



Santos Silveiro
ADVOGADOS

Temas **atuais** em **direito** imobiliário

2018

ORGANIZADORES

Lourdes Helena **ROCHA DOS SANTOS**
Fabio **CAPRIO LEITE DE CASTRO**

AUTORES

Lourdes Helena **ROCHA DOS SANTOS**
Mariana **BORGES ALTMAYER**
Roberto **SANTOS SILVEIRO**
Maria Angélica **JOBIM DE OLIVEIRA**
Fernanda **MURARO BONATTO**
Marco **MEIMES**
André **FERRONATO GIRELLI**
João Paulo **SANTOS SILVEIRO**
Fabio **CAPRIO LEITE DE CASTRO**
Fernanda **HAILLIOT HABCKOST**

ssa.com.br

Organizadores:

Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

Fabio CAPRIO LEITE DE CASTRO

**Temas atuais em direito imobiliário
2018**

ISBN 978-85-5810-002-1

Porto Alegre

SANTOS SILVEIRO ADVOGADOS

2018

Prefácio

É com imenso prazer e orgulho que apresentamos o e-book **Temas atuais em direito imobiliário – Ano 2018**. Neste ano procuramos trazer ao leitor artigos que retratassem os temas que mais estiveram em voga em nosso escritório, bem como assuntos jurídicos, que por sua relevância e atualidade, despertaram nossa curiosidade e a vontade de mais saber. Esperamos que apreciem os temas do e-book 2018 e que, de alguma forma, este trabalho possa lançar uma luz no encaminhamento de soluções jurídicas para problemas que o mercado enfrenta, auxiliando os leitores a refletir e a tomar as melhores decisões.

Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

Sumário

A destituição da incorporadora pelos condôminos DA LEGISLAÇÃO À PRÁTICA pg. 05

Por Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

Condomínios contemporâneos O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, A POSSIBILIDADE DE ESPECIFICAÇÃO PARCIAL E O PAPEL DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL pg. 21

Por Mariana BORGES ALTMAYER

Os distratos e a necessidade de preservação do direito social e coletivo no âmbito das incorporações imobiliárias pg. 38

Por Roberto SANTOS SILVEIRO
e Maria Angélica JOBIM DE OLIVEIRA

A Assembleia Geral do Condomínio Edifício UMA PERSPECTIVA ATUAL DO INSTITUTO pg. 55

Por Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

A locação por temporada e os aplicativos de compartilhamento de imóveis: REFLEXOS JURÍDICOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO pg. 77

Por Fernanda MURARO BONATTO

A responsabilidade do fiador em caso de prorrogação do contrato de locação pg. 95

Por Marco MEIMES

A análise econômica do direito e a interpretação judicial de questões relativas à incorporação imobiliária em precedentes obrigatórios pg. 105

Por André FERRONATO GIRELLI

Vícios construtivos em empreendimentos imobiliários: PRAZOS DE GARANTIA, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO pg. 119

Por João Paulo SANTOS SILVEIRO

Diálogos entre a advocacia e a psicologia A SOCIEDADE DE ADVOGADOS, O ATENDIMENTO CENTRADO NO CLIENTE E A MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS pg. 133

Por Fabio CAPRIO LEITE DE CASTRO
e Fernanda HAILLIOT HABCKOST



A destituição da incorporadora pelos condôminos

DA LEGISLAÇÃO À PRÁTICA

Por Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

Resumo

O presente artigo oferece uma análise jurídica do processo que envolve o afastamento do empreendedor que paralisou as obras, desde o momento mais dramático do enfrentamento da realidade pelos adquirentes até a solução que pode ser alcançada pelos mesmos. Partindo do estudo dos mecanismos legais disponíveis na Lei de Condomínios e Incorporações, da doutrina e das mais recentes decisões dos tribunais superiores, a intenção do artigo é dar aplicabilidade a estes conhecimentos, mostrando um caminho a ser seguido, o qual inicia-se pelo convencimento dos adquirentes acerca da necessidade de mobilização para formação de uma vontade coletiva e conduz a uma análise criteriosa dos ativos e passivos do empreendimento. Ao longo do artigo são explicadas as medidas judiciais e extrajudiciais de proteção dos direitos dos condôminos, à luz do microssistema das incorporações. Também o artigo se detém na importância da Assembleia como órgão soberano, do qual emanam as decisões a serem tomadas pelos condôminos, bem como o duplo papel da Comissão de Representantes. Por fim, é apresentada uma reflexão acerca da noção de tempo e os seus reflexos no processo de destituição do incorporador.

Introdução

Posso dizer que passei muitos anos de minha vida profissional dedicada a encontrar soluções para empreendimentos cujas obras tinham sido paralisadas pelo incorporador. Tarefa árdua, somente para aqueles dotados de grande perseverança! Digo isso pois de todos os projetos de retomadas de obra dos quais participei, nenhum mostrou-se fácil, muito menos célere, tal como esperavam os condôminos.

Primeiramente, quase que em todos os casos, a ficha demora para cair! Realmente é muito duro para o adquirente de unidade imobiliária na planta concluir que aquele incorporador com quem celebrou o contrato a preço e prazo certos, não vai mesmo terminar a obra. A situação está ali, a obra não anda, cada vez tem menos funcionários, até não ter mais nenhum. A obra vira um canteiro abandonado, não raras vezes sujeito a invasões e depreciação.

Parece pouco crível, mas mesmo diante do fato escancarado, os compradores das unidades relutam em aceitar a realidade: o incorporador não cumprirá o que prometeu. A obra não chegará ao seu fim. As unidades não serão entregues.

Ao menor aceno de esperança, qualquer iniciativa de mobilização se esvazia. E o tempo passa. Até que a realidade se impõe. E os compradores chegam à conclusão de que precisam fazer algo, buscar uma solução ao problema.

O primeiro passo foi dado. Talvez o mais importante e o mais difícil. São os sonhos que vão embora para dar lugar à luta que se inicia sem tempo ou previsão de desfecho. A destituição do incorporador pelos condôminos pressupõe este convencimento.

Não há fórmula que se aplique indistintamente aos projetos de retomada de empreendimentos paralisados, pois cada caso apresentará suas peculiaridades para as quais deverão ser encontradas soluções próprias e adequadas.

Mas há, sim, conceitos importantes, oriundos da lei, interpretados pelos tribunais, vividos e experimentados na prática, que poderão nortear e iluminar o trajeto a ser percorrido.

Veremos a seguir que a destituição do incorporador se trata de movimento coletivo e dinâmico, cujos problemas assim como as soluções se apresentarão ao longo do caminho, exigindo dos envolvidos disposição para negociar e criatividade no enfrentamento das questões.

1 • A destituição do incorporador e o prosseguimento da obra com a comissão de representantes

Primeiramente, há que se destacar que a destituição do incorporador é

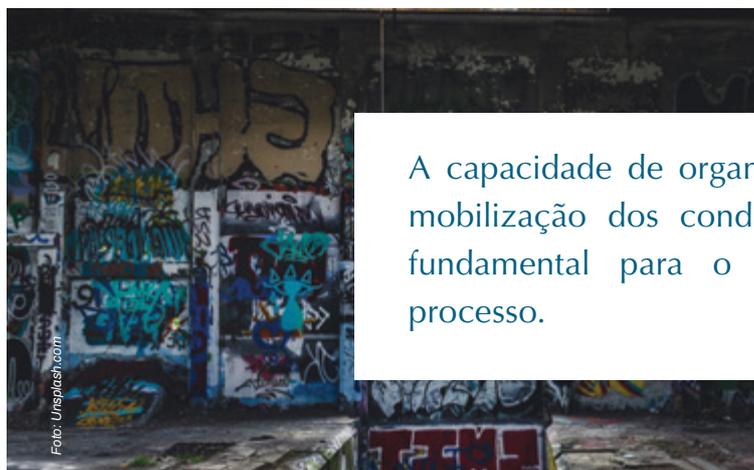
movimento coletivo, onde a vontade da maioria passa a ditar as regras. Ou seja, de nada adianta que o convencimento seja isolado ou de um grupo não representativo de compradores, pois a lei é clara em estabelecer um quórum mínimo, de metade mais um dos compradores (inciso VI do art. 43 da Lei nº 4.591/64), para afastar o incorporador faltoso, manifestado em assembleia convocada por um terço dos condôminos (parágrafo primeiro do art. 49 da Lei nº 4.591/64).

A capacidade de organização e de mobilização dos condôminos será fundamental para o sucesso do processo. A Comissão de Representantes eleita pelos adquirentes deverá conduzir as medidas a serem tomadas em relação à incorporadora, a qual será notificada para retomar as obras do empreendimento em 30 (trinta) dias contados da notificação que lhe for encaminhada.

De antemão, entendo que tal notificação deva ser feita judicialmente, na medida em que o artigo art. 43, VI, da Lei nº 4.591/64 refere “o juiz assinará o prazo de 30 dias para que as reinicie ou torne a dar-lhes o andamento normal”.

Atente-se que não raras vezes o incorporador dificulta sua notificação, e o fato de contar com as possibilidades previstas no artigo 252 do Código de Processo Civil serão imprescindíveis para dar por cumprida a formalidade da lei, de prévia constituição em mora.

Nestes 30 dias que sucedem à notificação, caso a incorporadora não retome a obra, estará aberto o caminho para sua destituição, que não ocorre de pleno direito ou automaticamente. Será necessária a convocação de nova assembleia para deliberar pela destituição do incorporador a qual depende dos votos da maioria absoluta dos adquirentes das unidades, pois o mesmo artigo 43, VI, da Lei nº 4.591/64 refere que “desatendida a notificação, poderá o incorporador ser destituído pela maioria absoluta dos votos dos adquirentes...”.



Na contagem dos votos, não se levará em conta as unidades do estoque do incorporador, considerado àquelas não vendidas, reservadas ou por qualquer motivo não alienadas a terceiros adquirentes.

Outrossim, é comum na contagem dos votos o questionamento se a votação se dá por unidade ou por fração ideal¹. O entendimento da doutrina é que a contagem dos votos se dá pela soma das frações ideais que correspondem às unidades dos respectivos adquirentes, na medida em que tal coeficiente mensura “o interesse econômico de cada uma das pessoas participantes da comunhão”².

Outro questionamento comum nestes casos é se o permutante do terreno, por força de contrato de permuta ou de compra e venda com pagamento mediante promessa de dação de unidades, participa ou não da votação que deliberará sobre o afastamento do incorporador inadimplente, especialmente porquê, pela quantidade de unidades que detêm, sua posição poderá ser determinante no resultado.

Considero que o permutante por área construída que tem unidades certas e determinadas a receber em um empreendimento, para efeitos da deliberação da destituição do incorporador, bem como em relação ao condomínio que prosseguirá a construção, possui posição equivalente àquele promissário comprador que já quitou integralmente o preço da sua unidade em moeda corrente nacional. A diferença é que o permutante pagou o preço através da entrega do terreno e o peso do seu voto será proporcional à fração ideal das unidades que lhe tocarão em permuta.

Serão, assim, duas assembleias, uma que delibera pela notificação do incorporador para retomar a obra em 30 dias sob pena de sua destituição e outra, não havendo a efetiva retomada das obras pela incorporadora, que delibera pela sua destituição.

Uma vez destituído, libertam-se os condôminos dos compromissos firmados com a incorporadora, o que significa dizer que a incorporadora não poderá mais exigir-lhes o pagamento de quaisquer das parcelas do preço, vencidas e/ou vincendas³. Isso não significa que quem tem saldo devedor deixa de ter a obrigatoriedade de pagar suas obrigações, mas que estas passam agora a ser exigíveis pelo condomínio de construção, representado pela sua Comissão de Representantes.

Perde também a incorporadora a disposição sobre o estoque de unidades do empreendimento, constituído do conjunto de unidades porventura não alienadas a terceiros adquirentes.

Embora a Lei nº 4.591/64 assim não tenha disposto expressamente, dela se depreende que **os condôminos, para prosseguir na construção, deverão contar com os mesmos ativos que o incorporador possuía para tal**, assim composto do saldo devedor das unidades alienadas mais o produto da venda dos estoques (unidades não alienadas).

1. A regra trazida pelo art. 1.331, § 3º, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 10.931/2004, estabelece que “a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio”.

2. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 69.

3. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, op. cit., pp. 252-253.



Os condôminos, para prosseguir na construção, deverão contar com os mesmos ativos que o incorporador possuía para tal.

Para a cobrança do saldo devedor do preço das unidades já alienadas, a Lei nº 4.591/64, no seu artigo 63, dispõe que caberá à Comissão de Representantes promover a cobrança das parcelas do preço impagas, podendo inclusive, na hipótese de inadimplemento de três ou mais parcelas, e desde que haja previsão contratual pelos condôminos, levar as unidades a leilão extrajudicial.

Muito embora a Lei nº 4.591/64 outorgue à Comissão de Representantes poderes para os atos tendentes a viabilizar o prosseguimento das obras, nas hipóteses que a incorporadora resista em entregar os ativos do empreendimento, caberá aos condôminos buscar a proteção dos seus direitos em juízo, onde perfeitamente cabe invocar as tutelas da urgência e da evidência, agora presentes no novo Código de Processo Civil (arts. 300 e 311).



Nos casos das incorporações imobiliárias para as quais foi adotado o regime do patrimônio de afetação, em tese, a situação seria distinta, na medida em que o parágrafo terceiro do artigo 31-F da Lei nº 4.591/64 prevê que a Comissão de Representantes possa outorgar aos adquirentes das unidades o “contrato definitivo a que estiverem obrigados o incorporador”, conferindo-lhe, ainda, os poderes para transmitir-lhes domínio, direito, posse e ação (parágrafo quinto do art. 31-F da Lei nº 4.591/64).

Não tenho dúvidas que o artigo 31-F e seus parágrafos foi introduzido pelo legislador na Lei nº 10.931 de 2004 justamente para solucionar o gargalo que separa a decisão da destituição do incorporador e a possibilidade efetiva da retomada das obras pelos condôminos. Pois ora, como pensar em retomar as obras se o título de propriedade das unidades está no domínio do incorporador destituído?

Todavia, o que parecia ter resolvido a questão, na prática muitas vezes não se viabiliza, por várias razões que vão desde a resistência dos tabeliães em reconhecer o mandato da Comissão de Representantes, que por lei lhe foi outorgado, dos agentes financeiros para aceitar as unidades em garantia dos créditos necessários para concluir as obras, e ainda a desconfiança dos futuros adquirentes das unidades ainda não alienadas, haja vista a insegurança jurídica ante a pouca ou quase nenhuma jurisprudência sobre o assunto.

Diante de tais dificuldades, nos casos de resistência do incorporador destituído, mesmo nos casos em que foi adotado o patrimônio de afetação, o que acontece comumente é a busca das escrituras das unidades – assim como de toda a documentação do empreendimento – em juízo.

Não é demais dizer, de pronto, que cabe invocar judicialmente a proteção do Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que os adquirentes evidentemente são consumidores e o Condomínio de Adquirentes (representando pela Comissão de Representantes) também o é.

Tal posição é inegável, na medida em que cada adquirente adquiriu um produto (unidade autônoma do empreendimento), se encaixando perfeitamente na definição do caput do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor.

Há que se aplicar o index consumerista também ao Condomínio de Adquirentes, por força da equiparação à condição de consumidor trazida pelo parágrafo único do art. 2º do CDC⁴, cuja norma estabelece expressamente que será equiparada ao consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que “haja intervindo nas relações de consumo”. Tal proteção se estende à própria Comissão de Representantes dos adquirentes, na medida em que foi justamente constituída para intervir e defender os interesses dos adquirentes nos termos do art. 63 da Lei nº 4.591/64.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor a estes casos é de suma importância, ante a possibilidade de aplicação do art. 6º, VIII, do CDC, com a finalidade de garantir a inversão do ônus probatório.

Salienta-se, neste ponto, ser evidente a hipossuficiência dos condôminos em face da incorporadora, haja vista que, mesmo reunidos em Condomínio e representados por uma Comissão, ainda se tratam de pessoas físicas sem qualquer expertise ou conhecimento específico, que têm extrema dificuldade em produzir provas acerca de questões técnicas do empreendimento, até mesmo porque na maioria das vezes não tiveram qualquer acesso à documentação e informações que envolveram o desenvolvimento da incorporação imobiliária.

Neste sentido, importante frisar recentíssima decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no Recurso Especial nº 1.560.728, na qual não só se reconheceu que o Condomínio de Adquirentes é consumidor por equiparação, como também aplicou a inversão do ônus probatório, reconhecendo a fragilidade dos

4. Código de Defesa do Consumidor, art. 2º “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Parágrafo único. “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

adquirentes perante a incorporadora⁵.

O enfrentamento da questão da destituição do incorporador sob o aspecto prático da possibilidade de retomada das obras pelos adquirentes requer a prévia análise da viabilidade econômica do projeto, como veremos a seguir.

2 • Da viabilidade econômica para a conclusão das obras

Enquanto atividade empresarial de grande importância para o desenvolvimento econômico e social do país, a incorporação imobiliária desempenha um papel fundamental na concretização do direito social de moradia. Para alcançar esse objetivo, ela deve pautar-se no equilíbrio das relações obrigacionais, conferindo segurança aos adquirentes na aquisição de unidades imobiliárias.

Daí que se extrai que a incorporação imobiliária possui “a função social mediata de assegurar que a satisfação desses interesses e que esta circulação econômica ocorra de forma segura para todos os envolvidos e, em última análise, para toda a sociedade”⁶, ou seja, **a finalidade máxima da incorporação imobiliária é a entrega das unidades prontas aos adquirentes.**



Acima dos direitos meramente individuais, o que o microsistema das incorporações visa proteger é o interesse social e coletivo, qual seja: o de viabilizar a conclusão do empreendimento imobiliário e a entrega das unidades aos seus adquirentes.

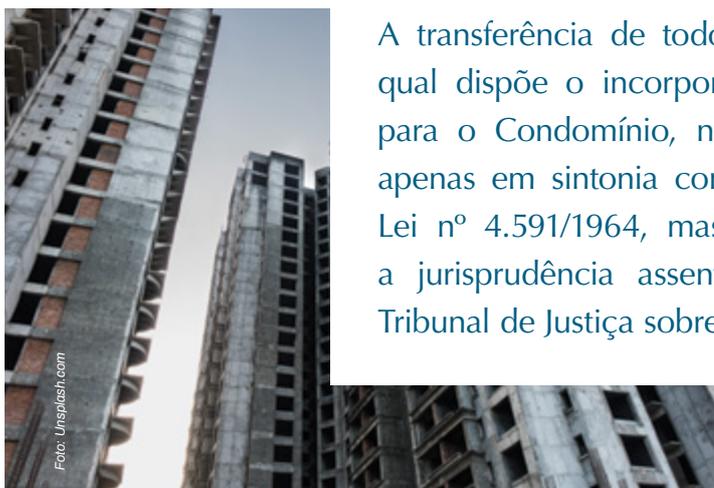
Objetivando garantir a função social da incorporação imobiliária é que a Lei nº 4.591/64 busca assegurar que o empreendimento colocado à venda durante a sua construção seja concluído, justamente por tal motivo concedendo especial proteção legal ao Condomínio de Construção.

De fato, a Lei de Incorporações não visa simplesmente assegurar o direito de um ou outro adquirente, do incorporador, ou do agente financiador. Acima dos direitos meramente individuais, o que o microsistema das incorporações visa proteger é o interesse social e coletivo, qual seja: o de viabilizar a conclusão do empreendimento imobiliário e a entrega das unidades aos seus adquirentes.

Outrossim, ensina o mestre Caio Mário “apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato

5. Manter: REsp nº 1.560.728 / MG, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 18/10/2016.

6. GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, pp. 56-57.



A transferência de todos os ativos do qual dispõe o incorporador destituído para o Condomínio, não se encontra apenas em sintonia com o espírito da Lei nº 4.591/1964, mas também com a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria.

e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada pelos adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria⁷.

Neste sentido, para viabilizar a retomada das obras de empreendimentos paralisados, e com isso assegurar a função social do contrato de incorporação celebrado entre os adquirentes, se faz indispensável que os ativos remanescentes do empreendimento, corporificados pelas unidades não alienadas do empreendimento (unidades do estoque) e pelos saldos devedores das unidades não quitadas, sejam destinados integralmente para a conclusão das obras.

Aliás, sem esses ativos, na maioria dos casos, será impossível a conclusão das obras, o que acabará por sepultar o direito dos adquirentes.

A transferência de todos os ativos do qual dispõe o incorporador destituído para o Condomínio, não se encontra apenas em sintonia com o espírito da Lei nº 4.591/1964, mas também com a jurisprudência assente no Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, desde a falência da Incorporadora Encol, na linha do julgamento paradigmático sobre a matéria, proferido pela Terceira Turma, de Relatoria da Min. Nancy Andrighi, Recurso Especial nº 1.115.605.

Neste acórdão, ficou assentado que embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente a exclusão do patrimônio da incorporadora falida, de modo a transferir para a comissão de adquirentes a propriedade do empreendimento, essa é a melhor solução para assegurar a viabilidade econômica e a função social do contrato de incorporação, tendo em vista o interesse da coletividade de contratantes, em detrimento de interesses individuais.

Tem-se, portanto, que, na linha da jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça, após a destituição do incorporador faltoso, o caminho

7. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, op. cit., p. 292, grifo nosso.

a ser seguido pelos adquirentes para viabilizar a retomada das obras do empreendimento passa pela assunção da administração do empreendimento pela Comissão de Representantes, contando esta com os ativos remanescentes para a conclusão do empreendimento.

Salienta-se, por oportuno, que o fato de estar ou não a incorporação submetida ao patrimônio de afetação, não altera o direito e a possibilidade de que os condôminos contem com os ativos necessários para a retomada das obras, sob pena de inviabilizar a função social e econômica da incorporação imobiliária. A vinculação deste acervo constituído do estoque e receitas da incorporação à finalidade a que esta se destina é da essência dessa atividade econômica. Como afirma Melhim Namem Chalhub, “mesmo não havendo averbação do regime de afetação no Registro de Imóveis, ainda assim suas normas são suscetíveis de aplicação extensiva, alcançando também as incorporações não afetadas, pois essa atividade econômica, aí compreendidos os contratos sobre os quais é estruturada, é naturalmente moldada em conformidade com a teoria da afetação”.⁸

Ora, a adoção do patrimônio de afetação é uma opção que cabe única e exclusivamente ao incorporador, não podendo seja ela qual for, impedir/inviabilizar o prosseguimento das obras pelos condôminos, sob pena de desnaturar o microsistema das incorporações.

Chame-se atenção que a destituição do incorporador e a possibilidade de retomada e conclusão das obras pelos condôminos constitui-se na contemplação do seu inarredável direito de moradia, constitucionalmente assegurado.

Inclusive, o novo Código de Processo Civil, sensível a esta realidade, trouxe como uma de suas novidades importantes o art. 833, XII, com a previsão expressa da impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação de unidades imobiliárias, sob o regime da incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra, independente do fato de ter ou não sido constituído patrimônio de afetação. Tal disposição, reforça e reitera o sistema de proteção patrimonial da incorporação, resguardando os créditos da incorporação para que se atinja o objetivo final da conclusão das obras.

“ A única forma de garantir a função social da incorporação imobiliária e de assegurar a conclusão do empreendimento é a utilização e aproveitamento pelos condôminos de todos os ativos que o incorporador teria a sua disposição.

Como visto, então, embora a legislação não seja expressa nesse sentido, a doutrina e a jurisprudência consagrada pelo Superior Tribunal de Justiça são uníssonas ao entender que a única forma de garantir a função social da incorporação imobiliária e de assegurar a conclusão do empreendimento é a utilização e aproveitamento pelos condôminos de todos os ativos que o

8. CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação Fiduciária, Incorporação Imobiliária e Mercado de Capitais* – estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 312.

incorporador teria a sua disposição, pois, passam estes a administrar a obra e arcar com os ônus de concluí-la.



Se o ativo superar o passivo, é um sinal positivo de que os Condôminos, mediante formulação de um novo cronograma físico-financeiro, poderão viabilizar a conclusão do empreendimento.

Recomenda-se neste sentido, que os adquirentes das unidades, diante da paralisação das obras, tomem como medida prioritária a avaliação dos ativos da incorporação, normalmente constituídos dos saldos devedores oriundos dos contratos ainda não quitados e o valor das unidades do estoque (unidades ainda não alienadas). Por outro lado, recomenda-se que avaliem também o passivo do empreendimento, em regra constituído, dentre outros, pelo custo de construção faltante para terminar as obras, despesas tributárias, trabalhistas e previdenciárias relacionadas ao empreendimento.

Se o ativo superar o passivo, é um sinal positivo de que os Condôminos, mediante formulação de um novo cronograma físico-financeiro, poderão viabilizar a conclusão do empreendimento.

Por outro lado, **caso os ativos da incorporação sejam insuficientes para fazer frente ao passivo, há algumas alternativas que poderão ser examinadas**, senão vejamos. Uma das possibilidades para viabilizar o término de empreendimentos que apresentam saldo negativo, é a alternativa dos Condôminos, reunidos em assembleia geral, e pelo voto da maioria, deliberarem por um aporte complementar, a fim de cobrir o déficit do empreendimento. Nestes casos, é importante averiguar o montante deste déficit, e como ficaria o rateio entre os condôminos aderentes ao término da obra. Digo isso pois quando o empreendimento apresenta saldo negativo e há a necessidade de realizar aportes complementares para terminá-lo, é bem possível que alguns condôminos optem por não aderir ao condomínio de construção.

Outra possibilidade, aliás recomendável mesmo para casos em que não haja a necessidade de aportes complementares, é a renegociação dos passivos do empreendimento, ou seja, revisar os débitos com fornecedores de material e mão-de-obra, ao efeito de adequar o orçamento.

Há casos, inclusive, em que é possível fazer alguma alteração do

cronograma da obra ou no projeto e/ou acabamentos, com o intuito de redução de custos, enfim, abre-se uma gama de possibilidades criativas para o alcance do objetivo de retomar e concluir o empreendimento.



É imprescindível que os condôminos contratem um orçamento para verificar qual o custo real de construção para terminar o empreendimento.

Em todos os casos, é imprescindível que os condôminos contratem um orçamento para verificar qual o custo real de construção para terminar o empreendimento. Ainda assim, deverão verificar se existem outras dívidas tributárias municipais (IPTU) incidentes sobre o imóvel e/ou previdenciárias incidentes sobre a obra edificada (INSS), assim como eventuais dívidas trabalhistas com empregados ou prestadores de serviços. Há casos também que o terreno e as obras foram hipotecados ou alienados fiduciariamente para agentes financiadores, aliás, situações bastante comuns no âmbito da incorporação imobiliária.

Tais cautelas e averiguações, convém serem realizadas antes da assembleia que delibera pela destituição do incorporador, especialmente nas incorporações dotadas do regime de afetação do seu patrimônio. Isto porque a lei, ao mesmo tempo que protege este patrimônio (os ativos da incorporação), determina uma série de obrigações aos adquirentes, um rito e uma ordem dos credores que deverão ser satisfeitos.

