada. Ou seja, exercer a sua condição de credor hipotecário, afirmando que a precedência da hipoteca em relação ao instrumento firmado e os efeitos *erga omnes* produzidos pelo referido gravame não se coaduna com a nova sistemática adotada a partir da Carta de 1988.

Não raro, importante lembrar que os empreendimentos normalmente trazem placas e *outdoors* com a afirmação que a referida obra é garantida por determinada instituição financeira.

Apresenta-se uma segurança inicial com o fim de induzir o fechamento do negócio e após, caso ocorra algum problema o ônus é do consumidor.

Não parece a mais adequada a rotina adotada nos referidos negócios jurídicos realizado entre consumidor, construtora e agente financeiro.

Pois bem, esta é a realidade atual.

Compactuar com isso é negar vigência aos princípios do novo Direito Contratual bem como as disposições legais mais recentes do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Cumpre salientar que o agente financeiro é negligente e desleixado, quando não fiscaliza a celebração dos instrumentos, bem como, ao verificar um indicio de inadimplência, receber diretamente dos compromissários compradores, penhorando os créditos.

Ademais, analisando a cláusula sob a ótica das disposições do Código de Defesa do Consumidor verifica-se a manifesta afronta às diversas disposições da referida legislação.

É que a referida cláusula exonera a responsabilidade do fornecedor, não somente pelo fato da informação do ônus real não ser claramente expressa, como também pela não liberação da hipoteca no tempo indicado (artigo 51, I, CDC). Ainda, a mencionada cláusula não cuida da devolução do valor em dinheiro recebido, quer pela falsa informação sobre o ônus hipotecário já ser contemporâneo ao tempo da celebração do compromisso de compra e venda, quer pela não liberação do gravame (art. 51, II do CDC).

Mais, a disposição contratual em questão dispõe sobre uma obrigação iníqua e abusiva, expondo o consumidor à perda do bem imóvel adquirido, porque o construtor/incorporador não pagou sua dívida, muito embora tenha ele recebido todo o preço do mesmo bem pago pelo consumidor. Isso traduz, vantagem exagerada a uma das partes, no caso em questão manifestamente o construtor, revelando que tal cláusula afasta a boa-fé dos negócios e a equidade contratual. Além do mais, a ausência de ressalva à unidade imobiliária paga integralmente confere ao agente financeiro poderes extraordinários (vantagem exagerada) de exigir o pagamento de quem já pagou, o que é claramente abusivo, para dizer o mínimo (artigo 51, IV do CDC).

Finalmente, a disposição mencionada está em completo desacordo com tudo que está escrito no Código de Defesa do Consumidor, em seus princípios, normas e até espírito, porque não é crível que alguém seja legalmente compelido a pagar duas vezes o mesmo preço de um mesmo bem, em razão de contrato firmado (e não cumprido) por agentes profissionais (o construtor, por exemplo, que retém o dinheiro recebido e o agente financeiro, que não fiscalizou adequadamente o contrato), é o que reza o artigo 51, XV do CDC.

Desta forma, analisando as disposições dos contratos e as atitudes dos fornecedores é que se impõe invalidar qualquer disposição que determine a permanência da hipoteca, mesmo após a quitação do contrato, independentemente do momento da sua celebração, ou seja, antes ou depois da constituição do gravame.

A questão será melhor abordada no tópico seguinte.

11. A INEFICÁCIA DA HIPOTECA PERANTE O TERCEIRO ADQUIRENTE

Algumas questões devem ser abordadas, quais sejam: a) possibilidade de se executar um imóvel hipotecado dado em garantia de dívida de construtor/incorporador a um agente financeiro; b) o bem hipotecado dado em garantia de dívida ter sido objeto de contrato de promessa de compra e venda com terceiro que pagou o preço do imóvel ao promitente vendedor, e; c) o imóvel hipotecado foi penhorado, em razão da inadimplência da construtora/incorporadora com o agente financeiro.