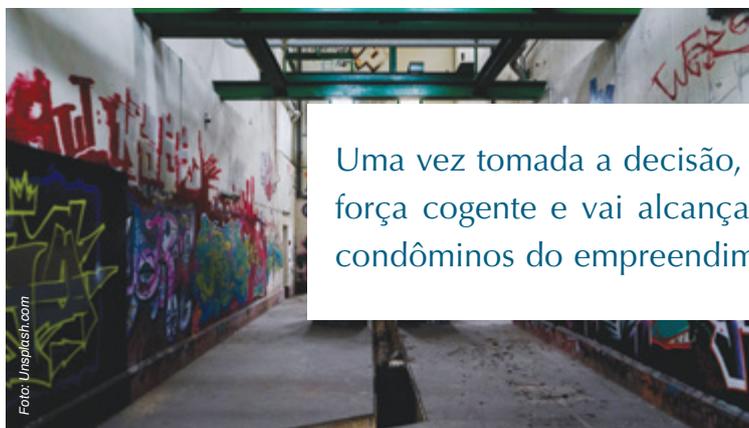
Neste contexto, a assembleia toma relevância, pois é nela que deverão ser tratados e deliberados os assuntos mais importantes e decisivos para o processo de retomada e conclusão das obras pelos condôminos.

3 • O poder da assembleia

A Assembleia Geral, formada por todos os adquirentes das unidades, é o órgão máximo e soberano do Condomínio, e deverá ser convocada sempre que necessário e obrigatoriamente para algumas situações especiais, pois é dela que deverão emergir as decisões centrais sobre todos os aspectos relevantes do processo de retomada da obra, tais como a escolha do novo incorporador, sua remuneração, os aportes financeiros, o fluxo dos pagamentos, o novo prazo para o término das obras e aí por diante.

No desempenho de suas atribuições, a Assembleia funciona como órgão deliberativo quando decide sobre os vários assuntos relacionados ao processo de retomada das obras do empreendimento, e como poder legislativo quando dita normas que, juntamente com a convenção de condomínio de construção, formarão sua legislação interna. Por isso que J.

Nascimento Franco referiu que a Assembleia “é considerada a caixa acústica do condomínio”.⁹



As decisões tomadas em Assembleia Geral, se aprovadas com quórum regular, desbordam aos que deram sua aprovação e vão alcançar, inclusive, os condôminos ausentes. Enquanto órgão deliberativo, as deliberações assembleares se impõem aos condôminos que recusaram sua aprovação, os quais têm o direito de opor-se ao preceito até o momento da aprovação. Uma vez tomada a decisão, esta adquire força cogente e vai alcançar a todos os condôminos do empreendimento.

Por esta razão, é considerada soberana em suas decisões, na medida em que expressa a vontade da maioria. A discussão das ideias e o confronto de opiniões permitem que a coletividade exprima sua vontade, que não é a soma das vontades individuais, mas a resultante desta soma de manifestações que assume feição própria.

Será, portanto, a vontade da maioria, emanada da Assembleia, que ditará o rumo do processo de retomada e conclusão das obras do empreendimento. Considerando o poder cogente destas deliberações, crucial que sejam tomados todos os cuidados com a regularidade das suas convocações, a verificação dos quóruns de instalação e de deliberação, bem como que a redação da ata da assembleia exprima fielmente os assuntos tratados e respectivas deliberações, segundo a ordem do dia.

No entanto, não possuirão validade as decisões assembleares que alterem as normas que a convenção considera inalteráveis, nem as que afrontem decisões judiciais. Também serão inconsistentes as decisões que não obedeçam aos quóruns exigidos por lei ou pela convenção de condomínio. A Assembleia, no dizer de Arnaldo Rizzardo, “não tem a autoridade de poder absoluto, se adota deliberações ilegais”¹⁰. Na verdade, ela é soberana na medida em que decide em conformidade com a lei, com a convenção e respeitando o direito dos condôminos.

9. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005, p. 87.

10. RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2015, p. 190.

As deliberações tomadas regularmente nas assembleias deverão ser colocadas em prática. Neste contexto, papel fundamental terá a Comissão de Representantes na execução destas decisões, na medida em que a Lei nº 4.591/64 lhe outorga posição representativa e executiva na condução do processo.

4 • A dupla função da comissão de representantes

A Comissão de Representantes devidamente eleita, na sua função representativa dos direitos individuais homogêneos dos adquirentes das unidades autônomas, é quem deve substituir a posição da incorporadora, administrando a continuação das obras, gozando dos poderes necessários para tal desiderato.

A Comissão de Representantes é também órgão executivo do Condomínio e deverá atuar sempre na busca do interesse coletivo, dentro dos limites da lei e dos poderes outorgados pela Assembleia Geral.

De fato, a Comissão de Representantes eleita em Assembleia Geral do Condomínio de Construção é a entidade a quem a Lei de Incorporações Imobiliárias outorga poderes para defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos dos adquirentes.



É a entidade a quem a Lei de Incorporações Imobiliárias outorga poderes para defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos dos adquirentes.

Com efeito, a Lei nº 4.591/1964, em especial no art. 61, revela a “função representativa” da Comissão de Representantes. As regras legais atribuem poderes à Comissão “para em nome de todos os contratantes” defender os interesses comuns no empreendimento incorporado, inclusive exercer as demais obrigações inerentes a sua função representativa dos contratantes e fiscalizadora da construção e praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular do condomínio.

Sobre os poderes e atribuições da Comissão de Representantes, ensina Caio Mário da Silva Pereira que “composta a Comissão de três ou mais membros, escolhidos no contrato de construção ou eleitos em Assembleia de adquirentes convocada antes do início da obra, fica investida dos poderes necessários para exercer todas as atribuições e praticar todos os atos que pelo contrato ou pela lei lhe compitam. Não é necessária outorga

de procuração, quer pela prova de investidura quer para a verificação dos poderes de representação¹¹.”

Sua representação é peculiar, pois ela se faz no sentido de que os escolhidos têm, por lei, a representação dos adquirentes, mas é ao mesmo tempo voluntária, em razão de que o representante é indicado ou nomeado por ato de vontade dos representados.

A eleição dos membros da Comissão de Representantes deverá constar da ata da assembleia para tal fim convocada, a qual deverá ser devidamente inscrita no Cartório de Registro de Títulos e Documentos.

Nas hipóteses de destituição do incorporador, caberá à Comissão de Representantes, autorizada pela Assembleia Geral: *(i)* outorgar aos adquirentes as escrituras definitivas decorrentes da quitação do preço contratado nos contratos preliminares; *(ii)* receber, em substituição à incorporadora, os saldos devedores (valores das parcelas a receber) de cada adquirente, correspondentes ao preço de aquisição das respectivas unidades, podendo dar quitação, bem como promover as medidas extrajudiciais ou judiciais necessárias a esse recebimento, devendo aplicar na incorporação todo o produto do recebimento dos saldos; *(iii)* resguardar sob a sua posse a integralidade das unidades do estoque, se houver, promovendo inclusive os atos necessários à sua proteção; e *(iv)* agir em substituição à incorporadora, para fins de entabular contratos com construtores, empreiteiros, fornecedores de matéria prima, bem como para firmar compromissos com órgãos privados e/ou públicos, outorgando-lhe legitimidade para agir como a incorporadora-substituta do empreendimento.

Ressalta-se, por fim, que tais medidas deverão ter o escopo estrito e necessário para operacionalizar e viabilizar a retomada das obras, sendo vedado qualquer ato da Comissão de Representantes que transborde ou não esteja em absoluta consonância com sua finalidade.

Considerações finais

Do transcurso de nossas análises e exemplos trazidos, consolida-se a convicção de que a visão do advogado para atuar no processo de recuperação de obra deve ser ampla.

Para que os compradores das unidades possam chegar ao objetivo de ter o empreendimento concluído, eles deverão transitar por assuntos que muitas vezes não lhes são familiares ou sequer conhecidos. Dessa forma, a orientação no sentido da contratação de assessorias específicas, especialmente na área de engenharia e de administração, para também auxiliá-los no processo de retomada da obra, será decisivo para o êxito do projeto.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, op. cit., p. 292.

Da mesma maneira, a disposição e a abertura para negociar também é componente essencial.

Os processos de destituição do incorporador e retomada de obras que acompanhei nos quais não houve qualquer disposição ao diálogo e à negociação, seja entre os adquirentes e o incorporador faltoso, seja entre os próprios adquirentes, ou ainda entre estes e o permutante do terreno ou perante o banco financiador, tornaram o processo extremamente litigioso, complexo e demorado.

Por outro lado, grupos de adquirentes que se mostraram abertos a negociações rapidamente conseguiram estruturar as bases da equação que lhes permitiu viabilizar o término do empreendimento.

Nesse sentido, para atuar juridicamente, auxiliando nos processos de destituição do incorporador e retomada de empreendimentos, há que se ter clara a noção de tempo e a necessidade de equacionar os conflitos a um tempo razoável, enquanto os interesses ainda convirjam, pois é certo que a obra paralisada e abandonada perde a cada dia o seu valor, e o tempo definitivamente não espera!



Da mesma maneira, a disposição e a abertura para negociar também é componente essencial.



Condomínios contemporâneos

O RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, A POSSIBILIDADE DE ESPECIFICAÇÃO PARCIAL E O PAPEL DA CONVENÇÃO CONDOMINIAL

Por Mariana BORGES ALTMAYER

Resumo

O artigo tem como seu motor uma interrogação central: a legislação brasileira que rege a matéria dos condomínios edilícios é capaz de suprir as necessidades e demandas que derivam da crescente complexidade presente nos condomínios contemporâneos? Há uma perceptível tendência nas cidades modernas a desenvolver empreendimentos complexos, como os chamados megacondomínios, condomínios-clubes, condomínios de uso misto, condomínios fechados e outras modalidades de condomínio que atendam às necessidades da vida urbana. Dúvidas costumam surgir quanto à omissão legal acerca de diversas questões práticas. Delimitamos o escopo do artigo a três temas: o reconhecimento da personalidade jurídica; a instituição e a possibilidade de especificação do condomínio; e o papel da convenção de condomínio no tocante a imposições restritivas, sanções e rateio de despesas. Através desses itens, propõe-se uma reflexão que permite vislumbrar soluções jurídicas a partir da doutrina e da jurisprudência.

Introdução

No centro dos problemas mais nevrálgicos das cidades modernas está a vida condominial. Buscando atender as demandas públicas e coletivas a partir de uma perspectiva urbanístico-ambiental, os incorporadores desenvolvem a cada dia empreendimentos imobiliários inovadores, sempre à procura de diferentes formas de conquistar o mercado.

Tornou-se uma tendência nas grandes cidades os chamados megacondomínios, condomínios-clubes, condomínios de uso misto, condomínios fechados e outras modalidades de condomínio que atendam às necessidades da vida urbana. Como característica central desses novos formatos condominiais podemos destacar a crescente complexidade das relações e dos problemas que podem surgir no âmbito desses empreendimentos.

Assim, sob o ponto de vista jurídico, cabe perguntar: a legislação brasileira que rege a matéria dos condomínios edilícios é capaz de suprir as necessidades e demandas que derivam dessa crescente complexidade presente nos condomínios contemporâneos?

A pretensa omissão legal acerca de determinados temas condominiais e a insegurança gerada pelas dúvidas daí decorrentes colocaram em relevo certas questões que pretendemos aqui abordar, tendo em vista a sua importância no âmbito das novas realidades condominiais da vida contemporânea.

Nossa análise colocará em destaque três pontos significativos desse debate, cujos efeitos se fazem sentir no dia a dia dos conflitos condominiais, que vão desde as escolhas a serem feitas no momento do registro da incorporação até a instituição e a convenção condominial. Nesse sentido, procuraremos apresentar as soluções para cada item investigado, colocando em relevo (1) o reconhecimento da personalidade jurídica, (2) a instituição e a possibilidade de especificação do condomínio e (3) o papel da convenção de condomínio no tocante a imposições restritivas, sanções e rateio de despesas.

1 • O reconhecimento da personalidade jurídica do condomínio edilício

O assim denominado “condomínio edilício” pelo Código Civil possui, segundo o art. 1.331, realidade jurídica resultante da simbiose entre as áreas de uso exclusivo e as áreas de uso comum. No entanto, este mesmo diploma legal não lhe conferiu personalidade jurídica, na medida que não o fez constar do rol das pessoas jurídicas elencadas em *numerus clausus* no art. 44. Em razão desta ausência, muitos debates foram realizados, sobre a personalidade jurídica e a representação do condomínio.

Em geral, domina o caráter autônomo das unidades privativas para efeitos de tratamento jurídico do condomínio edilício, como ensina Arnaldo Rizzardo, “tanto que a incidência de tributos e taxas públicas, despesas condominiais é para cada unidade, considerada em sua fração ideal”¹. Dessa forma, por exemplo, as despesas dividem-se de modo proporcional entre os condôminos, tendo por critério a fração ideal das unidades. No entanto, adverte o mesmo autor que a natureza jurídica do condomínio edilício faz com que ele deva ser representado na unidade de uma pessoa jurídica a fim de cumprir suas obrigações. É assim por exemplo, que se lhe confere aptidão para certos atos civis, como a abertura de contas bancárias e inscrição própria na receita federal.²

Embora não constitua uma sociedade, por falta da *affectio societatis*³, é inegável que o condomínio edilício, por encarnar o interesse coletivo de seus condôminos, em determinadas situações, deve, sim, ser considerado como uma pessoa jurídica, com personalidade própria, possuindo legitimidade mediante a devida representação legal.

Ao atribuir-se personalidade jurídica ao condomínio edilício, pelo menos nas situações em que se faz necessária a representação do interesse coletivo da comunidade condominial, uma questão que sobressai é a da sua representação legal. Nos termos do art. 1.347 do CCB, fica evidente que o sistema jurídico brasileiro elegeu o modelo da unidade sindical, ao prever a representação legal do condomínio por somente um síndico, vejamos: “A Assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se”.

Logo, o síndico eleito pela assembleia representa juridicamente o condomínio, nos termos do art. 1.348, II, do CCB: “Compete ao síndico representar, ativa e passivamente, o condomínio, praticando, em juízo ou fora dele, os atos necessários à defesa dos interesses comuns”.

Em se tratando de conjuntos de edifícios conforme previsto no art. 8º, da Lei nº 4.591/64, presentes nos condomínios de grande porte, a solução brasileira para a obediência da previsão da unicidade sindical assemelha-se ao modelo francês, no dizer de Nascimento Franco e Niske Gondo: “Elege-se um síndico para a administração global do conjunto de edifícios e subsíndicos para cuidar dos assuntos de cada edifício, cabendo, assim, ao síndico a representação legal do conjunto condominial. Por outro lado, poderá ser organizado um condomínio para cada edifício, instituindo-se um sistema de co-propriedade apenas sobre as áreas e coisas destinadas a serem utilizadas pelos ocupantes de todos os edifícios.”⁴

Essa solução tem sido contemplada nos chamados condomínios múltiplos,

1. RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edilício e Incorporação Imobiliária*, op. cit., p. 16.

2. *Ibidem*.

3. BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Loteamentos e Condomínios – Sistema jurídico da propriedade fracionada. Tomo II (Condomínios)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 36.

4. FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. *Condomínio em edifícios*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1987, p. 40.

os quais são compostos por uma multiplicidade de edificações no mesmo terreno, prevendo-se a figura de subsíndicos com poderes equiparados aos do síndico, visando sua melhor organização política e administrativa. Por certo, o condomínio como um todo não perde a sua representatividade una, uma vez que a sua personalidade jurídica deverá permanecer sendo exercida pelo síndico geral que o representará legalmente.

Vejamos alguns exemplos que nos levam a reconhecer a personalidade jurídica do condomínio quando este representa o interesse coletivo dos seus condôminos.

Do ponto de vista processual, o condomínio, através de seu administrador ou do síndico, possui legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo do processo enquanto ente próprio, conforme o art. 75, IX, do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Além disso, através do art. 11, II, da Instrução Normativa RFB 568/2005, tornou-se obrigatória a inscrição no CNPJ – Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica, da Receita Federal, dos “condomínios edifícios sujeitos à incidência, à apuração ou ao recolhimento de tributos federais ou contribuições previdenciárias”. Mais recentemente, a Instrução Normativa RFB 1684/2016, passou a impor também como obrigatório o cadastro no CNPJ dos subcondomínio, desde que estes tenham sido instituídos formalmente pela Convenção de Condomínio. Cabe referir que, no caso de inscrição no CNPJ dos Subcondomínios, estes terão o status de filial do Condomínio Geral, o que não lhes retira uma certa autonomia na gestão de suas contratações e relações jurídicas.

Outrossim, para fins tributários, a Segunda Turma do STJ se posicionou claramente no sentido de que o condomínio possui personalidade jurídica para fins de adesão ao programa de parcelamento, o REFIS, no julgamento do Recurso Especial nº 1.256.912/AL, de relatoria do eminente Ministro Humberto Martins, cujo seguinte trecho merece destaque: “Se os condomínios são considerados pessoas jurídicas para fins tributários, não há como negar-lhes o direito de aderir ao programa de parcelamento instituído pela Receita Federal. (...) Embora o Código Civil de 2002 não atribua ao condomínio a forma de pessoa jurídica, a jurisprudência do STJ tem-lhe imputado referida personalidade jurídica, para fins tributários. Essa conclusão encontra apoio em ambas as Turmas de Direito Público”.⁵

Digno de nota, ademais, é o enunciado da Súmula 227 do STJ, o qual orienta a posição do Tribunal Superior desde 1999: “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral”. Nada impede que o condomínio, por sua vez, diante de ofensas à honra objetiva, possa buscar em seu próprio nome a responsabilização do ofensor. Nesse sentido, no julgamento do Agravo Regimental nº 189.780/SP, embora não tenha se configurado o dano moral *in casu*, ficou assentado que ao condomínio “deve ser assegurado o

5. STJ, 2ª Turma, Recurso Especial nº 1.256.912/AL. Relator Min. Humberto Martins. Publicado no DJe em 13/02/2012.

tratamento conferido à pessoa jurídica, no que diz respeito à possibilidade de condenação em danos morais, sendo-lhe aplicável a Súmula 227 (...).⁶

Na mesma senda, o mais significativo exemplo no tocante ao reconhecimento da personalidade jurídica do condomínio diz respeito à possibilidade de o mesmo adjudicar a unidade autônoma de condômino inadimplente, no caso de ação de cobrança ou execução para adimplemento das obrigações condominiais. Em diversas decisões judiciais tem-se admitido a adjudicação pelo condomínio, desde que tal conduta atenda aos propósitos ligados a uma melhor e mais eficiente arrecadação, não podendo se distanciar de seus objetivos enquanto condomínio, para não agir contra o que determina a lei.⁷

Na lição de Frederico Henrique Viegas Lima, “(...) dada a realidade social e as necessidades da vida prática, como ensina Foëx, a abertura do sistema foi impositiva. Assim, nas II Jornadas de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça, realizadas em 2004, passou-se a admitir que a relação contida no art. 44 do CCB é meramente exemplificativa.⁸” O Enunciado nº 144 do Conselho Federal de Justiça, precisamente, é conclusivo sobre a matéria: “A relação das pessoas jurídicas de direito privado, constantes do art. 44, incs. I a V, do Código Civil não é exaustiva”.



Todos esses exemplos e o mais recente posicionamento judicial demonstram que a realidade jurídica forçou uma abertura do elenco de categorias de pessoas jurídicas do art. 44 do CCB.

Todos esses exemplos e o mais recente posicionamento judicial demonstram que a realidade jurídica forçou uma abertura do elenco de categorias de

6. STJ, 2ª Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 189.780/SP. Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Publicado no DJe em 16/09/2014.

7. Como este precedente, por exemplo: “Possibilidade de o condomínio adjudicar unidade autônoma por dívida condominial. Inteligência da Lei nº 4.591/64, art. 63, parágrafo 3º. Observância ao art. 685-A do CPC. Valor do débito que resulta em montante superior à avaliação do imóvel. Hipótese que não necessita de oferta de preço. Falta de registro que não acarretou qualquer prejuízo a terceiro. Inexistência de qualquer vício passível de nulidade.” (TJRJ – 2ª Câmara Cível – AC - 0007731-35.2011.8.19.0203 – Rio de Janeiro – Rel. Cláudia Telles de Menezes. Unânime. Julgado 13.8.2014).

8. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Condomínio em Edificações*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157.

pessoas jurídicas do art. 44 do CCB. O que se pode evidenciar, portanto, é uma tendência da doutrina, da jurisprudência e dos órgãos da Administração de reconhecer a personalidade jurídica do condomínio edilício.

2 • A instituição e a possibilidade de especificação do condomínio edilício

A questão que passaremos a enfrentar diz respeito à instituição e especificação do condomínio edilício. Tema que é absolutamente central, sobretudo se estivermos conectados com as mais recentes transformações dos modelos condominiais, cada vez mais polivalentes e complexos. Na realidade atual dos condomínios complexos, é fulcral que se tenha em mente institutos como a pré-instituição, a instituição e a possibilidade de especificação parcial das unidades.

O condomínio edilício não surge de forma eventual, mas da vontade humana, que efetivamente o institui e passa a ser fonte específica de direitos e obrigações entre as partes que ali se estabelecerão, com projeção *erga omnes*. Necessariamente, deve o condomínio resultar de um ato de vontade, entre vivos ou por testamento, o qual promoverá a conjugação da propriedade individual e a copropriedade das coisas comuns, a ser obrigatoriamente inscrito no registro imobiliário com a identificação das unidades autônomas e das partes comuns do condomínio⁹. Logo, o ato de instituição é o que dá existência jurídica ao condomínio edilício.

No dizer de Mário Pazutti Mezzari “o terreno que era uno (terreno e edifício), objeto de direito de propriedade comum (mesmo que em condomínio, era condomínio comum), passa, por efeito do registro da instituição de condomínio edilício, a ser dividido (parcelado) em unidades autônomas”¹⁰. Com isto, a edificação submete-se ao regime especial da propriedade horizontal, previsto no art. 1.331 e seguintes do Código Civil, deixando de ser subordinada às regras do direito comum.

A instituição do condomínio não exige a forma pública. Desse modo, as partes podem optar em formalizar o ato, desde que por escrito, através de um instrumento particular. Como o instrumento versa sobre domínio, devem as partes possuir capacidade para praticar este ato jurídico.¹¹

⁹. Neste sentido, determina o art. 1.332 do Código Civil: “Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I – a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estremadas uma das outras e das partes comuns; II – a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III – o fim a que as unidades se destinam”.

¹⁰. MEZZARI, Mário Pazutti. *Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, p. 56.

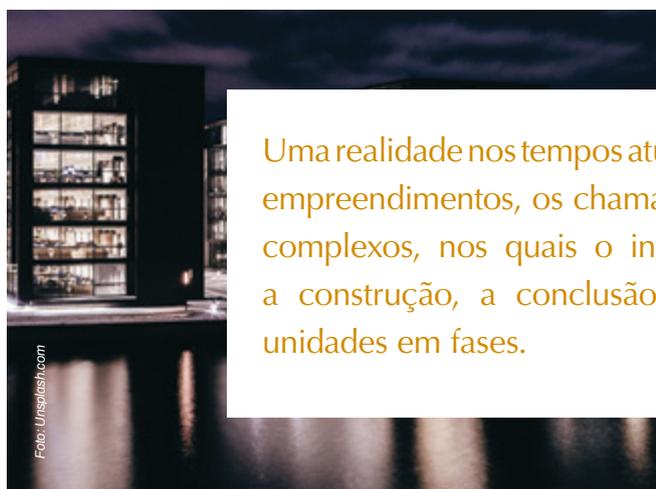
¹¹. Caio Mário da Silva Pereira, citando Racciatti, afirma que “Propriedade Horizontal haverá no momento em que, por destinação do proprietário ou por convenção entre coproprietários, se institua, com subordinação às exigências da lei especial, mediante um ato de vontade ou por meio de uma declaração de vontade, e cumpre que se revista da necessária autenticidade e publicidade o ato institucional, uma vez que, se o novo regime dominial afeta fundamentalmente o interesse e a relação entre as partes, repercute com frequência na órbita patrimonial alheia e deve ser conhecido do público ou presumido tal”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 88).

É de suma importância que o instrumento de instituição de condomínio contenha a correta identificação dos instituidores; a descrição do terreno sobre o qual se institui o condomínio; a descrição do empreendimento; a discriminação e individualização das unidades autônomas, com sua localização, identificação, áreas e fração ideal, bem ainda devem ser devidamente discriminadas as áreas de uso comum de divisão proporcional e não proporcional. Também deve ser especificada a forma de uso e a natureza das vagas de estacionamento, se autônomas ou acessórias às unidades autônomas.

Assinale-se que a instituição de condomínio não constitui, não transfere e nem modifica os direitos reais pré-existentes, que continuam válidos e eficazes e que, com a instituição do condomínio, serão transportados para as unidades autônomas. Também não se pode olvidar que o ato de instituição deve ser subscrito pela totalidade dos titulares da comunhão, nada impedindo que seja por apenas uma pessoa quando ela for titular exclusiva do domínio do imóvel.

Nos casos de empreendimentos submetidos à venda pública durante a sua construção, ou seja, quando for obrigatório o registro da incorporação imobiliária, pode o próprio incorporador requerer a instituição do condomínio juntamente com a averbação da conclusão das obras. Entende-se que nessas hipóteses não há necessidade de todos adquirentes de unidades assinarem o documento, pois o incorporador nada mais faz do que requerer a confirmação daquilo que foi registrado e devidamente discriminado com a incorporação, tanto em relação às unidades autônomas, quanto às áreas comuns do condomínio. No entanto, em havendo necessidade de qualquer alteração na especificação e discriminação das unidades ou das partes comuns, na medida em que afeta o interesse comum e os interesses particulares, será exigida a anuência dos adquirentes que tiverem registrado o seu título junto ao álbum imobiliário.

Havendo, pois, incorporação imobiliária, no momento do seu registro, realiza-se a *pré-instituição* do condomínio, submetendo previamente o imóvel ao regime da propriedade horizontal, já que o memorial de incorporação traz a discriminação e identificação das unidades autônomas,



Uma realidade nos tempos atuais são os grandes empreendimentos, os chamados condomínios complexos, nos quais o incorporador prevê a construção, a conclusão e a entrega de unidades em fases.

bem como a sua fração ideal relativamente ao terreno e às partes comuns. É preciso ressaltar que o registro da incorporação imobiliária não supre o registro da instituição e especificação do condomínio quando da conclusão das obras, o qual deverá ser requerido concomitantemente à averbação da dita conclusão, confirmando as informações que foram arquivadas no momento do registro da incorporação.



Existe uma divergência entre os registradores imobiliários sobre a possibilidade de instituição parcial do condomínio.

Uma realidade nos tempos atuais são os grandes empreendimentos, os chamados condomínios complexos, nos quais o incorporador prevê a construção, a conclusão e a entrega de unidades em fases. Tendo em vista a complexidade desse tipo de incorporação, torna-se imprescindível para a saúde do negócio jurídico considerar a *instituição parcial de condomínio* onde se estabelece um cronograma de conclusão das várias fases do empreendimento. Desde o registro da incorporação, já se deve prever que a instituição do condomínio se dará de forma parcial, em fases, de modo consecutivo. O mesmo se aplica aos condomínios de casas, nos quais cada adquirente vai concluindo de forma individual a sua respectiva unidade, instituindo-se parcialmente o condomínio.

Quanto a esse ponto, existe uma divergência entre os registradores imobiliários sobre a possibilidade de instituição parcial do condomínio, alguns entendendo que a instituição do condomínio por unidades autônomas só pode ser registrada quando todo o empreendimento estiver concluído. Segundo essa vertente, a instituição do condomínio é providência que recai sobre a totalidade das unidades imobiliárias, não podendo se dar parcialmente, pois supõe a individualização de cada uma das unidades do todo, com a respectiva definição da fração ideal sobre o terreno e partes comuns. Dito posicionamento busca amparo na regra prevista no art. 44, da Lei nº 4.591/64, que trata do requerimento de averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, após a concessão do “habite-se”. No entanto, não é o entendimento que deve prevalecer, pela razão que passamos a examinar.

Por primeiro, é necessário mencionar que não há qualquer proibição legal para que se proceda à averbação da conclusão das unidades que foram concluídas e na sequência o registro da instituição do condomínio, submetendo-o ao regime especial, com a especificação parcial das unidades concluídas.

Embora a legislação que rege o registro das incorporações imobiliárias não estabeleça expressamente a possibilidade da instituição parcial o condomínio, é isso o que se pode depreender logicamente da legislação, quando se trata

de condomínios complexos. O art. 6º da Lei nº 4.864/65, combinado com o art. 34 da Lei nº 4.591/64, prevê a possibilidade de desdobramento da incorporação em várias subincorporações, podendo-se fixar-lhes prazos de carência específicos. Ora, quem pode o mais pode o menos. Se a legislação permite a subdivisão da incorporação em subincorporações e, além disso, permite a fixação de prazos de carência específicos, a *fortiori* a legislação permite a instituição parcial do condomínio.

A essa conclusão, acrescentamos, ainda, uma interpretação teleológica. Não fosse possível a instituição parcial, podemos imaginar a insólita situação de uma parte da edificação ficar pronta, mas seus adquirentes não poderem se estabelecer formalmente em condomínio. Ou seja, a edificação que estiver formalmente concluída não pode ser tratada pelo registro imobiliário como se suas unidades ainda estivessem em construção, devendo ser elas quando concluídas devidamente discriminadas e individualizadas. Sem dúvida alguma, essa é a intenção a ser captada pelas normas jurídicas em questão.

A especificação parcial das unidades concluídas é medida que facilita o registro dos negócios jurídicos imobiliários, sob pena de trazer enormes prejuízos para os adquirentes das unidades que foram concluídas, que precisam regularizá-las, e até mesmo para o incorporador. Lembramos que, desta forma, também são atendidos os interesses da Prefeitura Municipal, relativamente à conclusão das obras e ao recolhimento de tributos por estas unidades, além do INSS, que recebe a contribuição previdenciária relativa às mesmas.



3 • A convenção do condomínio edilício e seus requisitos formais

Uma vez examinadas as soluções para o reconhecimento da personalidade jurídica, bem como para a instituição parcial do condomínio, resta ainda enfrentar algumas controvérsias sobre a convenção condominial no que tange a dois aspectos (1) a prevalência dos interesses coletivos nas cláusulas restritivas e (2) a imposição de sanções e o rateio de despesas quando da existência de subcondomínios.

A convenção difere do ato de instituição do condomínio. A partir do que dispõem os arts. 1.332 e 1.333 do Código Civil, (1) o ato de instituição e especificação de condomínio gera a *afetação do imóvel ao regime jurídico da propriedade horizontal*,¹² e (2) o ato da constituição corresponde à convenção de condomínio, a qual acolhe os elementos constantes da especificação e irá disciplinar o uso do condomínio e regular os relacionamentos dentro do grupo condominial. Enquanto o ato de instituição cria o condomínio edilício, a convenção estabelece as regras que irão regular os relacionamentos dentro do grupo condominial, considerando uns em relação aos outros e todos em relação à edificação.¹³

Considerando que o condomínio é local propício para o surgimento de conflitos, tornou-se obrigatória, desde a vigência da Lei nº 4.591/64, por força do art. 9º, a elaboração da convenção de condomínio, como regra interna dos condôminos e de todas as pessoas que ocupam a edificação¹⁴. A finalidade de tal dispositivo legal foi justamente reger o convívio entre os vizinhos, resolver os problemas que nascem desta convivência, resguardar, em proveito de todos, o patrimônio condominial e a moralidade do ambiente, objetivando garantir a todos sossego, tranquilidade e segurança.

O Código Civil ratificou em seus próprios termos, no art. 1.333, a obrigatoriedade da elaboração da convenção de condomínio¹⁵. Na sequência a este dispositivo, os arts. 1.334, 1.335 e 1.336 determinam os preceitos mínimos, direitos e obrigações dos condôminos que a convenção deve conter, os quais podem ser livremente ampliados pelos interessados, mas nunca reduzidos, sempre buscando as melhores regras de convivência. Certamente, estas normas possuem um caráter restritivo da liberdade individual, por serem consideradas essenciais ao convívio pacífico dos condôminos, guiando-se sempre no sentido de garantir a preservação do interesse coletivo. Nesse sentido, o legislador fixou os preceitos mínimos da convenção de condomínio, dando liberdade aos condôminos para estabelecerem as regras adequadas às reais necessidades condominiais, segundo os interesses de cada coletividade.

Outrossim, é preciso avaliar em que medida prevalecem as cláusulas restritivas que serão inseridas na convenção de condomínio sobre o direito de propriedade, o qual confere ao seu titular plena disponibilidade sobre seus bens. Neste sentido, há que se considerar que estas regras são instituídas em benefício do princípio social de convivência. Caio Mário da Silva Pereira, à

12. MEZZARI, Mário Pazutti. *Condomínio e Incorporação no Registro de Imóveis*, op. cit., p. 30.

13. De acordo com a lição de Caio Mário da Silva Pereira, a instituição de um "estatuto disciplinar" das relações internas dos condôminos, ou convenção de condomínio, decorre da necessidade de regular o comportamento dos condôminos, visando o resguardo do patrimônio coletivo, a fim de solucionar os problemas decorrentes da vizinhança próxima e estabelecer um regime harmônico de convivência. (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, op. cit., p. 93).

14. Art. 9º. "Os proprietários, promitentes compradores, cessionários ou promitentes cessionários dos direitos pertinentes à aquisição de unidades autônomas, em edificações a serem construídas, em construção ou já construídas, elaborarão, por escrito, a Convenção de condomínio, e deverão, também, por contrato ou por deliberação em assembleia, aprovar o Regimento Interno da edificação ou conjunto de edificações".

15. Art. 1.333. "A convenção que constitui o condomínio edilício deve ser subscrita pelos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais e torna-se, desde logo, obrigatória para os titulares de direito sobre as unidades, ou para quantos sobre elas tenham posse ou detenção".

época da aprovação da Lei de Condomínios e Incorporações, já enfatizava esta questão, aduzindo que essas normas possuem um caráter restritivo, mas que a vida em sociedade impõe limites à liberdade individual em benefício do princípio social de convivência¹⁶. Com efeito, a tranquilidade interna da comunidade depende de certas limitações que favoreçam a harmonia do conjunto, estabelecendo uma disciplina social interna e de natureza cogente.¹⁷

O entendimento prevalente acerca desta temática é o de que deve triunfar o interesse da coletividade condominial sobre os interesses individuais dos condôminos. Esta tese encontra seu principal fundamento no princípio da função social da propriedade, insculpido no art. 5º, XXIII, da Constituição Federal.

Um primeiro exemplo desse entendimento, aplicado ao âmbito dos shoppings centers, encontra-se no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 289.712, no qual o Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino decidiu monocraticamente, em causa cujo objeto foi a exclusividade irrestrita de atividade, no sentido de que “o direito à exclusividade do exercício de atividade dentro do referido shopping center não é absoluto, por inteligência das cláusulas da ‘escritura pública de alienação de frações ideais de solo, com pagamento em unidades autônomas a serem construídas, instituição, constituição, especificação e convenção de condomínio e outras avenças’, a qual disciplina a relação entre as partes do Condomínio Residencial e Comercial (...)” Além disso, acrescenta o relator que “pelo disposto no item C.1 do artigo décimo oitavo da convenção de condomínio (fl. 82), quando houver controvérsia entre o interesse de um proprietário lojista e o interesse coletivo do shopping, deve prevalecer este último.”¹⁸

“ O entendimento prevalente acerca desta temática é o de que deve triunfar o interesse da coletividade condominial sobre os interesses individuais dos condôminos.

Outro exemplo encontra-se no julgamento da Apelação nº 1063070-14.2013.8.26.100, julgada 31ª Câmara de Direito Privado do TJSP. O condômino que desrespeitou o horário estabelecido para funcionamento de prédio comercial fica obrigado ao pagamento de multa, nos termos da convenção condominial, a qual regulamenta as regras de convivência que se coadunam com o interesse coletivo.¹⁹

16. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*, op. cit., p. 117.

17. *Ibidem*.

18. Superior Tribunal de Justiça, Agravo em Recurso Especial nº 289-712 SC, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 14/05/2015.

19. TJSP, 31ª Câmara de Direito Privado, Apelação nº 1063070-14.2013.8.26.100, Relator Des. Adilson de Araújo, julgada em 30/09/2014.

Resta ainda saber até que ponto as normas condominiais podem se sobrepor ao direito de propriedade, pois, sem dúvidas, há direitos individuais que precisam ser preservados. Elias Filho, em sua obra *Condomínio Edilício*, ao tratar da validade e invalidade das normas previstas na convenção de condomínio, perquire quais seriam as restrições ao direito de propriedade “que não poderiam ser admitidas, nem mesmo pelo legislador”²⁰. O autor faz referência a princípios que devem nortear a imposição de restrições à convenção, cujo objetivo seja garantir a preservação do patrimônio imobiliário e a comunhão de interesses. Fundamentalmente, tais princípios são a intangibilidade da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), a boa-fé dos negócios jurídicos aplicada aos condomínios (art. 113, do Código Civil), e, ainda, a orientação hermenêutica presente no art. 4º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que assim dispõe: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

Outra questão que se coloca diz respeito à completude dos dispositivos que tratam do regramento mínimo da convenção condominial. Analisados estes, de forma integrativa, não há no sistema jurídico brasileiro nenhuma insuficiência ou lacuna acerca do seu regramento, uma vez que o legislador definiu as matérias mínimas e obrigatórias, permitindo aos reais interessados criar as normas individuais que entendem apropriadas ao seu convívio pacífico. Fosse de outra forma, se estaria promovendo verdadeiro engessamento das novas modalidades condominiais, ante a dinâmica que se verifica nos condomínios contemporâneos, que se apresentam sob as mais diversas e criativas formas, no âmbito residencial, comercial e de lazer.

Passaremos, doravante, a uma análise dos requisitos formais da convenção de condomínio. A partir da regular aprovação da convenção de condomínio, nos termos do art. 1.333, do Código Civil, esta passa a ser lei para aquela comunidade. Adverte o parágrafo único do mesmo dispositivo que, para ser oponível contra terceiros, alcançando o efeito *erga omnes*, a convenção de condomínio deve estar registrada no Registro de Imóveis competente.

É obrigatório que a convenção seja elaborada por escrito, podendo ser por instrumento público ou particular (art. 1.334, §1º, do Código Civil), devidamente assinada pelos titulares, observado o quórum do art. 1.333, do Código Civil.

Relativamente ao conteúdo e às regras obrigatórias que toda a convenção de condomínio deve prever, o art. 1.334 do Código Civil dispõe que, além das cláusulas referidas no art. 1.332, a convenção também determinará: (I) a quota proporcional e o modo de pagamento das contribuições dos condôminos para atender às despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio; (II) sua forma de administração; (III) a competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações; (IV) as sanções que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores; e, (V) o regimento interno.

20. ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Condomínio Edilício* – Aspectos de Direito Material e Processual. São Paulo: Atlas, 2015, p. 131.

Ressalta-se que os interessados poderão estipular outras regras além destas acima referidas e, inclusive, as matérias que eram trazidas no art. 9º, da Lei 4.591/64 e que não são referidas no texto do Código Civil, considerando que tratam de assuntos do dia a dia do condomínio, sendo conveniente o seu acréscimo ao texto da convenção.

A convenção de condomínio também deve discriminar os direitos e deveres dos condôminos. O art. 1.335 do Código Civil traz o elenco básico de direitos do condômino²¹ e o art. 1.336 elenca o rol mínimo dos seus deveres²². Nos seus parágrafos são disciplinadas as grandes inovações sobre as multas a serem aplicadas àqueles que não cumprem suas obrigações, seja a multa pela inadimplência, seja pelo descumprimento dos deveres e, ainda, por reiterado descumprimento dos deveres perante o condomínio e reiterado comportamento antissocial, nos termos do art. 1.337.

Não restam dúvidas de que tais direitos e deveres decorrem do fato de coexistência da propriedade individual e copropriedade das coisas comuns e a necessidade de se estabelecerem regras para que esta convivência se torne harmoniosa e respeitosa.

Com a realidade de condomínios edifícios cada vez mais complexos, reunindo diversos usos e uma grande quantidade de pessoas convivendo em um mesmo ambiente, as limitações impostas devem sempre ter como limite o interesse coletivo, ou seja, deve-se atentar para aquilo que não afete a segurança dos demais que ali convivem e a segurança da edificação. Da mesma forma, todos os direitos dos condôminos de fruir as coisas comuns têm sua limitação em não molestar e respeitar os mesmos direitos dos demais condôminos.

Ao fixar os direitos e deveres dos condôminos, a convenção de condomínio também deve se preocupar em impor as sanções para os casos de seu descumprimento e fixar as multas a que ficará sujeito o condômino que desrespeitar as suas regras. As multas a serem estabelecidas na convenção terão sempre um caráter pecuniário²³ e reverterão para a própria comunidade, sem prejuízo da responsabilidade civil e criminal que eventualmente pode ser imposta ao infrator. Em todos os casos de aplicação de multa o infrator sempre terá o seu direito de defesa, que poderá ser exercido na assembleia geral que for deliberar pela sua aplicação ou até mesmo em juízo.

Deve, ainda, a convenção de condomínio disciplinar a quota proporcional e a forma de pagamento das despesas ordinárias e extraordinárias do condomínio, levando em consideração que interessa a todos a manutenção e

21. "Usar, fruir e livremente dispor das suas unidades; usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais possuidores; votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite".

22. "Contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; não realizar obras que comprometam a segurança da edificação; não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas; dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes".

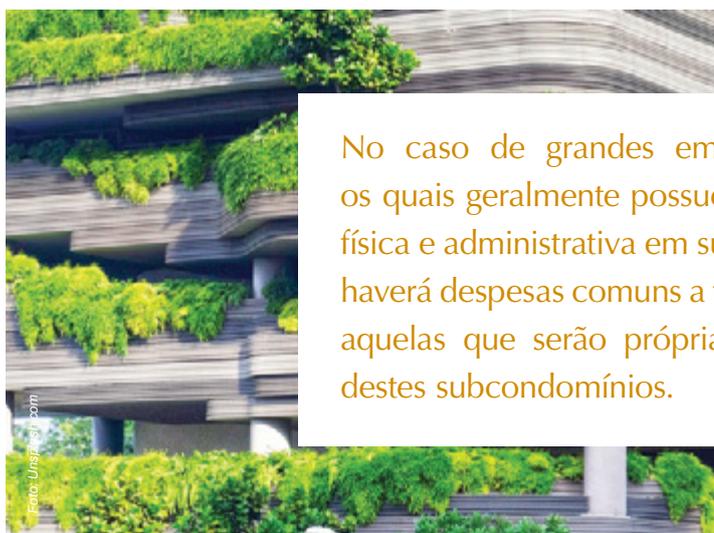
23. Manter: REsp 1401815/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013.

conservação do condomínio. Para tanto, é obrigatório que todos contribuam, na proporção de sua fração ideal de propriedade, sendo que, anualmente, os condôminos, reunidos em assembleia, devem aprovar o orçamento para cobrir as despesas ordinárias, ou seja, aquelas que estão relacionadas com a administração, manutenção e conservação das coisas comuns. Já as despesas extraordinárias, ou seja, aquelas que se referem às inovações e reparações necessárias, úteis ou voluptuárias devem ser aprovadas pelos condôminos em assembleia geral específica.

J. Nascimento Franco e Niske Gondo referem em sua clássica obra *Condomínio em Edifícios* que “As cláusulas relativas aos encargos, forma e proporção das contribuições dos condôminos para as despesas de custeio do edifício são, talvez, as mais delicadas numa Convenção de Condomínio. Por isso mesmo, devem elas ser estudadas com todo critério, para que não se transformem em fonte de desavenças e de litígios entre os condôminos”²⁴.

O critério para rateio das despesas deve estar previsto na convenção de condomínio e se esta for omissa, a lei dispõe que deverá se dar na proporção das frações ideais das unidades autônomas (art. 1.336, I, do Código Civil).

No caso de grandes empreendimentos, os quais geralmente possuem uma divisão física e administrativa em subcondomínios, haverá despesas comuns a todos e também aquelas que serão próprias de cada um destes subcondomínios e, nestes casos, é interessante e apropriado que o rateio destas despesas específicas se dê pela criação de uma “segunda fração ideal” para cada unidade dentro do seu próprio subcondomínio, o que é uma praxe comum nestes empreendimentos.



No caso de grandes empreendimentos, os quais geralmente possuem uma divisão física e administrativa em subcondomínios, haverá despesas comuns a todos e também aquelas que serão próprias de cada um destes subcondomínios.

Todos os condôminos devem suportar por igual as despesas do condomínio, independente do uso efetivo das áreas comuns, salvo disposição em contrário na convenção. Atenta-se que no caso de despesas que tenham origem no uso exclusivo das áreas comuns por apenas

²⁴. FRANCO, J. Nascimento; GONDO, Niske. *Condomínio em Edifícios*, op. cit., p. 101.

algun dos condôminos, os ônus daí decorrentes devem ser suportados exclusivamente por aqueles que se beneficiem de tais áreas; neste sentido é a regra do art. 1.340 do Código Civil. Neste ponto muito se discute em relação ao proprietário de uma loja térrea com saída direta para rua, que efetivamente não se utiliza das áreas comuns internas do condomínio ou aquele condômino que não tem direito ao uso das vagas de garagem, neste caso o entendimento predominante é de que este condômino não deve arcar com tais despesas, todavia deverá arcar com as despesas necessárias à conservação e segurança do condomínio. Importante ressaltar que toda e qualquer regra que isente algum condômino do pagamento de despesas deve estar expressamente prevista na convenção de condomínio.

Importante ressaltar que nas relações condominiais, em especial no que se refere ao pagamento das despesas condominiais, não há incidência do Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de um pagamento de serviços que são prestados para o condomínio e não de relação de consumo.

Tornando-se o condômino inadimplente poderá ser acionado para pagamento do débito e deverá arcar com os ônus daí decorrentes, quais sejam, juros moratórios e multa de até 2% (dois por cento) sobre o valor do débito (art. 1.336, § 1o, do Código Civil); a lei não prevê a atualização monetária dos valores devidos, o que pode ser regrado pela convenção de condomínio. Tal multa foi reduzida em muito pelo Código Civil, considerando que a Lei 4.591/64 previa multa de até 20% (vinte por cento) para os casos de inadimplência, o que com certeza é motivo para não coibir a inadimplência dentro dos condomínios²⁵. E, havendo a alienação da unidade permanece a regra de que o adquirente responde pelos débitos do alienante, inclusive multas e juros moratórios (art. 1.345 do Código Civil).

Determina o Código Civil que a convenção de condomínio já deve trazer em seu texto o regimento interno, ou seja, aquelas regras que irão regular a administração, o uso e o funcionamento diário do condomínio e das suas áreas comuns. Ressalta-se que foi alterado o art. 1.351 do Código Civil que previa inicialmente o quórum de dois terços para alteração tanto da convenção de condomínio quanto do regimento interno; agora, cada convenção deve regular o quórum apropriado para ser alterado o seu regimento interno. Entendemos que não é de boa técnica incluir o regimento interno no texto da convenção, pois o mesmo deve ser um instrumento complementar e deve estar em constante atualização para atender as necessidades da vida condominial, podendo criar dificuldade quando inserido no texto da convenção para se promover as suas alterações.

E, como dito, além das regras obrigatórias por lei, a convenção de condomínio pode trazer outras regras que busquem facilitar a vida condominial, sempre com o objetivo de evitar conflitos e desde que não

25. Muito se discutiu sobre a aplicação da regra do § 1o, do artigo 1.336 do Código Civil para os condomínios instituídos anteriormente à nova lei e hoje a jurisprudência já pacificou o entendimento de que a regra do novo Código tem aplicação para os condomínios instituídos na sua vigência e para os anteriores deve ser aplicada a multa que era prevista na convenção, considerando se tratar de um ato jurídico perfeito.

sejam contrárias à legislação vigente, ou seja, devem ser apropriadas à realidade existente daquele condomínio que está sendo regulamentado.

Considerações finais

Encerramos nossas análises procurando oferecer soluções para os problemas relacionados ao reconhecimento da personalidade jurídica dos condomínios; à instituição e especificação e ao papel da convenção condominial no tocante a imposições restritivas, sanções e rateio de despesas.

Por certo, não pretendemos aqui esgotar estas temáticas, que a cada dia portam os mais diversos desafios à advocacia no âmbito do direito imobiliário. Nosso intuito foi o de colocar em destaque aspectos sensíveis às novas realidades condominiais, sobretudo quando se trata de condomínios complexos, megaempreendimentos, condomínios de lotes e outros.

A legislação não regula especificamente uma série de questões que examinamos ao longo do texto e foi pensada para uma realidade que está em franca transformação. No entanto, caso a legislação fosse mais impositiva no que tange à especificação dos subcondomínios, ou quanto à determinação de cláusulas restritivas e penalidades nos condomínios, talvez tivéssemos uma situação de maior engessamento e menor flexibilidade, que afetaria, inevitavelmente, todo o mercado imobiliário.

Por essa razão, cabe ao advogado, a partir do conhecimento da legislação e dos precedentes judiciais, examinar caso a caso com criatividade, utilizando-se dos instrumentos jurídicos para promover a solução mais eficaz e o melhor acompanhamento da instituição e da elaboração da convenção do condomínio.



Os **distratos** e a necessidade de preservação do direito social e coletivo **no âmbito das incorporações imobiliárias**

Por Roberto SANTOS SILVEIRO e Maria Angélica JOBIM DE OLIVEIRA

Resumo

É fato notório que o mercado imobiliário brasileiro tem sido fortemente impactado nos últimos anos pelo distrato dos compromissos de compra e venda celebrado nas incorporações. Basta dizer que nos últimos três anos quase a metade dos compromissos de compra e venda firmados entre adquirente e incorporador acabaram não sendo efetivados. Trata-se de efeito da crise econômica, sem dúvida, mas também do tratamento judicial empregado à extinção de contratos que, em regra, são irrevogáveis e irretatáveis. Em virtude do seu impacto para o mercado, e também da sua repercussão para a vida dos brasileiros adquirentes de imóveis, faz-se impositiva uma reflexão sobre a matéria, especialmente sobre a extinção imotivada dos contratos, nos quais o comprador simplesmente desiste da compra, sem sequer comprovar a sua suposta insuportabilidade financeira para cumprir com suas obrigações contratuais. A partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, assim como do sistema de proteção ao adquirente, convidamos o leitor a um novo olhar para a matéria dos distratos, com foco nos atuais paradigmas dos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, e na qual não preponderem os interesses puramente individuais, mas sim o direito social e coletivo de todos os participantes da incorporação imobiliária.

Introdução

O mercado imobiliário brasileiro tem sido fortemente impactado nos últimos anos pelo distrato dos compromissos de compra e venda celebrado nas incorporações.

De acordo com estudos realizados pela ABRAINCO e pela AdemiRJ, **o volume de distratos, no Brasil, nos últimos três anos, corresponde a aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos contratos.** Ou seja, praticamente a metade dos compromissos de compra e venda firmados entre adquirente e incorporador acabam não sendo efetivados. Deste total, cerca de 70% decorrem da percepção dos adquirentes de terem feito um mau investimento¹.

Em virtude do seu impacto para o mercado, e também da sua repercussão para a vida dos brasileiros adquirentes de imóveis, o tema dos “distratos”, além de atual e relevante, vem gerando acaloradas discussões, na maioria das vezes, a partir de um antagonismo entre aqueles defensores dos órgãos vinculados aos consumidores e, por outro lado, dos órgãos representativos das incorporadoras, cada qual com seus próprios e relevantes interesses.

A grande maioria destes debates, inclusive nos Tribunais e no Congresso Nacional, tem como objeto precípuo a fixação de penalidade (percentual de perdimento) que poderia ser imputada ao adquirente inadimplente, sem sequer questionar a existência ou não do seu direito ao distrato. Tal situação, ao nosso sentir, advém de equivocada interpretação da súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça, a partir da qual cristalizou-se nos Tribunais Locais, e em parte da doutrina nacional, o entendimento acerca da existência de um direito potestativo do adquirente inadimplente ao distrato.

A partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, assim como do sistema de proteção ao adquirente e, ainda, dos atuais paradigmas dos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, propõe-se, no presente estudo, um reolhar para a matéria dos distratos, no qual se sobressaia, não a visão individualista do incorporador ou do adquirente inadimplente, mas sim o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária.

¹. Estes dados decorrem de estudos realizados pela Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário (ADEMI), cujos resultados foram divulgados no Seminário *Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ* (Brasília, 21/06/2017). Cf. “Os distratos imobiliários sob a ótica do Judiciário”. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/os-distratos-imobiliarios-sob-a-otica-do-judiciario>.

1 • Evolução jurisprudencial acerca da possibilidade de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa do promitente-comprador

Nos últimos anos, a sociedade brasileira tem vivenciado crise em todos os setores da economia, inclusive no setor imobiliário, e isso acarretou o surgimento de milhares de ações no Poder Judiciário através das quais os promitentes-compradores de imóveis pretendem o desfazimento do compromisso de compra e venda entabulado com o incorporador, com a devolução de parte das parcelas pagas. A pretensão de extinção dos contratos muitas vezes surge em função da insuportabilidade financeira do comprador que, por sua vez, pode ocorrer em razão do posterior desemprego do comprador, ou ainda pelo aumento das parcelas e dos juros no financiamento imobiliário. Outras vezes, contudo, o comprador simplesmente desiste da compra, sem sequer alegar ou comprovar a sua suposta insuportabilidade financeira.

Em virtude do aumento exponencial destas demandas no Poder Judiciário nos últimos anos, convém que se analise a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto.

Inicialmente, logo quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, em março de 1991, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, embora reconhecessem a aplicabilidade desta legislação às relações entre incorporador e comprador de imóvel, questionavam-se acerca da possibilidade de rescisão do contrato por iniciativa do comprador, e devolução dos valores pagos. Isso porque, o §1º do art. 53 da legislação consumerista, que previa essa possibilidade, foi vetado, e o *caput*² deste mesmo dispositivo legal trata apenas do pedido de resolução por parte do vendedor, e não do comprador.