Ademais, deve ser levado em conta algumas variantes, quais sejam: a) o financiamento concedido pelo agente financeiro tinha como fim único a consecução do empreendimento, ou seja, construção de unidades residenciais, e; b) o adquirentes fariam os pagamentos diretamente à construtora/incorporadora.

Desta forma, cumpre salientar que a hipoteca instituída pelo agente financiador da obra somente garante a dívida, enquanto o bem permanecer na propriedade da devedora. Significa dizer que havendo transferência de propriedade, seja por escritura pública de compra e venda ou mesmo em decorrência de promessa de compra e venda, o crédito do agente financeiro passa incidir sobre os direitos decorrentes dos referidos instrumentos.

Isso é o que determina o artigo 22 da Lei 4.864/65:

Os créditos abertos nos termos do artigo anterior pelas Caixas Econômicas, bem como pelas sociedades de crédito imobiliário, poderão ser garantidos pela caução, a cessão parcial ou a cessão fiduciária dos direitos decorrentes dos contratos de alienação das unidades habitacionais integrantes do projeto financiado.

§1º. Nas aberturas de crédito garantidas pela caução referida neste artigo, vencido o contrato por inadimplemento da empresa financiada, o credor terá o direito de, independentemente de qualquer procedimento judicial e com preferência sobre todos os demais credores da empresa financiada, haver os créditos caucionados diretamente dos adquirentes das unidades habitacionais, até a final liquidação do crédito garantido.

§2º. Na cessão parcial referida neste artigo, o credor é titular dos direitos na percentagem prevista no contrato, podendo mediante comunicações ao adquirente da unidade habitacional, exigir, diretamente, o pagamento em cada prestação da sua percentagem nos direitos cedidos. (destacou-se)

No contrato em anexo, verifica-se a existência de cláusula, exatamente coadunando-se com a determinação legal:

CLÁUSULA VIGÉSIMA TERCEIRA – Cobrança de parcelas: A(s) Devedora(s) obriga(m)-se a entregar ao Credor os valores de todas as parcelas contratadas para o pagamento do preço das unidades comercializadas que não forem caucionadas, mediante cobrança na agência indicada no item 8 do Quadro resumo.

PARÁGRAFO ÚNICO: O Credor, com o que desde já concorda(m) a(s) Devedora(s), somente liberará as importâncias recebidas após verificada a inexistência de dívida vencida e não paga ou valores em atraso referentes às obrigações assumidas neste instrumento.

Significa dizer que o direito real do agente financeiro, permanece enquanto o imóvel integrar o patrimônio do devedor (no caso, construtor/incorporador).

Assim, a hipoteca torna-se ineficaz após a realização do compromisso de compra e venda celebrado pelo construtor/incorporador e o terceiro adquirente. A unidade residencial adquirida exclui-se do patrimônio do devedor.

É fato que o terceiro adquirente cumpriu com todos os seus compromissos. É fato também que a instituição financeira foi no mínimo negligente eis que, tendo financiado a obra, não procedeu de forma diligente na persecução dos seus créditos.

Isto porque, caberia ao agente financeiro resguardar-se penhorando os créditos decorrentes dos contratos de compra e venda celebrados. Se assim não o fez, imagina-se por negligência ou mesmo buscando a opção mais cômoda, qual seja, perseguir o seu crédito junto ao patrimônio dos terceiros adquirentes.

Pode-se afirmar que as regras gerais sobre a hipoteca não se aplicam no caso de edificações financiadas por agentes imobiliários integrantes do Sistema Financeiro da Habitação, porquanto estes sabem que as unidades a serem construídas serão alienadas a terceiros, que

responderão apenas pela dívida que assumiram com o seu negócio, e não pela eventual inadimplência da construtora. O mecanismo de defesa do financiador será o recebimento do que for devido pelo adquirente final, mas não a excussão da hipoteca que não está permitida pelo Sistema vigente.

Justifica-se este entendimento em razão dos princípios citados exaustivamente ao longo deste trabalho.