No entanto, nos anos que se seguiram, passou a vigorar no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, na hipótese de restar comprovada a existência de um fato superveniente que altere a situação financeira do comprador ou as condições do contrato, o comprador pode sim pleitear o desfazimento do negócio.

Nessa linha, no julgamento do Recurso Especial nº 57.789/SP, da lavra do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o qual foi julgado no dia 25/04/1995, foi ponderado que o contrato poderia sim ser rescindido por superveniente alteração das condições objetivas que serviram de base para a celebração da avença, mas, naquele caso, não foi suficientemente comprovado pelo comprador o fato superveniente, razão pela qual o pedido de extinção da

2. Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. § 1º (Vetado).

avença foi julgado improcedente.

Confira-se trecho da aludida decisão:

(...). Contudo, para a aceitação do pedido de extinção do contrato formulado pelo autor, alegando inexistência de condições para continuar no seu cumprimento, por modificação das condições econômicas, que tornam insuportável o pagamento das prestações, seria preciso demonstrar suficientemente a existência desses fatos e as suas consequências. Supreendentemente, porém, o autor, certamente fiado no artigo 49 do CODECON, pediu o julgamento antecipado e não fez prova desse fato, que impedia demonstrar. Daí o acerto do v. acórdão em repelir a pretensão de extinção do contrato, também por esse fundamento, proferindo decisão calcada em matéria de fato, cujo reexame não se admite nesta via especial.³

(Grifou-se)

Nesse mesmo sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 109.331/SP, igualmente da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cujo julgamento ocorreu no dia 24 de fevereiro de 1997, o entendimento foi de que “O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a júízo para provocar a extinção do contrato”.⁴

Neste julgado, o Ministro Relator explicitou, ainda, que a jurisprudência reconhecia como fato suficiente apto a ensejar o pedido de rescisão contratual a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do comprador.

De fato, no início da década de 90, a aplicação de sucessivos planos econômicos interferiu nas relações contratuais entre as partes, ocasionando desequilíbrio financeiro e aumento do índice de reajuste das parcelas e, nesse cenário, começaram a surgir decisões que possibilitavam a rescisão do contrato com base nesse fundamento. Como exemplo, citamos o Recurso Especial nº 115.671/RS, da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, cujo julgamento ocorreu no dia 08 de agosto de 2000, no qual o entendimento foi de que “o comprador inadimplente pode pleitear em júízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da

3. REsp 57.789/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/04/1995, DJ 12/06/1995, p. 17631.

4. REsp 109.331/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9638.

aplicação dos sucessivos planos econômicos”.⁵

Em suma, o entendimento que vigorava era de que, em princípio, o promitente-comprador não poderia postular o desfazimento do negócio, exceto se comprovasse uma situação superveniente que afetasse as suas condições financeiras e as condições econômicas do contrato, como por exemplo, a sucessiva mudança de planos econômicos e consequente desequilíbrio do orçamento do devedor. No entanto, importante repisar que a dita “situação superveniente” deveria restar comprovada pelo promitente-comprador, sob pena de improcedência do pleito de rescisão do contrato, consoante julgados anteriormente expostos.

Esse entendimento restou confirmado quando a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos de Divergência nº 59.870/SP⁶, cujo julgamento ocorreu no dia 10 de abril de 2002, oportunidade na qual se entendeu, por maioria, ser possível ao consumidor, adquirente de imóvel, propor o desfazimento da compra em face de inadimplência sua no pagamento das prestações, por não poder atender ao reajuste das mesmas. Nesta mesma ocasião, foi definido como razoável o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos, para o ressarcimento do vendedor com despesas administrativas, propaganda, depreciação imobiliária, e desgaste pelo uso.

A partir do ano de 2014, depois que findou o período chamado *boom imobiliário*, e quando a crise do país começou a dar sinais, o número de demandas nas quais os compradores postulavam a rescisão das avenças por desistência aumentou de forma exponencial. Nesta época, o posicionamento da jurisprudência do STJ seguia o mesmo, qual seja, de que era possível que o promitente-comprador de imóvel postulasse o desfazimento da avença, em virtude de sua insuportabilidade financeira. Apenas a título exemplificativo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.211.323/MS, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo julgamento ocorreu no dia 01/10/2015, o entendimento foi de que “o entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resolução do compromisso de compra e venda, por parte do promissário comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual”.⁷

Ainda, em virtude do aumento destas demandas no Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2015, editou um verbete sumular para regulamentar a devolução dos valores em caso de rescisão do contrato. A Súmula é a 543, a qual prevê que, quando a resolução do contrato de promessa de compra e venda for por culpa do vendedor/construtor, a devolução dos valores será integral; e, por outro lado, quando o comprador der causa à

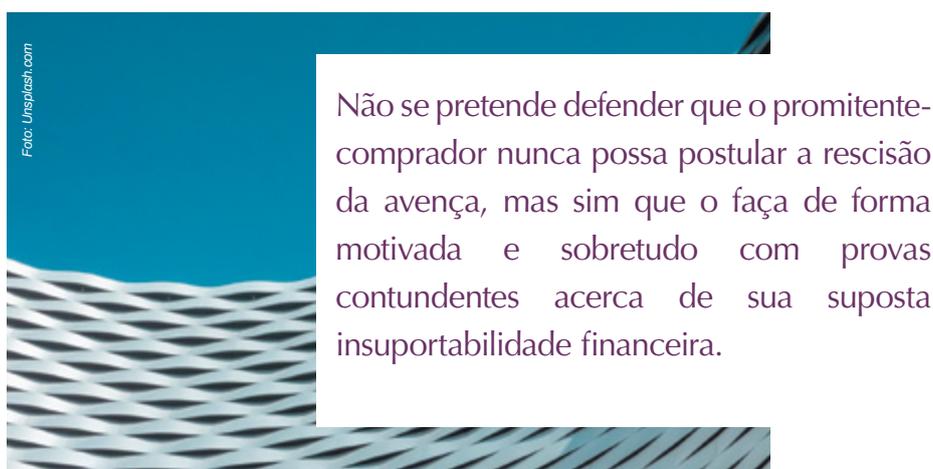
5. REsp 115.671/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2000, DJ 02/10/2000, p. 161.

6. EREsp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281.

7. REsp 1211323/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 20/10/2015.

extinção do contrato, a devolução dos valores se dará de forma parcial.⁸

Acontece que, com base neste verbete sumular e nas jurisprudências acima citadas, os tribunais estaduais do país têm determinado a rescisão dos compromissos de compra e venda de imóveis indistintamente quando as ações são ajuizadas pelos compradores. Isto é, basta que o comprador ingresse com a demanda, afirmando que não tem mais possibilidade de continuar com a avença, que o contrato é rescindido. É como se o promitente-comprador de imóvel tivesse um “direito potestativo” de arrependimento.



Ao nosso sentir, essa situação passa por uma má-interpretação da Súmula nº 543 do STJ e dos precedentes anteriores. Salienta-se, por oportuno, que não se pretende defender que o promitente-comprador nunca possa postular a rescisão da avença, mas sim que o faça de forma motivada e sobretudo com provas contundentes acerca de sua suposta insuportabilidade financeira.

A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a editar a Súmula nº 01, segundo a qual “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”. A jurisprudência deste Tribunal tem entendido de forma reiterada pela possibilidade de rescisão da avença por iniciativa do promitente-comprador, conforme os recentes acórdãos: Apelação Cível nº 1012103-50.2017.8.26.0576, Apelação Cível nº 1013548-04.2016.8.26.0006, e Apelação Cível nº 1031562-45.2016.8.26.0100.

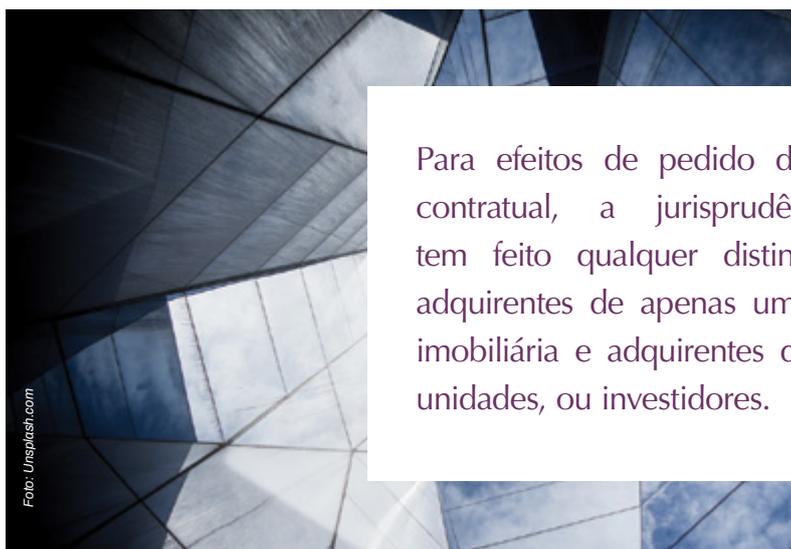
Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação nº 70055493175, manifestou entendimento de que “o promissário

8. Súmula 543 - Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).

comprador, que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade financeira dos valores ajustados no contrato, tem o direito de promover a extinção da avença, postulando a restituição do que adimpliu, retendo a vendedora o percentual a título de indenização”.⁹

Nos julgados mais recentes dos Tribunais locais, verificamos que não há detido debate acerca da possibilidade de rescisão por iniciativa do promitente-comprador, e sim tão somente das consequências da extinção da avença, como, por exemplo, o percentual da cláusula penal compensatória que será aplicado, o índice da correção monetária a incidir sobre os valores pagos, e a incidência ou não de juros moratórios.

O resultado prático que se tem percebido é que poucos distratos são motivados pela real incapacidade de pagamento do promitente-comprador, sendo que a maior parte se dá pela percepção de maus investimentos. Além disso, para efeitos de pedido de rescisão contratual, a jurisprudência não tem feito qualquer distinção entre adquirentes de apenas uma unidade imobiliária e adquirentes de diversas unidades, ou investidores.



Esse cenário é bastante prejudicial ao incorporador (e como veremos aos demais adquirentes partícipes dessa mesma incorporação imobiliária), tendo em vista que, quando o promitente-comprador ajuíza a ação postulando o desfazimento do negócio, a única discussão acaba sendo o percentual que vai ser retido a favor do vendedor para lhe ressarcir de suas perdas e danos, pois a rescisão contratual já é quase certa. Trata-se, como visto, de interpretação corrente nos tribunais estaduais, todavia, em dissonância com o histórico jurisprudencial da Corte Superior.

Constata-se, assim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

9. Apelação Cível Nº 70055493175, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 12/09/2013.

desde os anos 90 até a presente data, mantém o mesmo entendimento em relação à possibilidade de extinção do contrato por iniciativa do comprador. No entanto, a diferença reside no fato de que, antigamente, os tribunais exigiam que o promitente-comprador comprovasse no processo uma situação superveniente que tenha modificado as bases contratuais e as suas condições financeiras, sob pena de improcedência do pedido; e, em contrapartida, hoje em dia a prática forense demonstra que basta que o comprador ajuíze a ação alegando a sua insuportabilidade financeira e desinteresse no negócio, sem sequer comprovar as suas alegações. Ou seja, os tribunais estaduais têm interpretado de forma rasa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Diz-se isso sobretudo porque cabe ao tribunal estadual analisar a prova acerca da existência ou não de fato superveniente apto a ensejar a rescisão do contrato, pois ao Superior Tribunal de Justiça não é dada a prerrogativa de análise de fatos e provas do processo (verbete sumular nº 07¹⁰). Dessa forma, cabe aos tribunais estaduais interpretar de forma atenta a jurisprudência da Corte Superior e aplicá-la ao caso concreto, analisando se restou ou não comprovada a insuportabilidade financeira ou o fato superveniente que alterou as bases contratuais.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, ao nosso ver, tem deixado de fazer valer a melhor aplicação do direito, ou de ao menos orientar os tribunais estaduais acerca da correta interpretação da Súmula nº 543, e de seus precedentes originários, no sentido de que o pedido de extinção do pacto deve ser fundamentado e comprovado.

Adiante, a partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, propõe-se, no presente estudo, que a matéria seja revisitada pelos operadores do direito, e sobretudo pelos Tribunais pátrios, de modo a que seja prestigiado o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária.

2 • A prevalência do direito social e coletivo nas incorporações imobiliárias. Necessidade de um novo olhar para a matéria dos distratos.

Uma das características marcantes dos instrumentos aquisitivos celebrados no âmbito da incorporação imobiliária diz respeito à cláusula que determina a irrevogabilidade e irretratabilidade dos compromissos celebrados entre adquirente e incorporador. Trata-se de elemento necessário do negócio da incorporação, assim qualificado por expressa disposição do art. 32, §2º, da Lei nº 4591/1964.

A aplicação dessa cláusula determina que ambas as partes não têm o direito

10. Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

de desistência e arrependimento. Dito de outra forma, a irrevogabilidade e irretratabilidade dos compromissos permite, em tese, que a incorporadora exija do adquirente o cumprimento do contrato, em especial o pagamento do preço, e, de outro lado, que o adquirente exija o cumprimento das obrigações da incorporadora, inclusive de entrega do empreendimento no prazo e termos contratados. Nessa linha, ao adquirente inadimplente não seria dado o direito de desistir imotivadamente de cumprir os compromissos assumidos com o incorporador.

O propósito da norma legal no âmbito das incorporações é conferir ao negócio a segurança jurídica e econômica necessárias ao cumprimento da função social do contrato, pois a irretratabilidade, do mesmo modo que a afetação patrimonial, ao afastar ou mitigar o risco de desfalques provocados por retiradas imotivadas sem que sejam reparados os danos dela decorrentes, visa manter o ritmo do programa contratual e, em consequência, a conclusão da obra no prazo pactuado.

A irretratabilidade e irrevogabilidade dos contratos não foram alteradas pelo CDC, e nem poderia, pois a legislação consumerista não interfere na tipificação e na funcionalidade dos contratos.

Na medida em que o CDC dispõe sobre os contratos de consumo em geral e os contratos empregados na atividade de incorporação são regulados por regime jurídicos próprios (Código Civil, arts. 481 e seguintes, entre outros; Lei nº 4.591/1964, Lei nº 9.514/1997, Lei nº 10.931/2004, entre outras), não se pode cogitar de excluir uma ou outra fonte legislativa, mas, sim, de coordenar as normas para construir soluções harmonizadas e funcionais no ordenamento, evitando-se simplificações apressadas ou irrefletidas que levem a distorções que atinjam a equação econômica do negócio.¹¹

As disposições do CDC aplicam-se ao contrato de incorporação por serem normas gerais dos contratos de consumo, mas, não obstante, esse contrato continua regido pela Lei nº 4.591/1964 naquilo que é específico, ressalvada, naturalmente, a aplicação do CDC quando necessário o preenchimento de lacunas da lei especial sobre as incorporações. Assim é porque a Lei nº 4.591/1964, precursora que é do CDC em matéria de proteção do contratante hipossuficiente, consubstancia um sistema de proteção do adquirente de imóvel em construção, formulado em conformidade com a estrutura e função dos tipos contratuais empregados na incorporação e com propósito de suprir a vulnerabilidade do adquirente nesse contexto específico. O pressuposto da Lei de Incorporações, revelado por ocasião da sua promulgação, era que “a desigualdade contratual é muito flagrante nesta matéria. Não podia continuar relegada para o plano da convenção livre. A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, mencionou, então, certas regras, de aplicação obrigatória, que constituem condições legais da incorporação”.¹²

11. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 618.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 331.



Uma eventual permissão legal ao desfazimento imotivado se contrapõe à estrutura, ao escopo e à economia do contrato.

Note-se que o sistema de proteção ao adquirente, e a própria noção de microsistema da incorporação imobiliária, ganhou ainda mais força a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, ao vincular as receitas da incorporação (créditos oriundos da alienação das unidades) à execução da obra tornando-as impenhoráveis.¹³

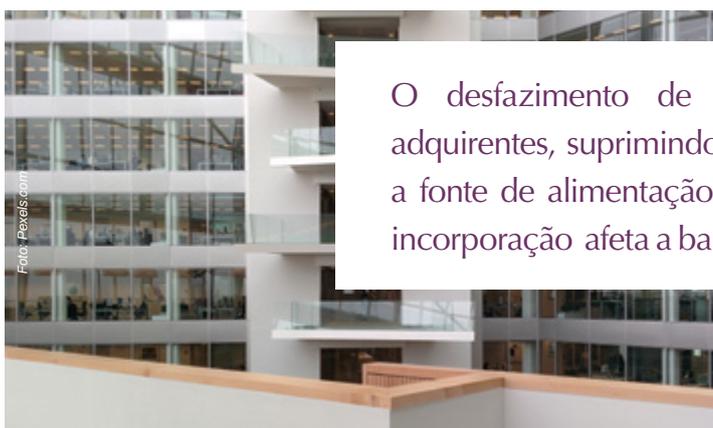
Sob essa perspectiva, fica claro que uma eventual permissão legal ao desfazimento imotivado se contrapõe à estrutura, ao escopo e à economia do contrato, seja porque interfere na base do negócio, podendo tornar incerta a realização do contrato, na medida em que o fluxo de recursos destinado à obra estaria aleatoriamente sujeito a ser desfalcado ou interrompido em razão da suspensão de pagamento por parte de adquirentes desistentes, seja porque o desfazimento implicaria restituição imediata da quantia paga, restituição essa que, no caso do contrato de incorporação, só é viável após a alienação da unidade do adquirente desistente, pois as quantias pagas pelos adquirentes são imediatamente convertidas em pedra e cal, sendo materialmente impossível sua reconvenção imediata em dinheiro, para atender a pretensão de destituição do desistente, como previsto no inciso II do art. 20 do Código Civil.

Apesar de ter como objeto a construção e a comercialização de unidades imobiliárias, o contrato de incorporação, no seu aspecto estrutural, tem pontos de contato com o contrato de sociedade, sobretudo no que tange à dinâmica de aporte e aplicação de capital, vinculando o incorporador, o construtor e o conjunto de adquirentes por uma *affectio* semelhante à dinâmica da captação de capital para constituição da sociedade. Com efeito, a incorporação desenvolve-se com o capital aportado pelo incorporador, pelos adquirentes, e eventualmente, por entidade financiadora; a realização da função econômica e social do contrato, mesmo vista sob a perspectiva de um só adquirente, só se torna possível com a participação pecuniária da totalidade dos adquirentes, mediante pagamento das parcelas do preço conforme a programação do contrato, do mesmo modo que o escopo do contrato de sociedade só se viabiliza mediante aporte de capital por parte de todos os sócios, na proporção de sua participação no capital.¹⁴

Nessa linha, o mestre Caio Mário da Silva Pereira aproxima o perfil da incorporação ao de uma empresa, em razão da mobilização de fatores de produção para realização de empreendimento determinado; o empresário é o incorporador, é verdade, mas o capital não é só dele, sendo também o dos adquirentes e, eventualmente, o de entidade financiadora, todos eles

13. CHALHUB, Melhim. "Uma Solução Para os Distratos". *Valor Econômico*, 29/03/2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4918252/uma-solucao-para-os-distratos>.

14. *Idem*. Da Incorporação Imobiliária. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.



convergiendo seus recursos e seus esforços para consecução da edificação; aos adquirentes é assegurada a fiscalização de seu capital, mediante acompanhamento da obra pela Comissão de Representantes, tal como é assegurado aos sócios o acompanhamento dos negócios da sociedade.

Daí que o desfazimento de contratos de adquirentes, suprimindo parcialmente a fonte de alimentação financeira da incorporação afeta a base do negócio. Esse desfazimento pode até atender o interesse individual de um adquirente, mas poderá obstruir a realização da função social do contrato, que para atender a comunidade dos adquirentes, na sua totalidade, reclama a manutenção do fluxo financeiro que fornece os recursos para a construção.

Com efeito, a vinculação entre as partes contratantes – incorporador e adquirente – embora se formalize individualmente, encerra direitos e obrigações comuns a todos os demais adquirentes e ao incorporador e forma uma comunidade voltada para o objetivo comum de conclusão da obra e apropriação das unidades imobiliárias, por parte dos adquirentes, de um lado, e, de outro lado, de apropriação do resultado do negócio, por parte do incorporador.

Ao apreciar este tipo de questão à luz do CDC, Waldirio Bulgarelli chama a atenção para a necessidade de se observar todas as peculiaridades do contrato, visando a efetiva realização de sua função social e econômica, pois “pode ocorrer que alguns adiram à incorporação e, se o mercado não for favorável para a atividade imobiliária, exijam a restituição do que pagaram, com juros e correção monetária, tal como a aplicação tivesse sido feita em caderneta de poupança.”¹⁵

O ponto é que, ao se apreciar o interesse de determinado adquirente em desfazer isoladamente seu contrato, não se pode desprezar o interesse dos demais comunheiros, pois, como observara o Ministro Cesar Asfor Rocha, “se não fora assim, o comprador teria sempre uma situação cômoda: se o bem adquirido não se valorasse no mesmo patamar do dinheiro corrigido, ele se

15. BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 50.



No caso do desfazimento unilateral do contrato de incorporação, a liberdade individual do desistente deve ficar subordinada ao interesse da comunidade dos adquirentes.

desvincularia da promessa de compra e venda pactuada; caso contrário, se a valorização superior ao dinheiro corrigido, ele manteria o vínculo contratual”.¹⁶

Há que se ter presentes as limitações que a função social do contrato impõe às partes, de modo que, assim como na formação e na conclusão do contrato, também na sua dissolução a liberdade deve ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).

Nessa linha, compartilhamos o entendimento de que, no caso do desfazimento unilateral do contrato de incorporação, a liberdade individual do desistente deve ficar subordinada ao interesse da comunidade dos adquirentes, em razão dos reflexos desse desfazimento sobre o fluxo financeiro da incorporação e, por via de consequência, sobre a realização econômica e social do contrato.

Com efeito, a função social diz respeito ao modo como os efeitos do contrato se refletem na sociedade e de que forma atinge terceiros não integrantes da relação contratual, de modo que se ofende a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.¹⁷

Vale notar, dentro de uma perspectiva social e econômica que a sociedade ou a “igualdade” não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um específico mercado. Assim, a proteção paternalista à determinadas condutas pode infligir elevados custos a outros consumidores, vistos enquanto classe. Metaforicamente, o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto das interações sociais) é a floresta.¹⁸

Transpondo tal linha de raciocínio para o presente estudo tem-se que a coletividade em um contrato de incorporação é representada pela cadeia ou rede de adquirentes, os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema, viabilizando recursos para o sucesso da incorporação. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais e desfazimentos imotivados, a coletividade de adquirentes será lesada em detrimento do adquirente individual.

16. REsp 124.146-MG, 4ª Turma do STJ, J. 22.6.1999.

17. CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, op. cit., p. 334.

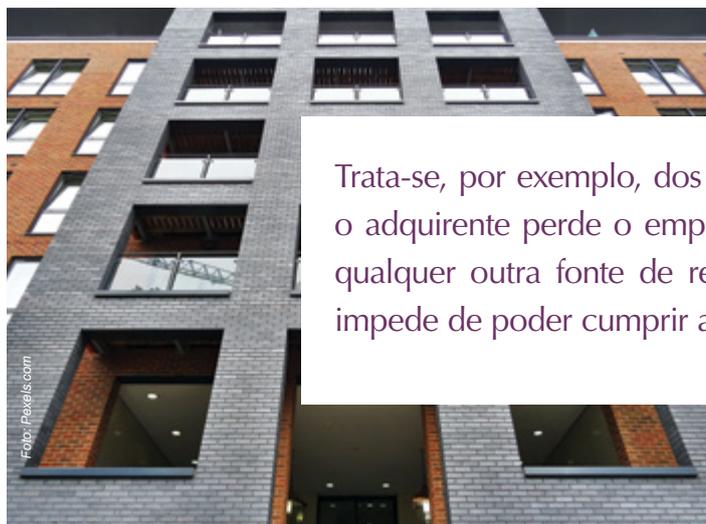
18. TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 197.

Deste modo, **a aplicação do princípio da função social do contrato à questão dos distratos no âmbito das incorporações deve considerar não apenas a relação individual do adquirente com o incorporador, mas a rede de contratos**, interesses e consequências que serão geradas a todos os partícipes dessa incorporação em virtude da rescisão imotivada dos contratos.

A relativização do *pacta sunt servanda* não autoriza interpretação que, por desprezo à conformação peculiar do contrato, acabe distorcendo seu escopo e frustrando sua função social, admitindo-se que o desfazimento do negócio, nos casos em que seja possível, sujeite as partes às consequências ditadas pelo equilíbrio da relação jurídica e pela boa-fé objetiva, pois admitir que “a parte inadimplente venha a usar sua própria infração como justificativa para pleitear a rescisão do contrato, importa simplesmente anular a maior conquista da teoria do direito contratual, que é a boa-fé, tão ressaltada, entre nós, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor não é, e não deve jamais ser interpretado, como um “escudo” para aqueles que não agem de acordo com os ditames da boa-fé objetiva.

Neste sentido, Theodoro J.R., Humberto, em sua clássica obra *A Boa-Fé no Direito Privado* ensina que “o efeito da boa-fé, em semelhante conjuntura, é, justamente impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.”¹⁹



Esclareça-se que não se está aqui a defender a posição de que o adquirente inadimplente não teria em algumas hipóteses o direito de desistir do compromisso firmado, mas sim a posição de que o direito de pedir a resolução do contrato deva ser limitada e condicionada a fatores excepcionais hábeis a justificar aquele inadimplemento, a serem devidamente

¹⁹. MARTINS-COSTA, Judith *apud* THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2004, pp. 49,52,54.

comprovados no caso concreto. Trata-se, por exemplo, dos casos nos quais o adquirente perde o emprego, e não tem qualquer outra fonte de renda, o que lhe impede de poder cumprir a avença.

Vale salientar, a partir do estudo do direito comparado, que em outros países, como Argentina, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Portugal, México e Reino Unido, não é reconhecido o direito ao desfazimento imotivado do contrato, aplicando-se a máxima da irrevogabilidade e irretratabilidade aos contratos firmados. Em todos estes países, a penalidade para o adquirente inadimplente que rescinde o seu contrato é de 100% (cem por cento) das importâncias pagas, situação completamente diferente de nosso país.²⁰

O ponto é que não há (ou não deveria existir) *prima facie* o direito ao arrependimento. A regra deve ser a irrevogabilidade, sob pena de contrariar a lógica da incorporação imobiliária, e prejudicar não apenas o incorporador, mas também os demais adquirentes partícipes dessa mesma incorporação imobiliária.

Nesta linha de entendimento, mais consentânea com a realidade própria das incorporações imobiliárias, dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, começam a surgir alguns julgados nos Tribunais Locais limitando o pretense direito postestativo do adquirente ao distrato. Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível nº 1.478.559-0, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná mencionou que a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, presente nos contratos de compromisso de compra e venda, trata-se de uma garantia conferida a ambas as partes de exigir que o contrato seja efetivamente cumprido. Ressaltou, ademais, que “diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva que norteia os contratos, e não tendo o autor (promitente comprador) demonstrado que não reúne mais condições para pagar o que avençou, o pedido de resolução descrito na exordial é totalmente improcedente”.²¹

Da mesma forma, a 25ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 0066013-17.2016.8.19.0001, ressaltou que, se o promitente vendedor não pode desistir da compra e venda, tampouco o promitente comprador poderá fazê-lo. Segundo este acórdão, entender de forma diversa consagraria uma manifesta desproporção entre os poderes das partes do contrato, pois o promitente comprador poderia desistir a seu talante, mas, se a contraparte assim o desejasse, ficaria sujeita à adjudicação compulsória do imóvel.²²

Verifica-se, assim, que começam a surgir nos Tribunais Estaduais, ainda que timidamente, alguns julgados no sentido da impossibilidade de rescisão do contrato por iniciativa do promitente-comprador, quando não demonstrada

20. BINATELLI, Circe. “Brasil destoa de outros países ao permitir distrato de imóveis”, Estadão, 03/02/2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039>

21. Apelação Cível nº 1.478.559-0, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Ramon de Medeiros Nogueira, Julgado em 04/04/2017

22. Apelação Cível nº 0066013-17.2016.8.19.0001, Vígésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Luiz Fernando de Andrade Pinto, Julgado em 04/10/2017

uma situação excepcional, que tenha interferido na sua situação financeira ou nas bases contratuais, entendimento esse que, ao nosso ver, melhor se coaduna com o conceito do contrato de incorporação imobiliária, e com os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Considerações finais

O tema dos distratos no âmbito da incorporação imobiliária está sendo muito debatido entre os juristas, Tribunais, Congresso Nacional, e entre os órgãos de classe. Isso porque, com a crise econômica, o número de demandas em que se discute essa questão aumentou de forma exponencial no Poder Judiciário, e impactou no mercado e no caixa das incorporadoras.

O que se percebe na prática forense é que, atualmente, basta que o promitente-comprador ajuíze demanda postulando a rescisão do contrato, que tal pleito é acolhido pelo Poder Judiciário, sem maiores questionamentos acerca do motivo que o levou a postular o desfazimento do negócio, e se esse direito lhe é dado pelo Ordenamento Jurídico indistintamente. Essa situação, ao nosso ver, brotou de uma má interpretação, pelos Tribunais Estaduais, da Súmula nº 543 e dos precedentes advindos do Superior Tribunal de Justiça.

Como visto, a jurisprudência da Corte Superior sempre foi no sentido de que ao promitente-comprador somente é permitido a rescisão do negócio quando há comprovação de um fato superveniente que tenha alterado a sua situação econômica ou as bases contratuais. Todavia, de maneira equivocada ao nosso sentir, os Tribunais não têm mais realizado uma análise detida das provas constantes do processo acerca dos motivos que levaram o adquirente a postular a rescisão do negócio. O resultado, como dito, é que a grande maioria dos distratos é motivada por maus investimentos dos compradores, e não por uma alteração nas bases contratuais ou na situação financeira do adquirente.

E, se por um lado há interpretação falha por parte dos Tribunais Estaduais, há também certa omissão por parte do Superior Tribunal de Justiça no sentido de orientar os Tribunais locais, e de fazer valer a melhor interpretação de seus precedentes.

Essa situação não deve prevalecer. Com efeito, no âmbito da incorporação imobiliária, o incorporador conta principalmente com os recursos oriundos dos próprios adquirentes contratantes para a construção do empreendimento. Por conta disso, diz-se que o contrato de incorporação imobiliária tem caráter “associativo”, tendo em vista que a contribuição financeira de cada um dos adquirentes, ao longo da obra, é imperiosa para a construção do empreendimento. Nessa linha de raciocínio, a saída inesperada, e sem qualquer motivação plausível, de um dos promitentes-compradores da cadeia da incorporação acaba afetando uma coletividade de pessoas, sobretudo os demais adquirentes que estão adimplindo as suas obrigações contratuais.

O desfazimento do contrato, assim, pode até atender o interesse individual do promitente-comprador, mas pode ocasionar grandes dificuldades para a incorporação imobiliária como um todo, gerando consequências nefastas para a coletividade e para o sucesso do empreendimento. Portanto, nesse caso, deve haver a prevalência do direito social e coletivo sobre o interesse individual do adquirente. Do contrário, haverá ofensa à função econômica e social do contrato.

Conclui-se, portanto, que *a priori* deve prevalecer a regra da irrevogabilidade e irretratabilidade dos contratos, insculpida no art. 32, §2º, da Lei nº 4.591/1964. Assim, ao promitente-comprador, em princípio, não é dado o direito de pedir a rescisão do contrato, o que somente deve ser admitido em situação excepcional, quando houver comprovação, nos autos, da impossibilidade material de prosseguir os pagamentos, e mediante indenização das perdas e danos sofridas pelo promitente-vendedor.

Registra-se, por fim, que a solução da celeuma passa por um reolhar da matéria dos distratos, considerando o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária, e a função social do contrato, em detrimento do direito individual do promitente-comprador. Para tanto, deverá ocorrer uma nova interpretação da jurisprudência, resgatando-se os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, a exemplo dos acórdãos de relatoria do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e quiçá novos dispositivos legais que regulamentem a questão.



A Assembleia Geral do Condomínio Edifício

UMA PERSPECTIVA ATUAL DO INSTITUTO

Por Lourdes Helena ROCHA DOS SANTOS

Resumo

A proliferação de condomínios complexos, com enorme diversidade de usos – apartamentos, conjuntos, lojas, pavilhões industriais, unidades hoteleiras, shoppings, etc. , implica a necessidade de rever o instituto da assembleia geral no condomínio edifício. Ao longo deste artigo, procura-se enfatizar as principais questões acerca das assembleias condominiais dos condomínios edifícios contemporâneos, colocando em destaque o interesse coletivo e o poder soberano da assembleia geral; o peso dos votos assembleares; o local das assembleias, considerando as participações presenciais e virtuais; as formas de convocação; os quóruns de instalação e deliberação e as nulidades. Estes tópicos são todos revistos sob uma perspectiva atual, considerando as novas formas de comunicação e interação entre condôminos, bem como os cuidados a serem adotados na realização de assembleias condominiais.

Introdução

Com a proliferação das edificações em condomínios edilícios, as assembleias gerais ganham especial relevo. Isto porque, como veremos a seguir, a assembleia geral é o órgão máximo do condomínio, do qual emanam todas as decisões que vão verdadeiramente importar aos proprietários das unidades ou àqueles que lá habitam.

Ao longo deste artigo, procuramos atualizar o tema, trazendo a análise deste instituto para o momento atual, em que a propriedade não é vista de forma isolada e onde o interesse coletivo paira acima dos interesses particulares ou puramente individuais.

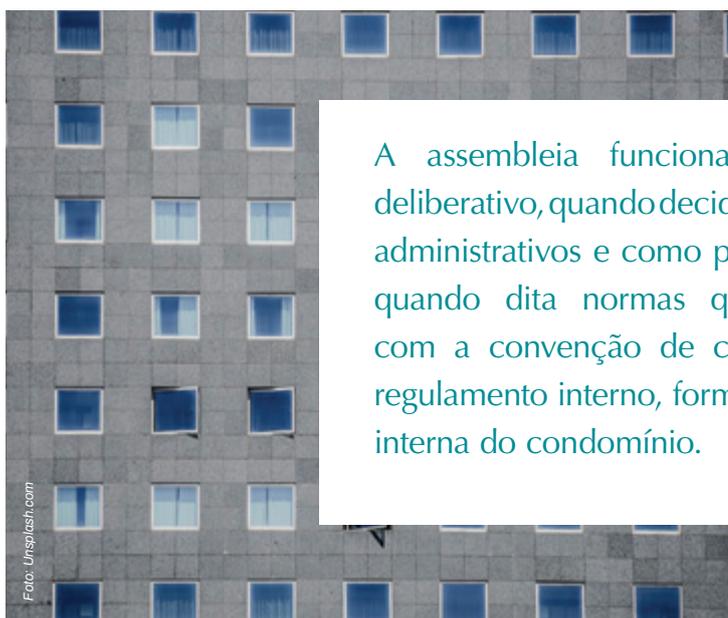
O instituto da assembleia configura-se de suma importância para aqueles que de alguma forma lidam com as problemáticas de empreendimentos em condomínio ou complexos empresariais, hoteleiros, de turismo, etc., implantados em plataformas condominiais. Nosso objetivo será avaliar os distintos contornos do instituto diante de novas realidades, com reflexos já visíveis nos julgados mais recentes acerca da matéria.

A era digital, na medida que aproxima cada vez mais as pessoas, também implica em novos desafios, especialmente adequar os institutos jurídicos ao mundo novo que nos atropela. Há, sim, necessidade de romper com o passado, ingressar no mundo presente, em direção ao futuro inexorável. Convidamos o leitor a rever o instituto das assembleias em condomínios edilícios, com espírito desprendido e inovador, desafiando a pensar como este importante encontro democrático de condôminos, que pode acontecer até mesmo no mundo virtual, será daqui para frente.

1. O Poder Soberano da Assembleia Geral

A assembleia geral dos condôminos é o órgão máximo de deliberação do condomínio. Por esta razão, é considerada soberana em suas decisões, na medida em que expressa a vontade da maioria. A discussão das ideias e o confronto de opiniões permitem que a coletividade exprima sua vontade, que não é a soma das vontades individuais, mas a resultante desta soma de manifestações que assume feição própria. Tamanha é a relevância do seu papel no âmbito dos condomínios edilícios que a própria lei civil estabelece *in verbis*, no seu art. 1.354: “A assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião”. De fato, as reuniões dos condôminos têm como escopo a formação da vontade única do condomínio, que resulta dos debates e da troca de ideias ocorridas na assembleia.

No desempenho de suas atribuições, a assembleia funciona como órgão deliberativo, quando decide sobre assuntos administrativos e como poder legislativo, quando dita normas que, juntamente com a convenção de condomínio e o regulamento interno, formam a legislação interna do condomínio. No dizer de J. Nascimento Franco, a Assembleia “é considerada a caixa acústica do condomínio, o único órgão competente para coletar e exprimir a vontade coletiva, donde é impróprio e ineficaz o artifício pelo qual, às vezes, se procura obter em contatos individuais a manifestação dos condôminos sobre matéria de interesse comum”¹.



Mario J. Benderski ressalta que todas as resoluções de interesse coletivo devem ser tomadas em assembleia, a qual não pode substituir qualquer outra modalidade de deliberação: “A deliberação, que deve efetuar-se em reunião, mediante assembleia dos condôminos, não admite equivalente. Por isso, uma deliberação não pode resultar de entrevistas parciais e separadas entre os condôminos, nem da adesão escrita ou oral, dada por aqueles separadamente”².

Nessa senda, a Terceira Turma do STJ, no julgamento do RESP 1.120.140-MG, deu ênfase ao sentido e alcance da assembleia, manifestando-se pela não admissão de ratificação posterior de quórum não alcançado na assembleia deliberativa: “A Assembleia, na qualidade de órgão deliberativo, é o palco onde, sob os influxos e argumentos e dos contra-argumentos, pode-se chegar ao voto que melhor reflita a vontade dos condôminos e, portanto, não é de admitir-se a ratificação para completar quórum eventualmente não verificado na sua realização”³.

1. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*. 5ª ed. São Paulo: RT, p. 87.

2. BENDERSKI, Mario J. apud FRANCO, João Nascimento. *Condomínio, op. cit.*, p. 146. (A tradução livre do espanhol é nossa).

3. STJ, Terceira Turma, Recurso Especial nº 1.120.140/MG. Relator: Ministro Massami Uyeda. Publicado no DJe em

Segundo o doutrinador italiano Peretti Griva, a Assembleia, como órgão hierarquicamente superior, é dotada de poder de comando no exercício do qual pode investir-se em atribuições de outros órgãos do condomínio, tais como o conselho fiscal, as comissões constituídas para desempenho de tarefas conjunturas e o próprio síndico. “Além das atribuições expressamente transferidas pela lei, a assembleia, enquanto representante da maioria dos condôminos, pode, em qualquer momento, pela sua preeminente autoridade, substituir-se ao administrador na produção de provimentos gerais ou particulares relativamente ao uso das coisas comuns. E isso porque, havendo a possibilidade de estabelecer regulamentos condominiais (...) deve-se entender poder emitir disposições especiais, de tempo em tempo, atinentes às matérias que constituem objetos normais dos regulamentos, sendo, no mais, compreendido o menos”⁴.



Uma vez tomada a decisão, esta adquire força cogente e vai alcançar a todos os condôminos, o próprio síndico, o conselho fiscal, bem como os demais ocupantes do edifício a qualquer título.

As decisões tomadas na assembleia, se aprovadas com o quórum regular, desbordam aos que deram sua aprovação e vão alcançar, inclusive, os condôminos ausentes. Enquanto órgão deliberativo, as deliberações assembleares se impõem aos condôminos que recusaram sua aprovação, os quais têm o direito de opor-se ao preceito até o momento da aprovação. Uma vez tomada a decisão, esta adquire força cogente e vai alcançar a todos os condôminos, o próprio síndico, o conselho fiscal, bem como os demais ocupantes do edifício a qualquer título.

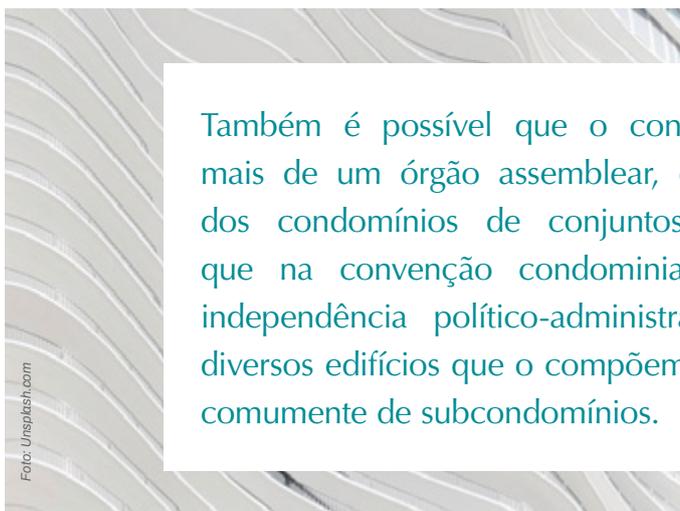
No entanto, não possuirão validade as decisões assembleares que alterem as normas que a convenção considera inalteráveis, nem as que afrontem decisões judiciais. Também serão inconsistentes as decisões que não obedeçam ao quórum exigido por lei ou pela convenção de condomínio. A assembleia, no dizer de Arnaldo Rizzardo, “não tem a autoridade de poder absoluto, se adota deliberações ilegais”⁵. Na verdade, ela é soberana na medida em que decide em conformidade com a lei, com a convenção e respeitando o direito dos condôminos.

Também é possível que o condomínio tenha mais de um órgão assemblear, como no caso dos condomínios de conjuntos de edifícios, que na convenção condominial estipulem a independência político-administrativa entre os diversos edifícios que o compõem, denominados comumente de subcondomínios.

23/10/2009.

4. GRIVA, Peretti *apud* FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*, *op. cit.*, p. 90. (A tradução livre do italiano é nossa).

5. RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*. 5ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 190.



Também é possível que o condomínio tenha mais de um órgão assemblear, como no caso dos condomínios de conjuntos de edifícios, que na convenção condominial estipulem a independência político-administrativa entre os diversos edifícios que o compõem, denominados comumente de subcondomínios.

Nestes empreendimentos determinam-se assembleias específicas para tratar dos assuntos de interesses de cada um dos subcondomínios ou das alas ou setores do condomínio, ressalvada a imperiosa obrigatoriedade do chamamento da assembleia ordinária do condomínio geral para tratar dos assuntos de interesse de todos os condôminos.

Outrossim, há condomínios setorizados com alto grau de complexidade, especialmente empreendimentos imobiliários de cunho empresarial, os quais estipulam na sua convenção condominial que os diversos setores da edificação (ou subcondomínios) serão representados na assembleia do condomínio geral pelos síndicos de cada um dos setores (ou subsíndicos), a quem os condôminos delegam poderes para representá-los no evento assemblear do condomínio geral. Nesta hipótese, o poder do síndico de cada setor do condomínio (ou subsíndico) na assembleia geral do complexo será o de exercer a função de mandatário delegado dos condôminos, nos termos e limites expressos na convenção condominial.

Evidentemente, tal estruturação jurídica que restringe a participação direta dos condôminos na assembleia geral do complexo, está *a priori* em desconexão com o art. 1.335, II, do CCB⁶, bem como dos princípios democráticos assegurados constitucionalmente. Por tal razão, não nos parece uma estrutura jurídica apropriada senão para casos especiais, nos quais existam premissas objetivas que deem sustentação ao modelo narrado.

Um exemplo de caso especial, em que, na nossa visão, é possível relativizar o direito de participação direta de todos os condôminos nas assembleias, é aquele geralmente adotado nas convenções de condomínio de empreendimentos submetidos ao regime da propriedade fracionada, também conhecido como *Multipropriedade ou Fractional Ownership*. Nesse tipo de empreendimento, geralmente localizado em destinos turísticos, cada unidade autônoma é de titularidade de uma pluralidade de proprietários, fazendo com

6. Código Civil, art. 1.335, II: "São direitos do condômino: II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores".

“ Um exemplo de caso especial, em que, na nossa visão, é possível relativizar o direito de participação direta de todos os condôminos nas assembleias, é aquele geralmente adotado nas convenções de condomínio de empreendimentos submetidos ao regime da propriedade fracionada, também conhecido como *Multipropriedade ou Fractional Ownership*.

que o condomínio como um todo seja composto por centenas, por vezes, milhares de condôminos. Assim, com o intuito de tornar viável a realização das assembleias, é muito comum que as convenções de condomínio desse tipo de empreendimento contenham disposições que determinem que cada unidade terá um representante que votará em nome dos demais coproprietários da unidade nas assembleias, vinculando-os nessa votação.

Esse tipo de disposição, no entanto, é suscetível de questionamentos, visto que nem todos aceitam como legítima essa “supressão” ao direito de voto e participação direta nas assembleias condominiais. Afinal, o direito de participar e votar na assembleia geral está intimamente ligado ao direito de propriedade. A limitação a este direito sem razão plausível, fere frontalmente a lei, motivo pelo qual não poderá ser restringido pela convenção de condomínio ou pelo regimento interno, sob pena de nulidade.

Importa dizer que à assembleia geral, enquanto órgão deliberativo máximo, caberá preservar o interesse coletivo da comunidade de condôminos, o qual transcende os interesses puramente individuais e se representará pelo interesse ditado pela maioria.

2. O Peso do Voto nas Assembleias Gerais

Salvo disposição diversa na convenção, o princípio geral que rege as votações da assembleia de condôminos é o da maioria de interesses patrimoniais e não da maioria das pessoas, em conformidade com o critério da fração ideal, atualmente previsto no art. 1.352, parágrafo único, do CCB⁷.

O critério da fração ideal exsurge da própria natureza jurídica do condomínio edilício, caracterizada por uma especial fusão entre a propriedade exclusiva da unidade autônoma e a copropriedade das áreas comuns, da qual decorre a necessidade de se estabelecer o quanto cada

7. Código Civil, art. 1.352, parágrafo único: “Parágrafo único. Os votos serão proporcionais às frações ideais no solo e nas outras partes comuns pertencentes a cada condômino, salvo disposição diversa da convenção de constituição do condomínio.”

unidade autônoma participa do todo condominial.

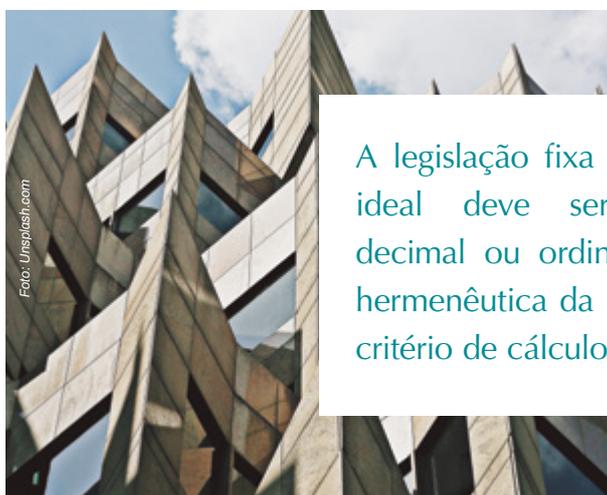
A determinação da fração ideal de cada unidade autônoma é absolutamente essencial para a fixação da parcela de direitos e deveres que cabem aos proprietários de cada unidade no todo condominial, determinando o peso do voto na assembleia condominial.

Na lição do mestre Caio Mário da Silva Pereira a fração ideal corresponde à representação do interesse econômico de cada condômino: “para haver, então, uma base de distribuição dos direitos e dos encargos de cada proprietário, no conjunto do edifício, é necessário fixar uma *cifra representativa* do interesse econômico de cada uma das pessoas participantes da comunhão”⁸.

Tendo em vista a essencialidade da determinação da fração ideal para a harmonização dos interesses dos condôminos, a legislação pátria especificou o modo como ela deve ser matematicamente expressa. A regra trazida pelo art. 1.331, § 3º, do Código Civil, com a nova redação dada pela Lei nº 10.931/2004, estabelece que “a cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal do solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio”.

É importante ressaltar que com base na nova redação dada ao dispositivo, a única exigência legal é de que a fração ideal seja expressa na forma decimal ou ordinária, o que significa dizer que fica permitido realizar o cálculo da fração ideal através de critérios que atendam às dimensões econômicas e jurídicas do direito de cada condômino, em conformidade com o caso concreto de cada empreendimento.

Em outras palavras, a legislação fixa a forma como a fração ideal deve ser estabelecida (forma decimal ou ordinária), havendo abertura hermenêutica da legislação no tocante ao critério de cálculo.



A legislação fixa a forma como a fração ideal deve ser estabelecida (forma decimal ou ordinária), havendo abertura hermenêutica da legislação no tocante ao critério de cálculo.

8. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e Incorporações*. 11ª ed., op. cit., p. 69.

O critério a ser adotado deverá revelar um conteúdo valorativo que remete à ideia de justa proporção. Estamos falando da busca de proporcionalidade que, na lição de Robert Alexy, implica três máximas parciais: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁹. Estas máximas orientam a compreensão do critério a ser estabelecido, colocando em relevo os valores a ele relacionados.

Portanto, ao se adotar um critério para a fração ideal, está-se, em verdade, buscando assegurar uma justa medida para a divisão harmônica dos direitos e deveres dos condôminos no âmbito do condomínio, os quais se refletirão no peso do voto na assembleia geral.



Nos novos modelos de empreendimentos imobiliários, cada vez mais complexos, fica evidente que a busca pela citada justa proporção, que exprimirá o critério mais adequado para cada caso, poderá não se traduzir na aplicação de um critério único para cálculo da fração ideal.

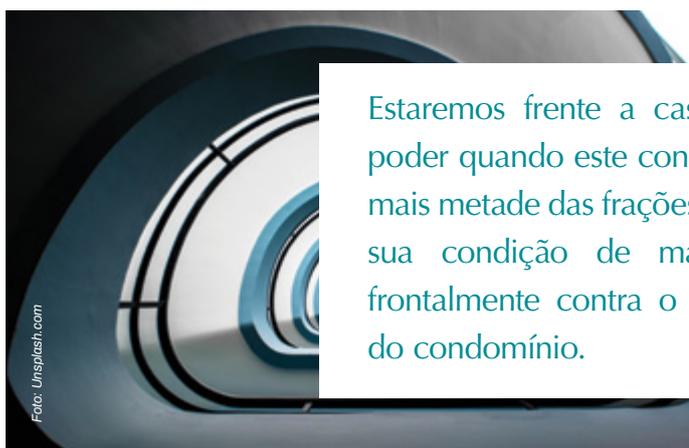
Nos novos modelos de empreendimentos imobiliários, cada vez mais complexos, fica evidente que a busca pela citada justa proporção, que exprimirá o critério mais adequado para cada caso, poderá não se traduzir na aplicação de um critério único para cálculo da fração ideal. Será preciso observar, em cada caso, as características peculiares do empreendimento, levando em consideração aspectos presentes e futuros para que a fração ideal atribuída a cada unidade autônoma reflita a melhor forma de preservar a divisão harmônica dos interesses dos condôminos, sobrelevando o interesse coletivo daquele condomínio.

Assim, havendo a legislação brasileira privilegiado a maioria dos interesses patrimoniais, caberá à assembleia extrair do colegiado a vontade da maioria expressa pela soma das frações ideais dos votos dos condôminos, segundo os quóruns estabelecidos pela lei e previsto na convenção de condomínio.

Não se ignoram as situações em que uma minoria de condôminos (às vezes um só) detêm a maioria das frações ideais. De fato, esta situação ocorre muito frequentemente nos condomínios com apelo de investimento, nos quais é comum que um condômino detenha um grande número de unidades. Preconiza João Batista Lopes que “assim, o condômino titular de frações ideais que representem mais de 50% do total terá, de fato e de direito, o controle das assembleias e suas deliberações, podendo surgir a figura que a doutrina denomina ‘maioria de um só.’”¹⁰

9. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, p. 116-117.

10. LOPES, João Batista. *Condomínio, op. cit.*, p. 122.



Estaremos frente a casos de abuso de poder quando este condômino, titular de mais metade das frações ideais, exacerbar sua condição de majoritário, agindo frontalmente contra o interesse coletivo do condomínio.

Neste caso, o poder de voto de um único condômino, proprietário de mais do que 50% (cinquenta por cento) das frações ideais, será maior do que a soma dos condôminos restantes. Tal situação levou o ilustre jurista João Batista Lopes a observar que a “lei brasileira não protege adequadamente a minoria dissidente”.¹¹

Uma vez que a Lei brasileira não traz nenhuma limitação aos poderes da “maioria de um só”, caberá à convenção dispor sobre o disciplinamento dessa situação. De qualquer modo, resta sempre o recurso à via judicial para regularizar circunstâncias como essa, se acaso apenas um condômino venha a exercer sobre os demais um poder tirânico, promovendo inaceitável abuso de poder.

Não estará cometendo abuso de poder o condômino pelo simples fato de exercer seu poder de decisão nas assembleias, conforme seus legítimos interesses, nas hipóteses em que o quórum seja a simples maioria. Não. Este direito lhe é assegurado pela lei, na condição de proprietário de unidade ou unidades que somam mais de metade das frações ideais que compõem o condomínio. Estaremos frente a casos de abuso de poder quando este condômino, titular de mais metade das frações ideais, exacerbar sua condição de majoritário, agindo frontalmente contra o interesse coletivo do condomínio.

Muito embora não se trate o condomínio de pessoa jurídica, existe nele um ente dotado de personalidade, composto do conjunto de proprietários, com direitos sobre a coisa comum. O mestre Caio Mário explica que embora não exista uma personificação do acervo patrimonial do condomínio, há uma comunidade de interesses ativos e passivos a serem tutelados. É neste sentido que deverá prevalecer a boa-fé objetiva e a função social da propriedade condominial, de forma a prevalecer o interesse coletivo acima dos interesses particulares ou puramente individuais.

Sobre o comportamento em votações assembleares, assim já se pronunciou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul: “...Nas questões

¹¹. *Idem*, p. 115.

condominiais edilícias, deve-se sobrelevar sempre o interesse do condomínio ou da coletividade que representa, não o interesse individual de qualquer condômino, a não ser que coincida com o interesse do condomínio”¹².