A solução dada a problemática nada mais é do que reconhecer a aplicação dos preceitos do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil de 2002.

Reconhecer a ligação triangular acima mencionada é reconhecer a aplicação do conceito de função social do contrato, trazido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002.

Ainda, o princípio da boa-fé objetiva resta cristalino quando é reconhecido o dever de fiscalização do agente financeiro nos atos realizados na administração do empreendimento, tais como fiscalização do andamento da obra, fiscalização na venda das unidades, fiscalização no recebimento dos créditos dos terceiros adquirentes, etc. É certo que uma vez constatada a inadimplência do construtor, o agente financeiro deve notificar os terceiros adquirentes para que interrompam o pagamento junto ao devedor (construtor) e passem a realizá-lo junto ao credor (agente financeiro), sob pena de se sujeitarem aos efeitos da hipoteca.

Ademais, a solução apresentada determina que o agente financeiro dispunha de outros mecanismos para receber o seu crédito. Se não o fez, foi por negligência ou mesmo por conveniência.

Finalmente, aplica o princípio da justiça contratual uma vez que o consumidor não pode ser obrigado a pagar a mesma dívida por duas oportunidades, ou seja, quando paga o preço e depois para livrar da hipoteca decorrente de dívida do construtor/incorporador.

É assim que a hipoteca merece tratamento diferenciado quando instituída sob à égide do Sistema Financeiro de Habitação.

12. A HIPOTECA CONSTITUÍDA SOB A ÉGIDE DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO: TRATAMENTO DIFERENCIADO

É certo, conforme já dito anteriormente, que a hipoteca constituída nos termos da legislação civil tem efeito *erga omnes*.

Entretanto, a hipoteca constituída decorrente de negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário merece tratamento diferenciado.

Isto porque, no caso em debate, o valor da dívida garantida pela hipoteca, normalmente, não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu real valor, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida.

Assim, não se aplicam as disposições relativas à hipoteca preceituadas pelo Código Civil de 1916 e pela nova legislação de 2002.

No caso em discussão, o consumidor é único que não pode ser penalizado com a perda do imóvel ou no pagamento de dívida que não é sua. É que o construtor e o agente financeiro objetivam sempre o lucro e portanto nada mais razoável que arquem com os riscos do negócio.

A legislação não merece esta aplicação.

Ora, a liberdade de contratar fica prejudicada eis que é incontroverso que a aquisição de casa própria pelo Sistema Financeiro da Habitação se dá através de contratos com cláusulas pré-estabelecidas, regulamentadas pelo Governo Federal. Assim sendo, os consumidores adquirem sem efetivamente querer, ou mesmo sem ter a efetiva ciência, que sua unidade autônoma encontra-se onerada por dívida de outrem (construtor). Assim, não é difícil imaginar a situação em que é colocado o adquirente da unidade autônoma em que todas as regalias e vantagens são concedidas ao construtor e ao agente financeiro.

Neste sentido a doutrina de Alberto do Amaral Junior:

*Com o aparecimento e proliferação dos contratos de massa, a liberdade de escolher o outro contratante torna-se muito limitada, além de possuir reduzida importância prática, pois não existem variações realidade, esta liberdade desaparece por completo todas as vezes em que a oferta ao público de produtos e serviços é feita por uma empresa em situação de monopólio. (JUNIOR, Carlos Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda.** São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 115)*

A importância social da solução apresentada é evidente.

Isto porque no negócio jurídico interligado, o construtor recebe os créditos das vendas realizadas, o agente financeiro faz a excussão das hipotecas e também recebe os seus créditos do financiamento concedido e o consumidor (terceiro adquirente) paga o preço do imóvel e após tem a opção ao procede novo pagamento do valor exigido ou simplesmente perde a sua unidade residencial.

Não se pode pretender que o consumidor seja prejudicado em razão da aplicação de institutos retrógrados sem levar em consideração a nova sistemática adotada após a Carta de 1988.