3. O Local das Assembleias: Assembleias Presenciais e Virtuais

O Código Civil é omissivo no que diz respeito ao local em que as assembleias devam se realizar. Assim também era a Lei nº 4.591/64, que não tratava deste assunto. Niske Gondo, ressaltando a omissão legislativa, se posiciona no sentido de que “convém preferir sempre o próprio edifício, onde mais facilmente se encontram os interessados, salvo se a Convenção dispuser em contrário”¹³. Evoluciona ainda o eminente jurista, no sentido de que, quando se tratar de condomínios de edifícios situados em cidades praianas, estâncias minerais, etc., quando a assembleia ocorrer fora da temporada, o local da assembleia deve ser aquele em que residem os condôminos em maior número¹⁴. Ou seja, na escolha do local da assembleia deverá prevalecer o senso comum, ditado pelo interesse coletivo dos condôminos.

No entanto, a realidade dos condomínios contemporâneos do século XXI impõe novas dificuldades e, portanto, desafios a serem enfrentados. Estamos diante de uma proliferação de condomínios que apresentam uma enorme diversidade de usos – apartamentos, conjuntos, lojas, pavilhões industriais, unidades hoteleiras, shoppings, etc. Ademais, o fenômeno da globalização levou as pessoas a adquirirem, cada vez mais, imóveis longe do local de onde vivem.



A realidade dos condomínios contemporâneos do século XXI impõe novas dificuldades e, portanto, desafios a serem enfrentados.

Outra questão presente nos condomínios do século XXI é que grande parte deles possui caráter marcadamente patrimonial e econômico, sendo que o profissionalismo de sua gestão será decisivo para o alcance dos objetivos dos condôminos investidores, colocando em proeminência a assembleia do condomínio, enquanto órgão máximo deliberativo, muito próxima à assembleia de sócios das sociedades empresariais, onde há a verdadeira *affectio societatis*.

12. TJRS. Vigésima Câmara Cível. Apelação Civil nº 70013966171, Rel. Des. Carlos Cini Marchionatti. Publicação no DJ em 19/01/2006.

13. FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. *Condomínio em edifícios*. São Paulo: RT, 1988, p. 268.

14. *Ibidem*.

Enfim, estamos diante de um novo cenário a exigir uma ampla reflexão, sobre este importante evento que é a assembleia dos condôminos, haja vista sua importância como órgão máximo deliberativo e soberano para ditar a vontade da maioria. Não obstante sua importância, é fato social, para quem de alguma forma milita neste ambiente, o problema crônico da ausência de substancial parcela de condôminos à assembleia.

Fato preocupante, haja vista que as deliberações tomadas por uma minoria – muitas de relevância – obrigam a todos os condôminos. Romeo Boettcher sublinha o problema: “muitos são os condôminos que não participam de reuniões assembleares, (...) ora por descaso, ora pelo receio da pressão que possam sofrer para assumir o cargo de síndico, e até de terem de participar do conselho consultivo ou fiscal”¹⁵.

Em artigo coletivo sobre as assembleias virtuais, Alfredo Rizkllah e outros declaram que “em comum todas (as assembleias) apresentam o problema crônico e notório da ausência de substancial parcela dos condôminos, a indicar claramente a falta de senso social no trato de questões comunitárias, ainda que digam direta ou indiretamente com o interesse dos próprios membros”¹⁶. Referidos autores, se perfilham àqueles que entendem que as assembleias de condomínio podem ser validamente instaladas e realizadas por meio da internet. “Se a lei estabelece que o síndico deverá convocar, anualmente, ‘reunião da assembleia de condôminos’, na forma prevista na convenção (art. 1.350 CCB) e se ao condômino é assegurado o direito de ‘votar nas deliberações da assembleia e delas participar, estando quite’ (art. 1.335 CCB), nada impede que o comparecimento se dê pela internet e ali sejam discutidas e votadas as matérias da ordem do dia.”



Deverá a convenção de condomínio contemplar expressamente a possibilidade de realização de assembleia condominial virtual.

Trata-se, sem dúvida, de instrumento eficaz à realidade dos condomínios contemporâneos do século XXI, adequado especialmente aos condomínios corporativos, empresariais, logísticos e condo-hotéis, na medida em que

15. BOETTCHER, Romeo. *Estou síndico. E Agora?!?* 2ª ed. Porto Alegre: AGE, 2014, p. 11.

16. RIZKALLAH JR, Alfredo; SILVA, Ângela dos Santos; ALVARENGA, Benedita de Jesus; LISBOA, Fernanda Pereira; WAGNER, Michel Rosenthal. “Assembleias virtuais em condomínios”. Disponível em: <http://lares.org.br/Anais2012/images/660-917-2-RV.pdf>.

possibilita que os condôminos – não importando a sua distância do imóvel adquirido – possam, por meio da internet, participar do evento assemblear, discutir as matérias da ordem do dia e deliberar. O local da assembleia passa, então, a ser o ambiente virtual.

Sendo o ambiente virtual uma das alternativas de local de realização da assembleia, deverá a convenção de condomínio contemplar expressamente a possibilidade de realização de assembleia condominial virtual, bem como detalhar todos os procedimentos necessários para que esta tenha plena validade jurídica. Neste sentido, deve-se destinar especial atenção aos requisitos da certificação digital, à declaração de voto por meio eletrônico, ao ambiente seguro para navegação, ao envio e recepção de documentos eletrônicos, além de treinamento, capacitação e adesão de todos os envolvidos.

Outra hipótese é estabelecer na convenção um modelo híbrido ou misto, no qual o condômino possa participar de forma virtual ou presencial. Tal alternativa, está mais alinhada com nossa legislação, na qual a noção de assembleia está associada à reunião presencial.

4. Classificação das Assembleias: Ordinárias, Extraordinárias e Particulares

Infere-se dos artigos 1.350 e 1.355 do Código Civil que as reuniões assembleares de natureza condominial são classificadas em duas categorias: *Ordinárias e Extraordinárias*.

As assembleias ordinárias, nos termos do art. 1.350 do CCB, deverão ser convocadas pelo Síndico: “Convocará o Síndico, anualmente, reunião da assembleia dos condôminos, na forma prevista na convenção, a fim de aprovar o orçamento das despesas, as contribuições dos condôminos e a prestação de contas e eventualmente eleger-lhe o substituto e alterar o regimento interno”. Sendo assim, constituem como as mais relevantes funções da assembleia geral ordinária: (a) Aprovar as verbas para as despesas do condomínio, bem como apreciar a prestação de contas do Síndico; (b) Eleger o síndico, o conselho consultivo e os subsíndicos ou substitutos (se houver); (c) Alterar o Regimento Interno.

Compartilhamos o entendimento de J. Nascimento Franco¹⁷, segundo o qual a atuação da assembleia ordinária não está limitada aos assuntos referidos no artigo 1.350 do Código Civil. “Outras questões nela podem ser discutidas e decididas desde que haja quórum necessário e constem

¹⁷ FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*, op. cit., p. 93.

expressamente da ordem do dia, ou que sejam do interesse do condomínio, tais como a aprovação do administrador escolhido pelo síndico etc.". Seria privilegiar demasiadamente o formalismo em detrimento do bom e regular funcionamento do condomínio engessar os assuntos a serem tratados na assembleia ordinária. Explica o eminente jurista que a lei fala em assembleia extraordinária justamente na presunção de que a matéria, por ser urgente, não poderia aguardar a reunião anual dos condôminos¹⁸.

As competências atribuídas à assembleia geral extraordinária estão igualmente expressas no Código Civil, nos arts. 1339, § 2º; 1.341, §§ 2º e 3º; 1.342; 1343; 1349; 1351 e 1357, podendo ser assim elencadas: (a) Deliberar sobre alienação a terceiro, de parte acessória de unidade autônoma por seu proprietário; (b) para tomar ciência ou deliberar sobre obras no edifício; (c) para deliberar sobre obras nas partes comuns; (d) para deliberar sobre a construção de outro pavimento ou de outro edifício no solo comum; (e) para deliberar sobre a destituição do síndico; (f) para deliberar sobre a alteração da convenção condominial, mudança na destinação do edifício ou de unidade autônoma; (g) para deliberar sobre reconstrução ou venda da edificação em ruína, ou destruída total ou consideravelmente.

Por certo, esta relação não esgota todas as hipóteses em que deve ser convocada uma assembleia geral extraordinária. Sempre que algum fato urgente deva ser discutido e deliberado pela comunidade condominial a assembleia extraordinária deverá ser convocada.

As assembleias gerais cuja competência é mais ampla serão convocadas pelo síndico, pelo conselho ou por condôminos que representem um quarto no mínimo do Condomínio, sempre que houver interesse, desde que o assunto conste expressamente da convocação.

Nos termos dos artigos 1.348, I, e 1.350 do CCB, as assembleias ordinárias deverão ser obrigatoriamente realizadas uma vez a cada doze meses, ainda que a duração do mandato do síndico seja por tempo superior¹⁹. Já as assembleias extraordinárias não têm periodicidade definida – são eventuais e facultativas – e serão realizadas sempre que houver necessidade de apreciar assuntos específicos que demandem urgência de solução.

J. Nascimento Franco chama atenção para a possibilidade de convocação de assembleias particulares: "Além da Assembleia Geral ordinária, da extraordinária, admite-se também a convocação de assembleias que interessam apenas a alguns condôminos. Essa modalidade de reunião, a que os juristas franceses denominam de 'Assembleia Particular', tem lugar nos condomínios divididos em setores independentes (apartamentos, lojas, garagens, etc.)"²⁰. Explica o eminente jurista que nestes casos as despesas das unidades pertencentes a estes setores específicos são rateadas única e

18. *Ibidem*.

19. Código Civil, art. 1.347. "A assembleia escolherá um síndico, que poderá não ser condômino, para administrar o condomínio, por prazo não superior a dois anos, o qual poderá renovar-se."

20. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio, op. cit.*, p. 94.



Essa modalidade de reunião, a que os juristas franceses denominam de ‘Assembleia Particular’, tem lugar nos condomínios divididos em setores independentes (apartamentos, lojas, garagens, etc.).

exclusivamente entre estas unidades, de forma que só cabe a estes discutir sobre o respectivo orçamento, ressalvado sempre ao Síndico e à assembleia geral o poder de revisão de qualquer deliberação que direta ou indiretamente interfira com os interesses globais do condomínio. Nesta senda, perfeitamente adequam-se as chamadas assembleias específicas dos subcondomínios.

5. Formas de Convocação: Convencionais e Alternativas

Não está expressa na lei a forma pela qual as assembleias devam ser convocadas. Entretanto, o Código Civil dá ênfase ao fenômeno no art. 1354: “A Assembleia não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados para a reunião”. Caberá à convenção de condomínio regular o modo da convocação da Assembleia, por exemplo, por edital, carta protocolada, telegrama ou mesmo através de formas alternativas de convocação como o e-mail ou aplicativos de mensagens como o *Whatsapp*. Ressalta-se, contudo, que as formas alternativas de convocação só devem ser adotadas se for possível atestar de forma cabal o recebimento da convocação pelo destinatário. A tarefa, então, será de que todos os condôminos sejam, comprovadamente e a tempo, convocados para a reunião assemblear.

“

Outras soluções interessantes são os Portais de Divulgação na Internet, recurso que vem sendo utilizado em condomínios de grandes dimensões e multiplicidade de proprietários, aonde estes podem acessar e obter todas as informações acerca das datas e assuntos a serem tratados nas assembleias.

Nos condomínios de grande porte ou localizados em cidades distantes do local onde se realizará a assembleia, convém que se publique edital em jornal de

grande circulação de forma que se dê a mais ampla publicidade à realização do evento. Outras soluções interessantes são os Portais de Divulgação na Internet, recurso que vem sendo utilizado em condomínios de grandes dimensões e multiplicidade de proprietários, aonde estes podem acessar e obter todas as informações acerca das datas e assuntos a serem tratados nas assembleias. Embora não cumpram por si só as exigências legais atinentes à convocação, tem-se mostrado muito efetivos em dar conhecimento do evento assemblear, mobilizando a participação de um número maior de condôminos.

Acerca de um prazo mínimo a ser obedecido entre a data da convocação da assembleia e a data de realização da assembleia, segundo Arnaldo Rizzardo, não existe mandamento legal que determine um interstício mínimo²¹. Certo é que a nenhum condômino pode ser inviabilizada a participação no encontro assemblear motivado pelo atropelo contido no instrumento convocatório. Em não existindo cláusula convencional a respeito, tem sido a praxe adotar o espaço de tempo de 08 (oito) dias corridos entre a data da convocação e a data da reunião da assembleia geral, por analogia ao prazo previsto para as reuniões assembleares das sociedades anônimas (art. 124 da Lei nº 6.404, de 1976). Todavia, se a Convenção determinar um prazo mínimo, este deve ser observado, a teor do precedente jurisprudencial da 3ª Câmara de Direito Privado do TJSP, Ap. Cível 218.665-2: “A regra que estipula prazo mínimo de convocação de assembleia extraordinária em condomínio não é uma mera burocracia, mas sim, requisito de certeza de que conta o interessado com prazo razoável para garantir sua presença nesse importante ato”.

No edital, deverão constar a ordem do dia, a data, a hora, e o local da reunião, sob pena de nulidade da assembleia. É inadmissível que aspectos de relevância não constem da matéria a ser deliberada, e se incluam entre os assuntos gerais.

O item “Assuntos Gerais”, como preceitua Romeo Boettcher, não pode ser usado para suprir omissões da ordem do dia do instrumento convocatório, nem servir como suporte para serem deliberadas, por exemplo, a cobrança de quotas extraordinárias²². A instituição de novas obrigações por deliberações deste tipo são inaplicáveis e passíveis de anulação, por ferirem o princípio da publicidade.

6. Quóruns de Instalação e de Deliberação

As votações nos condomínios edilícios estão sujeitas à existência de *quórum*. O quórum de instalação é o número mínimo de pessoas que deverão estar presentes ao evento assemblear para que se possa tomar certos tipos

21. RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária*, op. cit., 669.

22. BOETTCHER, Romeo. *Estou síndico. E Agora?!*, op. cit., p. 53.

de deliberação. O quórum de deliberação dependerá do tipo de deliberação a ser tomada e poderá ser: a simples, quando as deliberações podem ser tomadas pela maioria simples dos votos dos condôminos, presentes na reunião assemblear; a qualificada, quando as deliberações devem ser tomadas pela unanimidade, três quartos, dois terços ou maioria absoluta, e conforme o caso, a totalidade dos condôminos do condomínio.

A exigência da maioria qualificada não se presume. O art. 1.334 do CCB é explícito no sentido de que: “Além das cláusulas referidas no art. 1.332 e das que os interessados houverem por bem estipular, a convenção determinará: (...) (III) – A competência das assembleias, forma de sua convocação e quórum exigido para as deliberações.”

Logo, a regra geral é a da maioria simples dos votos dos condôminos presentes, salvo quando exigido quórum especial. Nos termos do art. 1.352 do CCB: “Salvo quando exigido quórum especial, as deliberações da assembleia serão tomadas em primeira convocação, por maioria dos votos dos condôminos presentes que representem pelo menos metade das frações ideais”. Não se completando o quórum mínimo de instalação, o art. 1.353 do CCB permite que “Em segunda convocação, a assembleia poderá deliberar por maioria dos votos dos presentes, salvo quando exigido quórum especial”.



Logo, a regra geral é a da maioria simples dos votos dos condôminos presentes, salvo quando exigido quórum especial.

Os quóruns para as deliberações especiais não poderão ser alterados pela convenção de condomínio, senão para ampliá-los, se assim decidirem os condôminos, que no uso de sua autonomia privada tem ampla liberdade para assim fazê-lo²³.

De fato, o legislador promoveu uma ampliação da autonomia privada, de modo que os condôminos pudessem ter maior liberdade no estabelecimento dos quóruns para os diversos tipos de votação.

Os quóruns especiais do Código Civil que deverão ser observados, são os seguintes: (a) O voto de dois terços dos condôminos para a realização de obras, se voluptuárias; (b) O voto de dois terços dos condôminos para realização de obras, em partes comuns, em acréscimos às já existentes, a fim de lhes facilitar ou aumentar a utilização; (c) O voto da totalidade dos condôminos para a construção de outro pavimento ou, no solo comum, de outro edifício, destinado a conter novas unidades imobiliárias; (d) O voto da maioria absoluta dos condôminos para destituir o síndico que praticar

23. Nesse sentido, o precedente da 4a. Turma do STJ: Recurso Especial n. 1.169.865. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Publicado no DJe em 02/09/2013.

irregularidades, não prestar contas, ou não administrar convenientemente o condomínio; (e) O voto de dois terços dos condôminos para a alteração da convenção de condomínio; (f) O voto da totalidade dos condôminos para a mudança de destinação do edifício ou da unidade imobiliária; (g) O voto de metade mais uma das frações ideais para deliberar sobre a reconstrução ou venda nos casos em que a edificação for total ou consideravelmente destruída ou ameace ruína.

7. As Nulidades: Absolutas e Relativas (as Anulabilidades)

Para a validade das assembleias gerais e de suas deliberações deverão ser atendidos todos os seus requisitos essenciais. Se forem desobedecidas as normas legais ou as constantes da convenção de condomínio, estaremos diante de uma nulidade.

Como atos jurídicos que são, a validade das deliberações assembleares deve ser analisada à luz da teoria geral das nulidades do direito civil, com atenção ao disposto nos arts. 166 a 184 da Parte Geral do Código Civil.

Em consonância com a melhor doutrina, o termo invalidade, *lato sensu*, é empregado para designar o ato que, por estar eivado de algum vício, ou não produz os efeitos que as partes desejaram (nulidade absoluta) ou os produz somente enquanto não lhe for decretada a anulação, dentro do prazo decadencial para tanto (nulidade relativa ou anulabilidade).

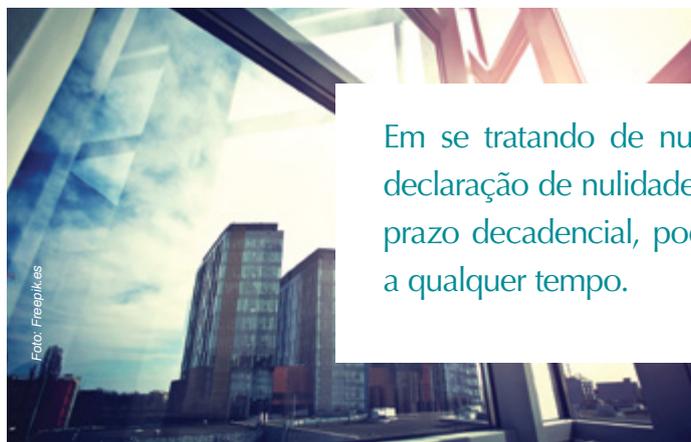
Com relação às nulidades absolutas, embora não preveja o Código Civil as causas de nulidade da assembleia geral, o artigo 1.354 prevê que ela não poderá deliberar se todos os condôminos não forem convocados. Logo, se não for observada esta condição, estaremos diante de um caso de nulidade da deliberação que vier a ser tomada no âmbito desta assembleia.

Isso ocorre porque o dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 166, inciso VII, *in fine*, do CCB, o qual dispõe que o negócio jurídico é nulo quando a lei proibir-lhe a prática sem lhe cominar sanção (nulidade implícita ou virtual).

Em se tratando de nulidade absoluta, a declaração de nulidade não se submete a prazo decadencial, podendo ser alegada a qualquer tempo. Além disso, a alegação de nulidade absoluta não depende de ação própria, podendo ser suscitada incidentalmente em processo judicial e, até mesmo, ser reconhecida de ofício pelo juiz, tal como já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, no RESP 325.895/RJ²⁴. Nesta ocasião, o Relator

²⁴. REsp 325.895/RJ, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 06/12/2001, DJ 08/04/2002, p. 3.

Ministro Ruy Rosado de Aguiar expressou entendimento de que, em caso de nulidade de deliberação assemblear, a defesa do réu pode ser até mesmo apresentada independentemente de reconvenção ou do uso de outra ação.



Em se tratando de nulidade absoluta, a declaração de nulidade não se submete a prazo decadencial, podendo ser alegada a qualquer tempo.

Quanto à forma de convocação dos condomínios para a assembleia, uma vez que a lei não a especifica, cabe à convenção de condomínio explicitá-la. Caso não haja exigência convencional, até as cartas simples podem ser utilizadas, como já decidiu o STJ, no REsp nº 801.295/SP:²⁵ “I – A exigência de carta registrada ou protocolar para convocação da assembleia geral do condomínio, nos termos do artigo 49, § 2º, da Lei nº 4.591/64, diz respeito tão-somente ao período em que o edifício está em construção. II – Validade da assembleia convocada por carta simples, em condomínio habitado. Recurso não conhecido, com ressalva quanto à terminologia.” Não obstante, é de bom alvitre que a convocação seja feita por escrito e colhida alguma prova de seu recebimento.

Para além da interpretação sistemática acima indicada, J. Nascimento Franco entende que mesmo a inexistência de disposição expressa do Código acerca das nulidades das assembleias condominiais poderia ser suprida pelos princípios gerais do direito comum, “notadamente os relativos às Assembleias das Sociedades Anônimas”²⁶, previstos na Lei 6.404/76 (Lei das S.A.).

As nulidades mais recorrentes em assembleias condominiais são aquelas decorrentes de vícios na instalação e nas suas deliberações, especialmente aquelas que exigem quórum especial, ou mesmo casos de abuso na condução dos trabalhos. Outras situações comuns são as deliberações não constantes na ordem do dia, ao abrigo indevido do item dos “Assuntos Gerais”, o qual não se presta a tanto.

Não há como enumerar exaustivamente todos os casos de nulidade, pois

²⁵. REsp 801.295 / SP, Rel. Ministro Castro Filho, Terceira Turma, julgado em 21/02/2006, DJ 24/04/2006.

²⁶. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*, op. cit., p. 151.

podem advir das mais diversas hipóteses. Por exemplo, Mário Benderski considera anuláveis as deliberações tomadas em reuniões tumultuadas, ou naquelas em que a presidência age de forma confusa, forçando deliberações em determinado sentido²⁷.



A consequência da declaração da nulidade da assembleia será a restauração de efeitos daquela imediatamente anterior, até que uma nova possa ser realizada.

A consequência da declaração da nulidade da assembleia será a restauração de efeitos daquela imediatamente anterior, até que uma nova possa ser realizada. Trata-se do entendimento do STJ, conforme AgRg no REsp 1212870/DF: “A declaração de nulidade da assembleia impugnada repristina a anterior até que outra possa sucedê-la”²⁸.

Importante apontar que eventuais irregularidades poderão gerar a nulidade apenas parcial da assembleia, ressaltando-se que a nulidade de uma parte não atingirá a parte válida, se esta for separável. Trata-se da aplicação do “Princípio da Conservação dos Atos Jurídicos”, cuja previsão legal expressa encontra-se no art. 184 do Código Civil²⁹.

Como bem pontua J. Nascimento Franco, esta regra permite conciliar a continuação da assembleia e a validade das deliberações não contagiadas de nulidade.

Ademais, “no caso de nulidade de um ou mais votos, a deliberação subsiste quando, excluídos os votos viciosos, os restantes bastam para aprová-la.”³⁰

Outro princípio a ser destacado é o de que inexistente nulidade sem prejuízo (“*pas de nullité sans grief*”), previsto expressamente no art. 277 do Novo Código de Processo Civil³¹. Por meio da aplicação de tal princípio, deixa-se de lado o formalismo exagerado e sem objetivo prático, em prol da função social do condomínio e de suas deliberações.

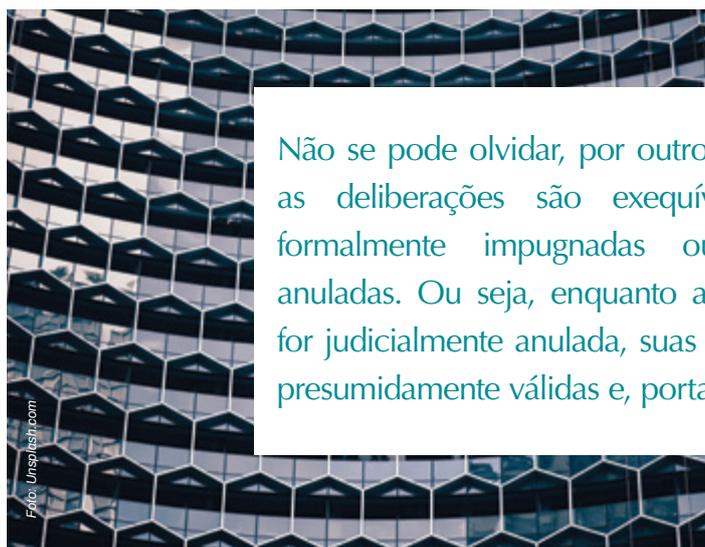
27. BENDERSKI, Mário *apud* FRANCO, João Nascimento; GONDO, Nisske. *Condomínio em edifícios*, *op. cit.*, p. 271.

28. AgRg no REsp 1.212.870/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Turma, julgado em 05/06/2014, DJe 17/06/2014.

29. Art. 184. Respeitada a intenção das partes, a invalidade parcial de um negócio jurídico não o prejudicará na parte válida, se esta for separável; a invalidade da obrigação principal implica a das obrigações acessórias, mas a destas não induz a da obrigação principal.

30. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio*, *op. cit.*, p. 153.

31. Art. 277. Quando a lei prescrever determinada forma, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade.



Não se pode olvidar, por outro lado, que todas as deliberações são exequíveis até serem formalmente impugnadas ou judicialmente anuladas. Ou seja, enquanto a assembleia não for judicialmente anulada, suas deliberações são presumidamente válidas e, portanto, exequíveis.

Com relação às nulidades relativas (as anulabilidades), cumpre destacar que são aplicáveis, às assembleias, a disciplina legal referente aos defeitos dos negócios jurídicos previstos no art. 171 do CCB³². O prazo decadencial para anulação das deliberações assembleares eivadas de tais vícios de consentimento é de quatro anos (art. 178, CCB).

Não se pode olvidar, por outro lado, que todas as deliberações são exequíveis até serem formalmente impugnadas ou judicialmente anuladas. Ou seja, enquanto a assembleia não for judicialmente anulada, suas deliberações são presumidamente válidas e, portanto, exequíveis.

Com efeito, o estado-juiz não pode autonomamente intervir no condomínio, em razão do princípio da inércia da jurisdição. Entendimento pacífico dos nossos tribunais é que caberá ao condômino promover ação própria para se insurgir contra deliberação que entende viciosa.

A ação judicial, de procedimento comum, terá natureza desconstitutiva e será denominada “ação anulatória”, em caso de nulidade relativa (anulabilidade) ou então “ação declaratória de nulidade”, em se tratando de nulidade absoluta.

Tal demanda pode ser proposta por qualquer condômino, ainda que seja promitente comprador ou cessionário desses direitos (art. 1.334, § 2º, do CCB) e até pelo locatário, nos termos da Lei nº 9.276/1996. Quanto ao polo passivo, a ação é dirigida contra o condomínio, representado pelo síndico, não sendo litisconsortes necessários os condôminos deliberantes, “já que a votação, uma vez tomada, é considerada como expressão da vontade da coletividade condominial e não de seus participantes”³³.

32. Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

I - por incapacidade relativa do agente;

II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

33. FRANCO, João Nascimento. *Condomínio, op. cit.*, p. 155.

Por uma questão de legitimidade ativa e de interesse jurídico, o sucessor a qualquer título não pode propor ação anulatória de assembleia ocorrida anteriormente à sua aquisição da unidade, a menos que suas deliberações tenham irradiado reflexos e efeitos futuros que lhe atinjam diretamente.

Importante ainda que se diga: o Poder Judiciário não adentrará ao mérito das discussões condominiais. Como bem preleciona J. Nascimento Franco: “Ao decidir tais questões, o Judiciário se limita a verificar a legalidade do ato questionado, especialmente a regularidade da convocação e da realização da assembleia, pois o mérito propriamente dito constitui matéria *interna corporis* submissa apenas à deliberação daquele órgão, que considerado como a expressão mais alta e autêntica da vontade condominial”³⁴.

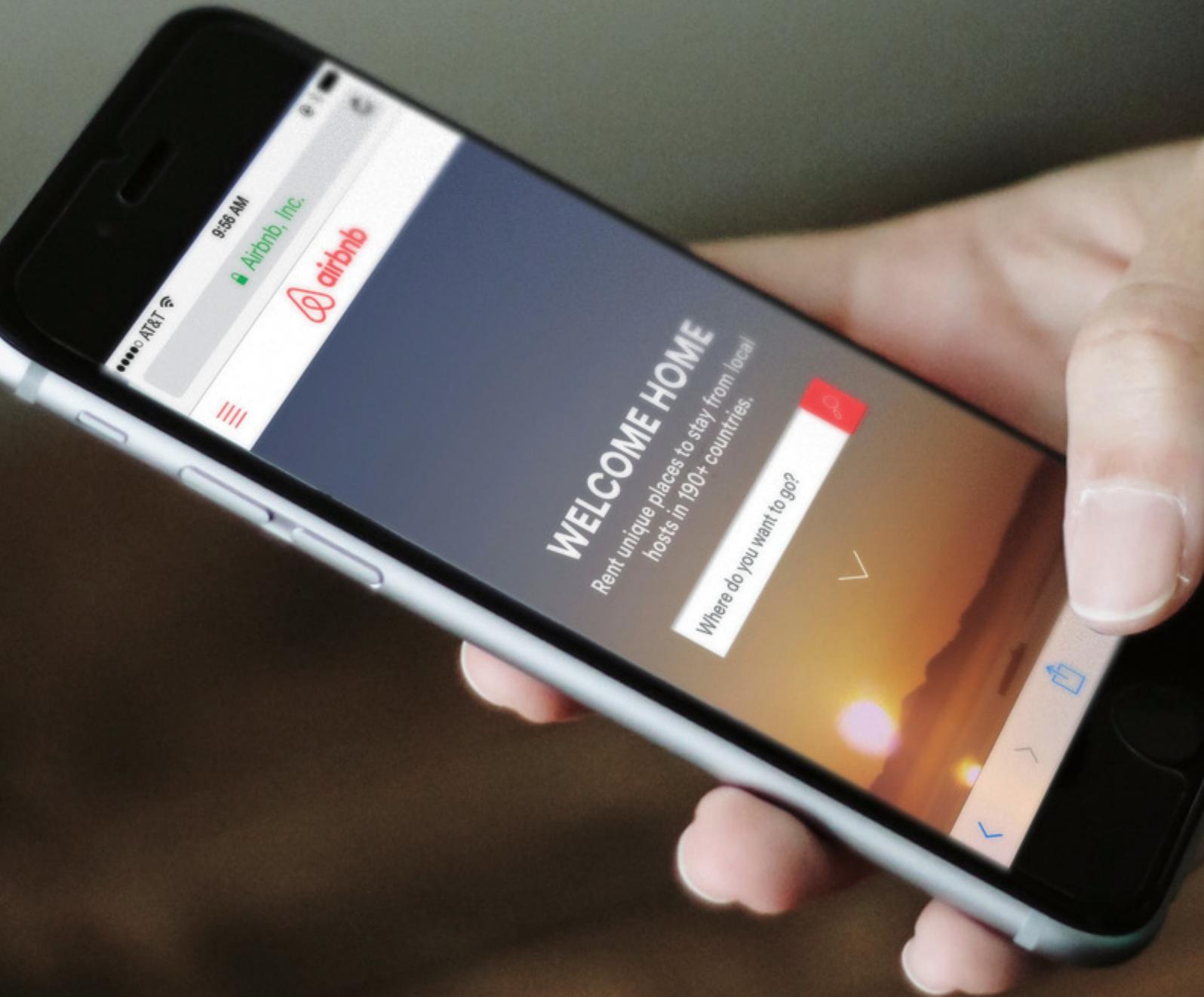
Considerações finais

O bom entendimento da assembleia geral do condomínio edilício por aqueles que militam na área imobiliária ou de alguma forma vivenciam problemáticas no âmbito dos condomínios, sem dúvida auxiliará na redução de conflitos e na almejada paz social. Enaltecemos este ponto pois não raro nos deparamos com situações conflituosas originadas da inobservância da legislação ou da melhor hermenêutica quando se trata de interpretar os dispositivos legais que regem a matéria, extraíndo sua essência e motivação.

O direito serve substancialmente a promover a paz social, promovendo a justiça. Esta máxima deve permear o entendimento sobre a matéria sob enfoque, especialmente quando, ao que tudo indica, o mundo caminha para a economia do compartilhamento, e o condomínio edilício é a forma de vida social que mais se desenvolveu nestas últimas décadas.

Por esta razão, conhecer profundamente a matéria das assembleias de condomínio, é de vital importância para o sucesso deste evento, o qual é, ao nosso sentir, verdadeiro exercício da liberdade de expressão e da democracia.

34. *Ibidem*, p. 357.



AT&T 9:58 AM

Airbnb, Inc.



WELCOME HOME

Rent unique places to stay from local hosts in 190+ countries.

Where do you want to go?



A locação por temporada e os aplicativos de compartilhamento de imóveis:

REFLEXOS JURÍDICOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

Por Fernanda MURARO BONATTO

Resumo

A locação de imóveis por temporada não constitui uma novidade no nosso sistema jurídico. Entretanto, esse tipo de contrato, que se caracteriza por situações residenciais transitórias (aluguel de imóvel para lazer, viagens a trabalho, cursos, ou tratamento de saúde), ganhou nova relevância com o surgimento de aplicativos e plataformas *on-line* de compartilhamento de imóveis, como o *AirBnb*. A fim de abordar esse tema, o presente artigo analisa, primeiramente, o componente econômico subjacente a este fenômeno, delineando os principais pontos da chamada economia do compartilhamento. Num segundo momento, é feita análise da legislação brasileira no assunto com o objetivo de buscar o melhor enquadramento jurídico dos contratos de locação por temporada firmados via plataformas e aplicativos. Por fim, reunimos as principais dúvidas que esse tipo de locação pode gerar no âmbito dos Condomínios, apresentando sugestões que, no nosso entender, podem auxiliar a contornar certas situações potencialmente problemáticas.

Introdução

A locação de imóveis por temporada é uma forma de locação residencial muito tradicional e bastante difundida entre os brasileiros. Trata-se do instrumento jurídico ideal para locar um imóvel para uso residencial por períodos curtos (não superior a noventa dias). A locação por temporada, portanto, presta-se justamente para situações residenciais transitórias que envolvem lazer, férias, viagens a trabalho, cursos, ou tratamento de saúde.

Ocorre que esta forma de locação tem ganhado novos e inesperados contornos com o surgimento de aplicativos e plataformas on-line de compartilhamento de imóveis à exemplo de sites como *AirBnb*, *Booking*, *Expedia*, *Trivago*, *Home Away*, *HouseTrip*, etc. Se antes do advento dessas plataformas as pessoas recorriam aos classificados ou às agências imobiliárias para procurar o imóvel desejado ou mesmo para disponibilizar sua propriedade para locação por temporada, na atualidade, basta acessar um aplicativo através de celular para disponibilizar sua propriedade ou encontrar (e reservar) imóveis dos mais variados tipos, nos mais variados destinos e em qualquer faixa de preço¹.

Muitos podem pensar, de forma simplista, que apenas o canal mudou, ou seja, que plataformas como o *AirBnb* nada mais são do que versões virtuais das imobiliárias e classificados dos jornais. Entretanto, o surgimento desses aplicativos representa um importante viés de um fenômeno mais amplo: o fortalecimento da chamada economia do compartilhamento, sobre a qual discutiremos no **Ponto n.1** do presente artigo. Assim, justamente por constituírem um componente de um movimento econômico recente e inovador, essas plataformas e aplicativos acarretam para a prática jurídica diversos questionamentos e inquietações.

Como primeiro questionamento: é possível distinguir juridicamente esse tipo de locação das formas tradicionais de hospedagem? Isso porque, os sites que citamos acima baseiam seu *marketing* no conceito de “nova forma de hospedagem”, apropriando-se do vocabulário característico da área hoteleira, fazendo uso de expressões como *hosts* (anfitriões) e *guests* (hóspedes) para identificar os atores desse mercado. Por óbvio que os usuários (inquilinos e proprietários) sabem que os imóveis ali anunciados não são hotéis e nem poderiam sê-lo, mas o apelo ao imaginário da hotelaria e da hospedagem pode induzir a enquadramentos jurídicos imprecisos. No **Ponto n.2** do presente artigo apresentaremos a legislação brasileira no assunto, a fim de alcançarmos um enquadramento jurídico dos contratos firmados via plataformas e aplicativos como o *AirBnb*.

Além disso, os aplicativos de locação de imóveis por temporada têm provocado diversas discussões no âmbito dos condomínios. Síndicos,

1. Quando empregamos a expressão “qualquer faixa de preço” queremos abranger, inclusive, as plataformas que congregam os proprietários de imóveis que compartilham suas residências de forma gratuita. O site *Couchsurfing* atua exclusivamente nesse segmento de hospedagem gratuita, conectando pessoas que desejam hospedar-se sem gastos e anfitriões que desejam receber pessoas de todos os lugares do mundo.

administradoras condominiais, condôminos, proprietários e inquilinos temporários, todos *players* involuntários desse novo mercado, veem-se cercados de dúvidas a respeito da possibilidade/necessidade de impor limites aos contratos de locação por temporada via aplicativos. Poderia, em tese, um condomínio decidir em assembleia ou mesmo instituir em sua Convenção a proibição total da oferta de suas unidades no *AirBnb* e plataformas afins? Tal situação não importaria na imposição de limites ilegais ao direito de propriedade dos condôminos com anúncios no *AirBnb* ou no *Booking*, por exemplo? E quando a exploração de unidades em sites de locação de imóveis por temporada é tão frequente e sistemática por parte dos proprietários que tem o condão de desvirtuar o caráter residencial do Condomínio, transformando o uso e destinação residencial daquela unidade? Fato é que, na imensa maioria das situações, os Condomínios, seus síndicos e administradores, não estão preparados para lidar com questionamentos dessa ordem.

Por outro lado, em contraste com os Condomínios residenciais que não estão preparados para a “onda” de compartilhamento de suas unidades, já é possível encontrar no mercado imobiliário exemplos de empreendimentos concebidos desde a origem para a destinação de suas unidades nos sites de locação de imóveis por temporada. Nesses casos, não é apenas o projeto arquitetônico que é estruturado para essa nova realidade, mas também há uma preocupação com as regras condominiais colocadas na Convenção e Regimento Interno. Assim, a Convenção é concebida desde o início para ordenar essas questões, acomodando interesses tanto de proprietários que visam residir definitivamente em seus imóveis, quanto de proprietários que adquiriram sua unidade com o intuito de explorá-la economicamente em plataformas de locação por temporada. Abordaremos no **Ponto n. 3** os problemas e desafios que os Condomínios têm enfrentado nesta seara, apresentando algumas sugestões que, no nosso entender, podem auxiliar a contornar certas situações potencialmente problemáticas.

1 • A economia do compartilhamento

Conforme dissemos acima, a proliferação de sites e aplicativos destinados ao compartilhamento de imóveis entre os seus usuários (*guests* e *hosts*), não deve ser entendida como uma simples transposição da realidade pré-existente para o mundo virtual, ou seja, não se trata apenas de transportar para a internet

“A economia compartilhada é o comércio com a promessa de conexão humana”

Joe Gebbia, co-fundador do *AirBnb*

os velhos classificados publicados aos domingos no caderno de imóveis dos jornais ou a vitrine repleta de anúncios das agências imobiliárias.

Em realidade, estamos diante de um fenômeno novo, que acrescenta uma nova camada de complexidade aos negócios jurídicos tradicionais, como é o caso da locação por temporada. Esta camada extra responde, atualmente, pela alcunha de “economia do compartilhamento”.

A economia do compartilhamento também conhecida como *sharing economy*, é de difícil definição. Selecionamos os critérios adotados pela renomada pesquisadora no assunto, Rachel Botsman, para identificarmos se determinada atividade/empresa pode ser reconduzida à categoria de “economia do compartilhamento”.



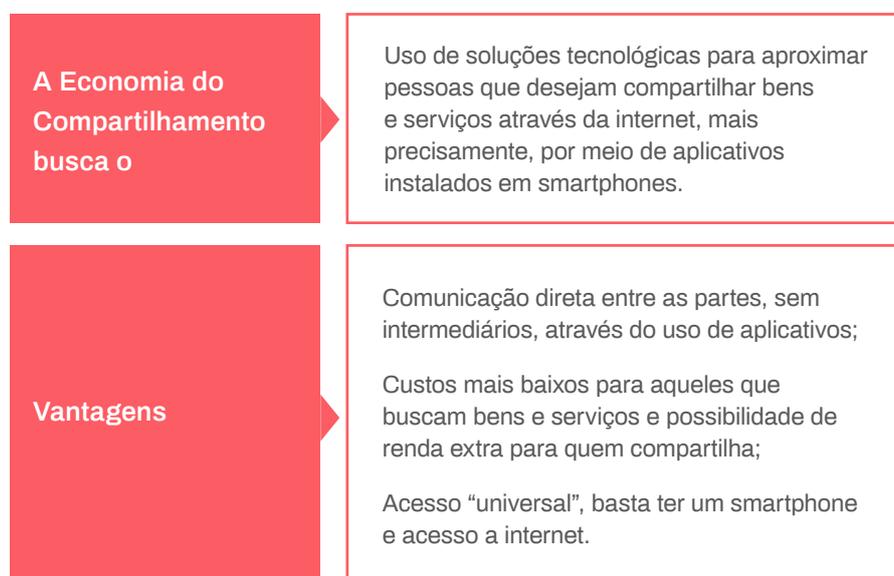
Em realidade, estamos diante de um fenômeno novo, que acrescenta uma nova camada de complexidade aos negócios jurídicos tradicionais, como é o caso da locação por temporada. Esta camada extra responde, atualmente, pela alcunha de “economia do compartilhamento”.

No entender da pesquisadora devem estar presentes as seguintes características: *(i)* o aproveitamento de bens ou recursos ociosos, seja de forma gratuita ou onerosa; *(ii)* a empresa deve atuar segundo valores e princípios éticos; *(iii)* tanto fornecedores quanto os consumidores/clientes devem ser respeitados e valorizados, pois os fornecedores, muitas vezes, dependem economicamente da atividade de compartilhamento e os clientes/consumidores, por outro lado buscam acesso ao invés de propriedade; *(iv)* o compartilhamento deve ocorrer por meio de plataformas que permitam o surgimento de um sentimento de “pertencimento”, na qual a coletividade de usuários pode colaborar mutuamente, dividindo informações, avaliações, imagens e demais dados que possam permitir aos usuários a tomada de decisão².

². A listagem desses critérios e várias outras informações sobre a economia do compartilhamento podem ser acessadas no link: <https://www.fastcompany.com/3046119/defining-the-sharing-economy-what-is-collaborative-consumption-and-what-isnt> . Recomendamos também os *TED Talks* da autora Rachel Botsman sobre o assunto: https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_case_for_collaborative_consumption?language=pt-br e https://www.ted.com/talks/rachel_botsman_the_currency_of_the_new_economy_is_trust?language=pt-br

Este último requisito, ou seja, a existência de uma plataforma acessível a todos e sensível às necessidades de informação e segurança dos usuários é, sem dúvida, o grande diferencial da economia do compartilhamento. Ocorre que o surgimento de tais plataformas/aplicativos só foi possível com os recentes avanços da internet móvel, hoje amplamente acessível através dos smartphones.

De forma específica, os aplicativos de locação de imóveis por temporada nada mais são do que plataformas típicas da economia do compartilhamento, pois elas aproximam/interligam as pessoas que possuem imóveis ociosos das pessoas que desejam encontrar quartos, apartamentos, casas, etc, para alugar para fins de turismo, lazer, viagens a trabalho ou tratamento de saúde. A aproximação entre essas pessoas, também chamadas de *peers*, ocorre através da tecnologia proporcionada pelos smartphones e pela internet. Por isso, plataformas como o AirBnb são conhecidas como plataformas *peer-to-peer*: de indivíduo para indivíduo.



Os aplicativos de aluguel de imóveis por temporada constituem, portanto, uma das vertentes da economia do compartilhamento. Esse fenômeno e suas características podem ser resumidas conforme as informações do quadro abaixo:

2 • Locação por temporada ou meio de hospedagem?

As plataformas de compartilhamento de imóveis apoiam seus discursos de divulgação em expressões como: a “realização de férias dos sonhos”, “acessibilidade de viagens”, “lazer ao seu alcance”, “viaje de férias

e viva como um local”. Também é comum o apelo à possibilidade de compartilhamento de experiências junto aos residentes, com o oferecimento de pacotes de serviços independentes ou não da hospedagem, tais como: “caminhada cultural com um residente local” ou “aula de culinária com ingredientes da feira da vizinhança”³.

O produto que essas plataformas oferecem, portanto, não é apenas a dita “hospedagem” ou “acomodação” em casas e apartamentos, mas abrange outras camadas da experiência que as pessoas buscam ter ao viajar, especialmente para os membros da geração Y também conhecida como geração Millennial. Essa geração não se satisfaz com o mero consumo de produtos e serviços padronizados, ela busca por produtos e serviços que ofereçam experiências de vida ricas e duradouras.⁴

Diante de tantas e multifacetadas características e componentes, surgem relevantes questões a respeito do correto enquadramento da relação jurídica estabelecida entre anfitrião e hóspede nessas plataformas de compartilhamento de imóveis. Os anfitriões seriam locadores ou estabelecimentos de hospedagem? E os hóspedes seriam meros inquilinos temporários ou clientes consumidores? Afinal de contas, quando falamos em enquadramento jurídico, o aluguel por aplicativos é uma locação por temporada ou é um meio de hospedagem? Vejamos o que diz a lei.

Quando falamos em locação de imóveis o texto legal de referência no Brasil é a Lei nº 8.245/1991, conhecida como Lei de Locações. Entretanto, também o Código Civil é aplicável em alguns casos excepcionais. E a própria Lei de Locações aponta quais são esses casos excepcionais (art. 1º, parágrafo único) e, ao fazê-lo, nos dá uma primeira pista: as locações “em apart-hotéis, hotéis-residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais autorizados a funcionar”⁵ são reguladas pelas regras colocadas no Código Civil, ficando afastada a incidência da Lei de Locações.

Assim, enquanto que apart-hotéis e similares são caracterizados pela prestação regular de serviços aos usuários e pela autorização para funcionamento, o que lhes confere caráter de atividade comercial/

3. O *AirBnb* tem apostado em produtos alternativos à oferta de imóveis para locação por temporada. Por isso, no site do *AirBnb*, ao lado do item “acomodações” é possível acessar também o item “experiências”, que oferece um verdadeiro menu de serviços a serem contratados no destino. Assim, do mesmo modo que é possível ofertar um imóvel no site e tornar-se um anfitrião é possível também ser um anfitrião de experiências, criando pacotes de serviços para os viajantes usuários do site.

4. A Geração Y, também denominada Geração Milênio (*millennial*) ou, ainda, Geração Internet, corresponde à geração de pessoas nascidas entre 1977 e 1997, que cresceu usando a internet, não tendo que se adaptar ao seu surgimento como ocorreu com as gerações precedentes (geração *baby boomers* – 1945 a 1964 - e a chamada geração X – 1965 a 1976). O pesquisador Don Tapscott, realizou ampla pesquisa com 10 mil pessoas representantes destas 3 gerações. O resultado de sua pesquisa está publicado no livro “A hora da geração digital: como os jovens que cresceram usando a internet estão mudando tudo, das empresas aos governos”, pela editora Agir. Segundo Tapscott (p. 51): “... os integrantes da Geração Internet estão transformando os mercados e o marketing, não apenas porque têm poder de compra e influência enormes. Eles também valorizam características diferentes de produtos e serviços e querem que as empresas criem experiências grandiosas. As maneiras que influenciam a si mesmos e a outras gerações são novas, e a mídia tradicional é ineficaz para atingi-los. (...) Em vez de consumidores, eles querem ser “prosumers” – co-criando produtos e serviços com os fabricantes.”

5. Conforme item 4, alínea a do parágrafo único do art. 1º da Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991).

empresarial, a dita “hospedagem” ou “acomodação” promovida nos sites de compartilhamentos de imóveis não possui essas características. É verdade que, em alguns casos, não é possível rejeitar completamente o argumento de que certos anfitriões/proprietários usam as plataformas com impressionante e sistemática regularidade, a ponto de alguns entenderem tratar-se de uma atividade comercial, mas nenhum dos proprietários/anfitriões precisa (ainda) de autorização oficial ou governamental para oferecer seus imóveis na rede, ao menos não no Brasil.⁶

Ademais, nos apart-hotéis, “há um misto de locação de coisa e locação de serviços, caracterizando, muito mais, um contrato atípico de hospedagem.”⁷ Desse modo, **como primeira pista ou traço indicativo**, a Lei de Locações desponta como a legislação aplicável à relação jurídica estabelecida entre anfitriões e hóspedes de plataformas de compartilhamento de imóveis, ficando afastada a aplicação das regras do Código Civil.

Reforçando essa posição, e apontando na direção de uma **segunda pista**, temos o conceito de meio de hospedagem posto na Lei Geral de Turismo (Lei n. 11.771/2008). Para os efeitos desta legislação consideram-se como prestadores de serviços turísticos as sociedades empresárias, sociedades simples e os empresários individuais que exerçam atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo. Tais atividades são elencadas no art. 21 da Lei ⁸, sendo que uma dessas atividades é a de meio de hospedagem.

A legislação vai adiante e define, em detalhes, o que é considerado meio de hospedagem: “Consideram-se meios de hospedagem os empreendimentos ou estabelecimentos, independentemente de sua forma de constituição, destinados a **prestar serviços de alojamento temporário, ofertados em unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede**, bem como outros serviços necessários aos usuários, denominados de **serviços de hospedagem**, mediante adoção de **instrumento contratual, tácito ou expresso, e cobrança de diária.**” ⁹

Portanto, segundo o conceito estabelecido pela Lei Geral de Turismo,

⁶. Em outubro de 2016 o Estado de Nova Iorque aprovou legislação que proíbe o anúncio de apartamentos e casas para uso exclusivo do inquilino em plataformas como o *AirBnb* por período inferior a trinta dias, sob pena de multa. Por outro lado, essa limitação de tempo não é exigida se o proprietário aluga apenas os quartos da residência, desde que permaneça no imóvel durante a estadia do inquilino. Assim, se o proprietário de fato compartilhar o imóvel com seu inquilino pode anunciar seu imóvel em plataformas como o *AirBnb*. Legislações similares encontram-se em vigor em cidades como São Francisco, Berlim e Barcelona. Um dos argumentos utilizados para respaldar tais limitações ao uso do *AirBnb* e outros sites afins é a de que o aluguel por temporada, quando feito de forma sistemática, pode desfigurar determinadas regiões da cidade, aumentando o preço dos aluguéis de longa temporada e afastando os moradores das suas cidades. Um interessante estudo sobre os efeitos de plataformas como o *AirBnb* em cidades turísticas da Itália (aumento do valor dos aluguéis para moradores comuns e descaracterização da vizinhança) pode ser encontrada nesse estudo, elaborado por um grupo de pesquisadores da Universidade de Siena: https://ladestlab.it/file_download/11/The+Airfication+of+cities.pdf

⁷. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 9ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 207.

⁸. Art. 21. Consideram-se prestadores de serviços turísticos, para os fins desta Lei, as sociedades empresárias, sociedades simples, os empresários individuais e os serviços sociais autônomos que prestem serviços turísticos remunerados e que exerçam as seguintes atividades econômicas relacionadas à cadeia produtiva do turismo: I - meios de hospedagem; II - agências de turismo; III - transportadoras turísticas; IV - organizadoras de eventos; V - parques temáticos; e VI - acampamentos turísticos.

⁹. Art. 23 da Lei Geral do Turismo Lei n. 11.771/2008. Grifos nossos.

para ser considerado como meio de hospedagem é preciso que o empreendimento/estabelecimento: preste serviço de alojamento temporário em unidades de frequência individual de uso exclusivo do hóspede, mediante um contrato tácito ou expresso e a cobrança de diária, sendo possível também a prestação de serviços de hospedagem além do serviço de alojamento.

Ademais, pelo fato de a Lei enquadrar os meios de hospedagem como prestadores de serviços turísticos, pois exercem atividade econômica relacionada à cadeia do turismo, estes estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo para exercerem a sua atividade regularmente.¹⁰

Diante das características colocadas pela Lei Geral de Turismo, é possível, então, afirmar que a “hospedagem” oferecida em sites de compartilhamento de imóveis se enquadra na definição legal de meio de hospedagem? Na nossa visão, o enquadramento é apenas parcial e não o suficiente para determinar um exato encaixe entre norma e fato.

Assim, apesar de o proprietário/anfitrião fornecer alojamento temporário, mediante a cobrança de diária através de um contrato tácito, o mesmo não é, *a priori*, um estabelecimento e nem oferece exclusivamente unidades de frequência individual e de uso exclusivo do hóspede, pois, na maioria dos sites de compartilhamento de imóveis o anfitrião tem a faculdade de disponibilizar apenas parte do seu imóvel (quarto de hóspedes, andar térreo, sótão mobiliado, etc), compartilhando com seu hóspede as demais áreas de uso comum de sua propriedade, como cozinha, banheiro, sala de estar, etc. Tampouco os proprietários/anfitriões são obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo para ofertarem seus imóveis. Ao menos, essa é a visão atual do assunto no Brasil, muito embora não faltem iniciativas ao redor do mundo, lideradas por cadeias hoteleiras, no sentido de alocar essa atividade de compartilhamento de imóveis na internet como atividade comercial de natureza hoteleira, demandando dos proprietários a obtenção de licenças de funcionamento e o pagamento de impostos compatíveis com um eventual cunho comercial dessa atividade.¹¹

Assim, se a Lei Geral de Turismo não se presta a regular o compartilhamento de imóveis via aplicativos, nos parece, então, que a **terceira e definitiva pista** para um adequado enquadramento da situação se encontra na Lei de Locações, mais precisamente no **instituto da locação por (para) temporada**¹².