13. OUTROS ARGUMENTOS QUE PODEM SER UTILIZADOS PARA DETERMINAR A INEFICÁCIA DA HIPOTECA FRENTE AO TERCEIRO ADQUIRENTE

É possível sejam aplicados outros argumentos com o intuito de proteger o terceiro adquirente frente à excussão da hipoteca.

Assim, tem-se os seguintes dispositivos legais.

O artigo 236 da Lei de Registro Públicos estabelece que: *“Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado”*.

Já o artigo 811 do Código Civil de 1916 dispõe que: *“A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel”*

O artigo 1474 do novo Código Civil determina que: *“A hipoteca abrange todas as acessões, melhoramentos ou construções do imóvel. Subsistem os ônus reais e constituídos e registrados, anteriormente à hipoteca, sobre o mesmo imóvel.”*

Ainda, o artigo 676 do Código Civil de 1916: *“Os direitos reais sobre imóveis constituídos ou transmitidos por ato entre vivos só se adquirem depois da transcrição ou da inscrição, no Registro de Imóveis, dos referidos títulos (arts. 530, I e 856), salvo os casos expressos neste Código”*

Finalmente, o artigo 1227 do Código Civil de 2002: *“Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1245 e 1247), salvo os casos expressos neste Código.”*

Depreende-se da leitura mais atenta dos referidos dispositivos que o legislação anterior e a legislação atual estabelece que todos os atos relativos à bens imóveis estão sujeitos à averbação junto ao Cartório de Registro competente. Pois bem, até aí nenhuma novidade.

É que adotando o critério do artigo 811 do Código Civil de 1916, todos os melhoramentos, acessões e construções realizadas no imóvel, eram acrescidos ao mesmo. Entretanto, estabelece o artigo 236 da Lei

de Registros Públicos que nenhum registro poderia ser feito sem que o imóvel fosse matriculado. Chegou-se portanto a seguinte interpretação: as acessões, melhoramentos e construções a que referia o artigo 811 do Código de 1916 seriam aquelas que não dependeriam de registro junto ao Cartório competente e portanto estariam incorporados ao imóvel e por conseguinte estariam de igual forma gravadas pelo ônus da hipoteca.

Por outro lado, uma vez abertas novas matrículas em razão de construção de unidade residenciais autônomas, as mesmas não acresceriam o imóvel e portanto não estariam gravadas com o ônus da hipoteca.

A interpretação é interessante.

Isto porque, estabelece o artigo 1º da Lei 4.591/64 (Lei de Condomínios e Incorporações) que cada unidade residencial ou não deve ser devidamente individualizada.

Uma vez celebrado o compromisso de compra e venda e devidamente quitado o preço, não seria lícito vender ou mesmo hipotecar unidade já alienada. É isso que estabelece o artigo 756 do Código Civil Brasileiro de 1916: *“Só aquele que pode alienar, poderá hipotecar, dar em anticrese ou empenhar. Só as coisas que se podem alienar poderão ser dadas em penhor, anticrese ou hipoteca”*. O artigo 1420 do Novo Código Civil estabelece que: *“Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca. §1º. A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono (...)”*

A nova legislação somente corroborou com o que já dispunha a legislação anterior, ratificando, entretanto, a ineficácia de registro daquele que não é dono.

Pois bem, considerando o registro do compromisso de compra e venda junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, evidente que a instituição financeira, titular da hipoteca, tinha pleno conhecimento da sua existência.

Destarte, não se pode admitir a constituição de hipoteca pela incorporadora/construtora eis que o imóvel gravado não integra mais o seu patrimônio.

Ou seja, uma vez cumpridos todos os requisitos para abertura de nova matrícula, o adquirente deve obter matrícula da sua unidade residencial sem qualquer ônus. Logo, a hipoteca que grava a unidade residencial já quitada pelo adquirente não apresenta validade no caso da verificação de nova matrícula, desde que, o compromisso de compra e venda esteja devidamente registrado.

Ainda, aspecto correlato ao já citado acima, é a eficácia real conferida aos compromissos de compra e venda, desde que devidamente averbados no cartório de imóveis.

A nova legislação pôs uma pá de cal na questão.

O artigo 1417 do Código Civil de 2002 estabelece que: *“Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e **registrada no Cartório de Imóveis**, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”* (grifou-se).

O referido tema vem sendo discutido nos Tribunais e já foi sumulada pelo STJ: *“É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro.”* (Súmula 84 do STJ).

Consoante denota-se da leitura da súmula em questão, resta estabelecido desnecessário a fim de exercer o direito de ação para salvaguardar a posse.

Por outro lado, O STF sumulou a questão em sentido diametralmente oposto: *“Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis”* (Súmula 621 do STF)

Ou seja, reza a referida súmula que o compromisso de compra e venda, desprovido de registro, não gera efeitos real mas tão somente obrigacionais.

Pois bem, a nova legislação exige o registro no Cartório de Imóveis competente para o fim de conferir ao compromisso de compra e venda o caráter real.

Neste caso, uma vez registrado o compromisso de compra e venda e quitado o preço, a hipoteca constituída por contrato firmado entre a instituição financeira e a construtora/incorporadora não terá repercussão sobre o imóvel do consumidor/adquirente.

14. POSIÇÃO DOS TRIBUNAIS

Não se pode perder de vista o entendimento dos Tribunais acerca do tema. Isto porque, inúmeros são os adquirentes que se socorrem do Poder Judiciário para salvaguardar os seus direitos.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou acerca do questão central do presente trabalho:

Sistema Financeiro da Habitação. Casa própria. Execução. Hipoteca em favor do financiador da construtora. Terceiro promissário comprador. Embargos de terceiro.

- *Procedem os embargos de terceiro opostos pelos promissários compradores de unidade residencial de edifício financiado, contra a penhora efetivada no processo de execução hipotecária promovida pela instituição de crédito imobiliário que financiou a obra.*
- *O direito de crédito de quem financiou a construção das unidades destinadas à venda pode ser exercido amplamente contra a devedora, mas contra os terceiros adquirentes fica limitado a receber deles o pagamento das suas prestações, pois os adquirentes da casa própria não assumem a responsabilidade de pagar suas dívidas, pelo valor real do imóvel, e a da construtora do prédio.*
- *Recurso conhecido e provido.*³

Do bojo do acórdão extrai-se excelente passagem que bem ilustra o tema:

É o que se vê das cláusulas 20 a 22, do contrato de financiamento, às f. dos autos, sendo certo que, no caso, em não tendo havido repasse dos créditos pela mutuária à mutuante, os adquirentes por tal descumprimento não podem responder com suas unidades porque elas integrariam a garantia hipotecária.

Assim, face os termos do contrato a mutuante, em verificando a inadimplência da mutuária e sabedora das vendas, deveria notificar os compromissários para que passassem a pagar seus débitos diretamente em seus escritórios. E não simplesmente, aguardar os débitos se avolumarem para, escudando-se na garantia hipotecária, executar os adquirentes, que não foram inadimplentes, que cumpriram com compromissos e que se encontram na posse direta dos imóveis.

*Portanto, a execução da mutuária, no caso, não pode prejudicar os direitos dos compradores, eis que não se houverem com culpa, sendo que o mesmo não se pode firmar em relação à embargada.*⁴

³ STJ, Recurso Especial n.º 187.940-SP, Quarta Turma, Relator Ministro Ruy Rosado Aguiar, j. 18.02.1999.

⁴ idem anterior.

Neste mesmo sentido, recente julgado do STJ:

Processual Civil. Civil. Recursos Especiais. Fundamentação. Embargos de declaração. Omissão. Inexistência. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Contrato de financiamento para a construção de imóvel (prédio com unidades autônomas). Recursos oriundos do SFH. Outorga, pela construtora, de hipoteca sobre o imóvel ao agente financiador. Posterior celebração de compromisso de compra e venda com terceiros

adquirentes. Cancelamento da hipoteca.

- É inadmissível o Recurso Especial na parte em que deixa de apontar ofensa à lei ou dissídio jurisprudencial e no ponto em que não fundamenta suas alegações.

- Inexiste omissão a ser suprida por meio de embargos de declaração quando toda a controvérsia posta a desate foi fundamentadamente apreciada no julgado embargado.

- O dissídio jurisprudencial que enseja Recurso Especial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre os acórdãos tidos como divergentes.

- A hipoteca instituída pela Construtora ao agente financiador, em garantia de empréstimo regido pelo Sistema Financeiro da Habitação, que recai sobre unidade de apartamentos, é ineficaz perante os promissários-compradores, a partir de quando celebrada a promessa de compra e venda.

- Nesse caso, deve ser cancelada a hipoteca existente sobre as unidades de apartamentos alienadas a terceiros adquirentes.⁵

Julgado acerca da aplicação do Código de defesa do Consumidor e do princípio da boa-fé objetiva:

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – BEM IMÓVEL – AQUISIÇÃO – Unidade de prédio residencial – Dificuldade financeira da INCORPORADORA – HIPOTECA do terreno – Impossibilidade – Aplicação do CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Sistema financeiro imobiliário. Adquirentes promitentes de unidade de prédio residencial cujo o terreno foi dado em hipoteca mesmo sendo público que a incorporadora passava por dificuldades financeiras. Ofensa aos princípios de boa-fé consagrados no C.D.C. Não prevalece diante de terceiro adquirente de boa-fé a hipoteca constituída pela incorporadora junto à instituição financeira porque a estrutura não só do Código de Defesa do Consumidor, como, também, do próprio sistema habitacional, foi consolidado para respeitar o direito do consumidor. A incorporadora agiu de má-fé quando o próprio compromisso particular de promessa de compra e venda carecia de maiores informações. O banco da mesma forma porque a situação econômico-financeira da incorporadora era péssima, fato público e

⁵ STJ, Recurso Especial 431440-SP, Terceira Turma, Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 07.11.2002.

*notório e, ainda assim, o banco não se acautelou. De sorte que, ainda que, aparentemente, legal a hipoteca, o negócio jurídico realizado entre o incorporador e o banco contém objeto ilícito porque dirigido a lesar terceiros, consubstanciando *fraus legis*. **Nesse passo, a defesa do direito do consumidor se contrapõe à ortodoxia civilista, fazendo prevalecer o princípio da boa-fé inserido não só no próprio corpo do Direito Civil mas especialmente destacado no Código de Defesa do Consumidor.**⁶ Apelo denegado.*

Desta forma, evidente o acolhimento dos Tribunais no intuito de aplicar os conceitos do novo Direito Contratual, bem como acerca da ineficácia da hipoteca perante o compromissário comprador constituída em razão da concessão de financiamento do agente financeiro para o construtor.

⁶ TJ/RJ, Ap. Cível n.º 19.118/99, Unân., 2ª CC, Rel. Des. Gustavo Adolpho Kuhl Leite, j. em 23.05.2000, DOERJ 26.10.2000 – in Bonijuris n.º 443, p. 6373.

15. CONCLUSÃO

O novo Direito Contratual estabelece novas regras, ou seja, trata-se de um novo momento.

As relações entre particulares alcançaram uma dinâmica nova e merecem novo tratamento do Direito.

Certo é que na relação contratual apresentada, impõe-se a adoção das disposições do Código de Defesa do Consumidor e principalmente as cláusulas gerais estabelecidas pelo Código Civil de 2002.

Assim é que as hipotecas constituídas no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação devem ser consideradas ineficazes frente aos terceiros adquirentes.

A conclusão é óbvia, uma vez que os demais participantes da relação contratual, quais sejam, o agente financeiro e o construtor, utilizam-se por conveniência de mecanismos legais para determinar que o consumidor arque sozinho com o insucesso do empreendimento.

Desta forma, são suscitados princípios antigos e vetustos, tal como o direito real conferido às hipotecas e seus efeitos *erga omnes* no intuito de perseguir o crédito no patrimônio do consumidor.

Não é o entendimento mais adequado e deve ser afastado pelo Poder Judiciário.

Os instrumentos foram disponibilizados aos julgadores para que eles possam interpretar o sistema legal da maneira mais adequada e atual. É que as cláusulas gerais trazidas pelo novo Código Civil admite a atuação dos juizes em áreas nunca dantes exploradas.

O que pode o juiz fazer ao analisar se o contrato firmado efetivamente cumpre a sua função social?

O poder é enorme e perigoso, entretanto necessário para combater as mazelas instituídas em razão da antiga legislação.

Conceitos novos e mais condizentes com a modernidade das relações jurídicas devem ser empregados e vêm sendo pelo que demonstrou os julgados acima transcritos.

A igualdade social não é só dever do Executivo, mas também dos demais poderes, principalmente do Poder Judiciário que efetivamente lida com o caso concreto, com consumidores, com famílias e com pessoas.

Intervir nas relações entre particulares, modificar ou mesmo anular contratos é a exigência da nova ordem econômica e social verificada nos dias atuais.

REFERÊNCIAS

TICINELLI, Joelma. **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Limites Objetivos e Subjetivos do Negócio Jurídico na Constituição Federal de 1988**, São Paulo : MaxLimonad, 1999.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da, Instituições de Direito Civil. 13ª ed., V. I

FERREIRA, Carlos Alberto Goulart, **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Equilíbrio Contratual**, São Paulo MaxLimonad, 1999.

LYRA JUNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de. **Os princípios do Direito Contratual** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo Revista dos Tribunais, 2003

SANTOS, Eduardo Sens dos. **O Novo Código Civil e as Cláusulas Gerais – exame da função social do contrato** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002

POPP, Carlyle. **Direito Civil Constitucional** in LOTUFO, Renan (coord.). **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e a Liberdade Negocial – A proteção Contratual no Direito Brasileiro**, São Paulo : MaxLimonad, 1999

SANTOS, Eduardo Sens dos. **A Função Social do Contrato – Elementos para uma Conceituação** in Revista de Direito Privado n.º 13, janeiro/março de 2003, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2003

MARTINS-COSTA, Judith. **Sistema e cláusula geral: a boa-fé objetiva no processo obrigacional**, Tese de Doutorado, USP, set. 1996

BELMONTE, Cláudio Petrini. **Principais Reflexos da Sociedade de Massas no Contexto Contratual Contemporâneo – disposições contratuais abusivas** in Revista de Direito do Consumidor n.º 43, julho/setembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais** in Revista de Direito do Consumidor n.º 40, outubro/dezembro de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

NOVAIS, Alinne Arquette Leite. **Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-Fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente** in TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Problemas de Direito Constitucional**, Rio de Janeiro : Renovar, 2000.

NETO, Jerônimo Romanello, Contrato preliminar: efeitos jurídicos.

NALIN, Paulo. **A função social do contrato no futuro Código Civil Brasileiro** in Revista de Direito Privado n.º 12, outubro/dezembro de 2002, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002.

NALIN, Paulo. **Do Contrato: conceito pós-moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional**, Curitiba: Juruá, 2001.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto**, 6ª Ed., Rio de Janeiro : Forense, 2000.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Cláusulas Abusivas em Contratos Habitacionais** in Revista de Direito do Consumidor n.º 40, outubro/dezembro de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.

JUNIOR, Carlos Alberto do. **Proteção do consumidor no contrato de compra e venda**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.

SILVEIRA, Reynaldo Andrade da. **A ineficácia da Hipoteca que onera Imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação em relação ao Consumidor-Adquirente** in Revista de Direito do Consumidor n.º 37, janeiro/março de 2001, São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.