Em apenas três artigos¹³ a Lei apresenta as características e contornos dessa forma de locação de imóveis. Vejamos o conceito dado pelo caput

10. Art. 22. Os prestadores de serviços turísticos estão obrigados ao cadastro no Ministério do Turismo, na forma e nas condições fixadas nesta Lei e na sua regulamentação.

11. Nesse sentido, interessante reportagem do The New York Times a respeito das ações que a indústria hoteleira tem tomado, principalmente nos Estados Unidos da América, para contrastar e combater o crescimento de plataformas de locação por temporada como o AirBnb: <https://www.nytimes.com/2017/04/16/technology/inside-the-hotel-industrys-plan-to-combat-airbnb.html?mcubz=1>

12. As outras duas formas de locação regulada pela Lei são a locação residencial e a locação não residencial (imóveis destinados o comércio).

13. Arts. 48, 49 e 50.

do art. 48: a locação por temporada é aquela “(...) destinada à residência temporária do locatário, para prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, e outros fatos que decorrem tão-somente de determinado tempo, e contratada por prazo não superior a noventa dias, esteja ou não mobiliado o imóvel.”

Da definição acima chamamos atenção para o seguinte ponto: **o imóvel locado deve ser destinado à residência temporária do inquilino, ou seja, aquela contratada por prazo não superior a noventa dias.** Uma vez findo o prazo estipulado para esse tipo de locação, se o inquilino permanecer no imóvel sem oposição do locador, a locação se converte automaticamente em locação residencial por tempo indeterminado, seguindo as regras de um normal contrato de locação.

Outra característica importante da locação por temporada é que o locador pode exigir do inquilino o pagamento antecipado do aluguel, faculdade essa que é proibida nos demais tipos de locação¹⁴. Ademais, se o imóvel for mobiliado deverá constar no contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios e o estado em que se encontram¹⁵.

Portanto, as características da locação por temporada colocadas na lei se aproximam muito do modelo adotado nos sites de compartilhamento de imóveis. Em primeiro lugar porque o principal traço distintivo que caracteriza a locação por temporada está presente na relação que liga locador/anfitrião e inquilino/hóspede de sites como *AirBnb*, qual seja, **a natureza transitória da estadia/aluguel.**

Muito embora o art. 48 elenque uma série de destinações para o imóvel locado por temporada (lazer, trabalho, saúde, etc.) isso não significa que não sejam admitidas outras razões, pois “o que importa, na verdade, é que o prazo não exceda 90 dias, não mais cabendo perquirir a razão do interesse em locar o imóvel a curto prazo.”¹⁶

“

Dessa forma, podemos fazer a seguinte afirmação: para que a relação jurídica entabulada entre locador/anfitrião e inquilino/hóspede possa ser enquadrada juridicamente como locação por temporada é preciso que a sua duração seja sempre inferior a noventa dias, obedecendo a essa característica de temporariedade, de residência temporária do inquilino, que a legislação brasileira assinala para locações de curta duração.

14. Art. 49.

15. Parágrafo único do art. 48.

16. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A Lei do Inquilinato comentada*. 9ª ed. ver. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 205.

Se essa característica está presente, e na imensa maioria das plataformas e aplicativos essa é a regra, podemos entender como aplicáveis as demais normas que regulam a locação por temporada presentes na Lei de Locações, tais como: possibilidade de exigir o pagamento antecipado do aluguel, ou de quaisquer das modalidades de garantia permitidas pela lei e, se o imóvel for mobiliado, fazer constar do contrato o elenco dos móveis e utensílios.

Outro ponto que pode suscitar dúvidas é sobre a existência ou mesmo validade da contratação acertada através de aplicativos de compartilhamento de imóveis. Afinal, a contratação é feita inteiramente através da internet e, via de regra, as partes não assinam instrumentos contratuais formais, não havendo um substrato físico para a relação jurídica entre as partes.

Entretanto, essa peculiar característica do universo on-line, qual seja, a supressão das formalidades típicas dos contratos físicos, não tem o condão de invalidar a relação jurídica que é estabelecida entre os usuários da plataforma de compartilhamento. Decorre da própria Lei de Locações, o entendimento de que o contrato de locação “não é solene, podendo revestir-se da forma que as partes escolherem, escrita ou verbal, (...). Sua prova será feita pelos meios que a lei admitir, bastando o recibo do pagamento do aluguel, para caracterizar a relação ex locato”¹⁷.

Então, se a própria lei não estabelece uma forma ou solenidade específica para a existência e validade dos contratos de locação de imóveis, ou seja, admite como princípio a liberdade de forma, podemos afirmar que não só é possível como também é juridicamente válida e eficaz a contratação por meio eletrônico.

De forma resumida, então, apresentamos o quadro comparativo abaixo que traça um paralelo entre as leis brasileiras que tratam do assunto hospedagem/aluguel por temporada. De um lado, temos a Lei de Locações que há mais de vinte e cinco anos regula os aluguéis por temporada de forma bastante satisfatória. De outro lado temos a Lei Geral do Turismo que regula a atividade econômica de meio de hospedagem.

Como se vê do quadro comparativo entre a legislação sobre Aluguel por Temporada e sobre os Meios de Hospedagem, nenhuma das duas leis regula de forma específica os contratos realizados por meio de aplicativos de aluguel por temporada. Entretanto, entende-se que, se o prazo de duração for inferior a 90 dias, o aluguel via aplicativo se aproxima bastante do modelo legal do aluguel por temporada, o qual existe na legislação brasileira há décadas e vem sendo utilizado com sucesso na locação de imóveis em destinos turísticos principalmente na temporada de férias. De forma geral, portanto, o aluguel de imóveis via aplicativos (se inferior ao prazo de noventa dias) deve obedecer à Lei de Locações, na parte relativa ao aluguel por temporada.

¹⁷. *Ibidem*, p. 11..

Aluguel por temporada	Meio de hospedagem
<p>Regulada na Lei de Locações (Lei n. 8.245/1991);</p> <p>Locação por temporada é aquela:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. destinada à residência temporária do inquilino para a prática de lazer, realização de cursos, tratamento de saúde, feitura de obras em seu imóvel, etc.; 2. com prazo de até 90 dias; 3. em imóvel mobiliado ou não; 4. se o imóvel estiver mobiliado, constará do contrato, obrigatoriamente, a descrição dos móveis e utensílios; 	<p>Regulada na Lei Geral de Turismo (Lei n.11.771/2008)</p> <p>Meios de hospedagem têm as seguintes características:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. empreendimentos que prestam serviço de alojamento temporário; 2. unidades de uso individual e exclusivo do hóspede; 3. cobrança de diária; 4. contrato tácito ou expresso;

A locação por temporada e os aplicativos de compartilhamento de imóveis: REFLEXOS JURÍDICOS DA ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO

3 • Problemática dos Condomínios

Considerando que a locação por temporada ganhou novo fôlego com a chegada dos aplicativos e plataformas de compartilhamento de imóveis, muitas dúvidas surgem no dia-a-dia dos condomínios residenciais, os quais, na grande maioria dos casos, não estão preparados para lidar com os potenciais problemas e questionamentos derivados dessa nova realidade. E não falamos aqui somente dos condomínios residenciais localizados em áreas turísticas, os quais por natureza estão mais propensos à locação por temporada durante os períodos de férias e feriados prolongados. Falamos também de condomínios residenciais inseridos em contextos urbanos, cujas unidades têm, por exemplo, atraído empresas que procuram acomodação temporária (e de baixo custo) para seus funcionários a fim de participarem de cursos, treinamentos e reuniões.

Essa demanda por acomodação vinculada ao chamado “turismo de negócios” encontra barreiras estruturais em localidades no interior do Brasil, principalmente em cidades de porte médio onde é muito comum que a oferta de hotéis (e outras formas de meio de hospedagem *stricto sensu*) seja muito deficitária, tanto pela quantidade de leitos disponíveis, quanto pela qualidade das instalações e serviços oferecidos. Nesse sentido, as plataformas de locação por temporada possibilitam a colocação no mercado de imóveis para atender a essa demanda crescente vinculada à estadia temporária para fins de trabalho. Essa nova realidade acarreta, ou ao menos pode acarretar,

grande impacto para a vida em condomínio de empreendimentos que originalmente não foram concebidos para esse tipo de destinação. Em outras palavras, o “entra e sai” de pessoas estranhas ao condomínio é um fator que pode gerar desgaste e questionamentos a respeito da segurança e uso das áreas comuns por parte dos demais condôminos residentes permanentes.

Fato é que essa nova realidade está presente na pauta dos Condomínios residenciais: como regular internamente a locação de imóveis por temporada via aplicativos como o *AirBnb*? Este tem sido um desafio para síndicos e também para construtoras e incorporadoras que já podem/devem prever, antes mesmo do lançamento de novos empreendimentos, este tipo de locação nas convenções de condomínio.

A fim de abordar os pontos mais polêmicos que envolvem Condomínios residenciais e a plataformas de locação por temporada apresentamos a seguir as principais dúvidas que cercam o tema acompanhadas de algumas sugestões para o seu melhor encaminhamento.

3.1 • O Condomínio pode proibir os proprietários de disponibilizarem suas unidades para locação por temporada via aplicativos como AirBnb?

Essa questão é bastante controversa e polêmica. Se por um lado o proprietário tem seu direito de propriedade garantido pela Constituição (direito de usar, fruir e dispor de seu bem) podendo alugar seu imóvel livremente, inclusive através de contratos por temporada, por outro lado, há aqueles que argumentam que o aluguel via aplicativos pode desvirtuar a finalidade residencial do condomínio, permitindo uma verdadeira atividade comercial em unidade que, a rigor, seria destinada somente para moradia.

Por trás destes argumentos, portanto, verificamos a existência de dois interesses legítimos e antagônicos: o interesse do proprietário condômino em locar seu imóvel ao maior número de pessoas possível, auferindo o máximo de renda e retorno para o seu investimento; e o interesse coletivo dos demais condôminos em ver assegurado e perseverado o bom uso das áreas comuns condominiais, o bom convívio social entre os condôminos, a segurança nas áreas comuns através do controle e identificação das pessoas que acessam o condomínio e a manutenção do estrito uso residencial do empreendimento.

Entretanto, é importante mencionar que a proibição de locação por temporada, seja através de deliberação de assembleia, seja através de norma colocada na Convenção de Condomínio ou Regimento Interno caracteriza uma medida extrema que não está livre de questionamentos judiciais e extrajudiciais.



Foto: Unsplash.com

Entretanto, é importante mencionar que a proibição de locação por temporada, seja através de deliberação de assembleia, seja através de norma colocada na Convenção de Condomínio ou Regimento Interno caracteriza uma medida extrema que não está livre de questionamentos judiciais e extrajudiciais.

De maneira geral, a jurisprudência brasileira não possui entendimento unitário a respeito da matéria. Tal indefinição acarreta elevada insegurança jurídica para os Condomínios residenciais que optam por proibir totalmente a locação por temporada em suas unidades ou mesmo para aqueles empreendimentos que impõem uma série de restrições rígidas para esse tipo de atividade. É possível encontrar, por exemplo, condomínios que impõem um número máximo de pessoas que podem ocupar o apartamento¹⁸, a cobrança de taxa específica para o proprietário que locar sua unidade por temporada, como medida para desestimular essa prática¹⁹, e o estabelecimento de um prazo mínimo para locação por temporada (ex: mínimo de sete ou quinze dias).²⁰

Tanto a proibição pura e simples quanto a imposição de limites e multas podem fazer com que condôminos insatisfeitos recorram no judiciário e, eventualmente, obtenham decisão que anule a proibição e/ou multas impostas, isso sem mencionar o dever de ressarcir o condômino das perdas e danos relativos à aluguéis já contratados que foram frustrados pela proibição da locação por temporada.

Em decisão de fevereiro de 2017²¹, o Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, entendeu como afronta ao direito de propriedade a aplicação de multas à determinado condômino que vinha alugando sua unidade por temporada, decidindo por afastar as multas aplicadas pelo Condomínio. O Condomínio, por sua vez, justificou a aplicação das multas alegando que a locação realizada teria características de hospedagem comercial, desvirtuando o caráter exclusivamente residencial do edifício.²²

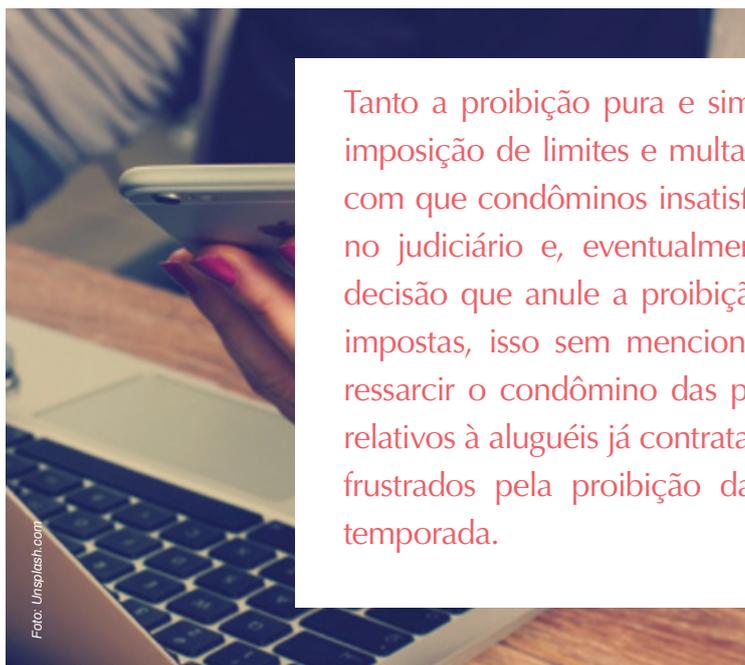
18. TJSP – 8ª C. Cível – AC – 0020327-73.2012.8.26.0477 – Praia Grande – Rel.: Luiz Ambra – Unânime – J. 19.01.2015.

19. Conforme julgou o Tribunal de Justiça do Paraná: “A existência de uma taxa que seja uma ‘medida de prevenção para locações de temporada’ é manifestamente ilegal e abusiva, eis que limita indevidamente o direito à propriedade.” (TJPR - 8ª C. Cível - AC - 1319302-5 - Matinhos - Rel.: Guilherme Freire de Barros Teixeira - Unânime - J. 12.03.2015).

20. TJSP - 26ª C. Cível - AI - 2133214-63.2017.8.26.0000 - São Sebastião - Rel.: Bonilha Filho - Unânime - J. 10.08.2017.

21. TJPR - 9ª C. Cível - AC - 1602433-0 - Curitiba - Rel.: José Augusto Gomes Aniceto - Unânime - J. 23.02.2017.

22. Trecho do julgado que alude o dito caráter comercial da locação por temporada: “aludida locação tem características de hospedagem comercial, haja vista que o apelado fornece aos inquilinos roupa de cama, mesa, banho, trata-os como hospede, não inclui as refeições no valor do aluguel, cobra taxas de limpeza e de reserva,



Tanto a proibição pura e simples quanto a imposição de limites e multas podem fazer com que condôminos insatisfeitos recorram no judiciário e, eventualmente, obtenham decisão que anule a proibição e/ou multas impostas, isso sem mencionar o dever de ressarcir o condômino das perdas e danos relativos à aluguéis já contratados que foram frustrados pela proibição da locação por temporada.

Entretanto, os julgadores não acolheram esses argumentos pois, no seu entendimento: “a vedação imposta pelo condomínio não dispõe de amparo legal que a justifique, uma vez que a locação de imóvel urbano por temporada é prática que se encontra devidamente prevista no art. 48, caput, da Lei nº. 8.245/91.” Também o Tribunal não verificou qualquer desvio de finalidade na destinação do imóvel locado por temporada haja vista que esse tipo de locação tem caráter eminentemente residencial, ainda que de uso temporário.

Por outro lado, encontramos julgados no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que entenderam a questão do aluguel por temporada de forma absolutamente oposta ao caso referido acima.

No caso julgado no Rio Grande do Sul, oriundo da Comarca de Gramado²³, os autores da ação eram condôminos que visavam, em regime de tutela de urgência antecipada, a suspensão da deliberação da assembleia condominial que decidiu pela proibição da locação por temporada nos apartamentos do Condomínio. Os julgadores mantiveram a deliberação da assembleia por dois motivos: a proibição tinha previsão expressa na Convenção do Condomínio; e, no caso concreto, entendeu-se pela prevalência do direito da coletividade em detrimento do direito individual do proprietário do apartamento. Nesse sentido, as palavras de um dos desembargadores que julgaram o caso: “O exercício do direito constitucional da propriedade é um direito individual, fundamental, mas não é absoluto, e o regramento do condomínio define a respeito. Então, no momento, doutores, têm que ser preservado o interesse do condomínio que representa o interesse da coletividade.”

ainda limita o tempo de contrato entre o mínimo de uma semana e o máximo de 90 dias, como se fosse uma pousada, hotel ou mesmo hostel.” Vislumbramos aqui, mais uma vez, a confusão entre os conceitos de hospedagem e locação por temporada sobre a qual comentamos no item 2 do presente artigo.

23. TJRS – 20ª C. Cível – AI – 70072635865 – Rel.: Dilso Domingos Pereira – Unânime – J. 14.06.2017.

“

Assim, diante das múltiplas interpretações que esse fenômeno social e econômico do compartilhamento de imóveis através de plataformas e aplicativos pode ter perante o judiciário, nossa sugestão aos Condomínios é evitar ao máximo a proibição total da locação por temporada, optando pela regulação do tema a fim de contemplar os interesses de todos os condôminos.

Já no caso precedente do Tribunal de Justiça de São Paulo, os julgadores entenderam que é legítima a decisão tomada em assembleia de condôminos pela proibição da locação de apartamentos por período inferior a 90 dias, pois a disponibilização dos apartamentos em plataformas como o AirBnb conferiria ao imóvel caráter de hospedagem comercial o que não é compatível com a natureza residencial do mesmo. Para fundamentar a decisão, o desembargador relator inclusive recorreu à descrição existente no site do AirBnb, a qual faz apologia ao imaginário da hotelaria e do turismo, colocando o site como uma plataforma para a satisfação dos interesses de viagens dos seus usuários. Em outras palavras, os julgadores entenderam que a locação de apartamentos por temporada via AirBnb seria uma forma de meio de hospedagem o que desvirtuaria a destinação residencial do condomínio.

Assim, diante das múltiplas interpretações que esse fenômeno social e econômico do compartilhamento de imóveis através de plataformas e aplicativos pode ter perante o judiciário, nossa sugestão aos Condomínios é evitar ao máximo a proibição total da locação por temporada, optando pela regulação do tema a fim de contemplar os interesses de todos os condôminos.

3.2 • De forma geral, que cautelas o Condomínio deve adotar ao permitir a locação por temporada de suas unidades?

Diante do quadro ainda instável da jurisprudência, nossa sugestão ou recomendação aos Condomínios residenciais é que permitam a locação por temporada (seja via aplicativos ou não), mas que ao fazê-lo adotem alguns cuidados com o intuito de contemplar os interesses e necessidades de todos os envolvidos, conforme infográfico na próxima página:

Regramento na Convenção de Condomínio/Regimento Interno

AQUI VÃO ALGUMAS SUGESTÕES:

Regular eventuais proibições/restrições de uso de áreas comuns pelo inquilino temporário.

Instituir a assinatura de termo de compromisso pelo proprietário no qual este se compromete a ressarcir eventuais danos em áreas comuns ou equipamentos do condomínio causados pelo inquilino.

Tornar obrigatório que os proprietários forneçam para a Administradora Condominial ou para o Síndico os dados de identificação dos locatários/inquilinos de contatos via aplicativos de aluguel por curta temporada, a fim de garantir a segurança de todos.

Restringir ou mesmo proibir que os funcionários do condomínio prestem informações, fiquem com chaves de apartamentos ou prestem serviços para os inquilinos temporários. Deve ser do proprietário a responsabilidade integral de receber o inquilino, prestando todas as informações necessárias e recebendo as chaves na entrada e na saída.



Considerações Finais

Ao fim de todas as considerações feitas ao longo do texto, podemos dizer que o instituto jurídico da locação por temporada é o canal mais indicado para abarcar a relação jurídica entabulada entre locador/anfitrião e inquilino/hóspede no âmbito de aplicativos e plataformas como o Airbnb. A única condição que a lei brasileira impõe é que a duração da locação seja sempre inferior a noventa dias.

Obviamente, em meio a essa maré de mudanças, existem vozes que indicam outro caminho, apontando para a o enquadramento dessa questão como meio de hospedagem, dando um caráter mais comercial/empresarial para essa atividade de compartilhamento de imóveis. Entretanto, conforme exposto no Ponto n.1 acima, o aluguel de imóveis via aplicativos (se inferior ao prazo de noventa dias) deve obedecer à Lei de Locações, na parte relativa ao aluguel por temporada.

Quanto à problemática dos Condomínios, entendemos que, de forma geral, é desaconselhável aos Condomínios proibir totalmente ou impor limites muito rígidos à locação por temporada via aplicativos. Isso porque, ainda é muito instável, para não dizer pouco consistente em termos numéricos, a jurisprudência sobre o assunto nos tribunais brasileiros. Dessa forma, como medida alternativa, propormos que os Condomínios regulem a questão de forma clara e equilibrada, a fim de contemplar os interesses em jogo.



Photo: Pexels.com

Contract

...to allow an organization to focus resources on the greatest opportunities to increase sales...
...company's target. Marketing strategy's goal is to increase sales and acquire the advantage over...
...short term and long term objectives of marketing that lead to an increase in sales by acquiring...
...the right kind of marketing opportunities that will...
...your strategy. This action is how your marketing plan...
...customers...
...work with...
...the right kind of marketing opportunities that will...
...your strategy. This action is how your marketing plan...
...customers...
...work with...

Business Company

Curabitur Suspendisse Aliquet
1234567890
1234567890
1234567890

Description	Quantity	Amount
	1	340.53
	2	850.75
	3	590.00
	4	100.00
	5	100.00
	6	100.00
	7	100.00
	8	100.00
	9	100.00
	10	100.00
	11	100.00
	12	100.00
	13	100.00
	14	100.00
	15	100.00
	16	100.00
	17	100.00
	18	100.00
	19	100.00
	20	100.00
	21	100.00
	22	100.00
	23	100.00
	24	100.00
	25	100.00

2
9
16
23

A **responsabilidade do fiador** em caso de prorrogação do contrato de locação

Por Marco MEIMES

Resumo

O presente estudo trata dos limites da fiança prestada no âmbito das locações. A fiança constitui uma das formas de garantia do proprietário do imóvel contra a falta de pagamento dos aluguéis pelo inquilino, e por isso é pressuposto fundamental à segurança jurídica buscada por todos no mundo dos negócios, sendo, por vezes, fator determinante para a existência de um contrato de locação. A análise conduzida pelo artigo passa pela legislação brasileira no assunto e pela interpretação que os tribunais têm feito a respeito dos limites dessa garantia. Relativamente ao entendimento dos tribunais, o artigo aborda de forma crítica a evolução das decisões que envolvem os limites da fiança no âmbito das locações, expondo os argumentos utilizados pelos julgadores, sempre com a preocupação e o intuito de alcançar a melhor interpretação para o problema.

Introdução¹

O presente estudo trata de assunto de grande importância no campo da locação de imóveis urbanos, especificamente no que se refere aos limites da garantia fidejussória, prestada para suportar eventual falta no pagamento dos aluguéis e acessórios. Assim como os demais tipos de garantias permitidas pela lei, a fiança encontra-se umbilicalmente atrelada à segurança jurídica buscada por todos no mundo dos negócios, sendo fator determinante para a existência de um contrato de locação.

Todos os participantes da relação jurídica locatícia devem ter presentes as características e peculiaridades da garantia: o locador, na medida em que necessita conhecer substancialmente os limites da apresentação de um fiador como garantia em caso de falta no pagamento dos aluguéis e encargos; o próprio locatário, devido às consequências jurídicas inerentes a um contrato de locação eventualmente desprotegido de garantia; e, finalmente, o fiador, em relação aos marcos legais e contratuais que assume ao apostar sua assinatura em um contrato de locação.

Inicialmente, busca-se, através de um cotejo das disposições legais atinentes, esclarecer aparente antinomia entre os direitos daquele que presta uma fiança, e do que recebe a garantia. Em seguida, apura-se a diferenciação entre o aditamento e a prorrogação do contrato de locação – confronto especialmente importante para o assunto.

Por fim, levanta-se o entendimento jurisprudencial criado ao longo do tempo, com seu ápice na cristalização de verbete sumular perante tribunal superior, cuja crítica recaiu em sua equivocada aplicação pelos tribunais por certo tempo, mas que ao final culminou retomando o caminho da melhor prática. Tudo, diga-se, permeado por doutrina jurídica de referência sobre a matéria em questão.

1 • Aspectos gerais da fiança prestada à locação

No âmbito da locação de imóveis urbanos, poderá o locador, no intuito de reduzir os riscos inerentes ao recebimento do crédito de aluguel (aí incluídos o valor do locativo, dos encargos e dos acessórios), exigir do locatário uma das modalidades de garantia previstas na própria Lei de Locações (Lei nº 8.245/1991), estabelecidas *numerus clausus* em seu art. 37².

1. O presente artigo foi publicado originalmente na *Revista Síntese – Direito Imobiliário*, nº 40, jul.-ago. 2017, pp. 83-90.

2. Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia: I - caução; II - fiança; III - seguro de fiança locatícia; IV - cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento; Parágrafo único. É vedada, sob pena de nulidade, mais de uma das modalidades de garantia num mesmo contrato de locação.

Embora inexista forma absoluta de garantia, a lei pretendeu reduzir ao máximo os riscos do locador, permitindo a escolha de garantias entre variadas modalidades, quais sejam: a caução, a fiança, o seguro de fiança e a cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento. Tais garantias podem ser classificadas em garantias reais (caução e cessão fiduciária de quotas) e garantias fidejussórias (fiança e seguro de fiança)³.

Por tratar-se de ajuste acessório, geralmente estabelecido e inserido no próprio instrumento contratual de locação, em caso de extinção da relação locatícia, desaparecerá automaticamente a garantia. A recíproca, no entanto, não é verdadeira, na medida em que alguns tipos de garantias poderão esvaziar-se no curso da relação, sem que esse fato encerre a locação, que permanecerá vigente, sem garantia, se o locatário não proceder na sua substituição⁴.

Para Maria Helena Diniz, a garantia locatícia é um ajuste que visa dar segurança no que respeita ao pagamento do aluguel e encargos. Afirma, também, que pode ser efetivada através da entrega de dinheiro, de um bem móvel ou imóvel, ou mediante “promessa de terceiro, estranho à relação jurídica, de solver *pro debitor*, hipótese em que se configurará a garantia pessoal ou fidejussória, ou melhor, a fiança, que, além de garantir a boa vontade de locatário, completará a sua insuficiência patrimonial com o patrimônio do fiador”.⁵

Mais precisamente sobre a *fiança*, tema do presente estudo, trata-se a mesma da obrigação acessória de garantia, em que uma ou mais pessoas, alheia(s) à relação principal (locação), obriga(m)-se a pagar o débito caso o devedor principal não o faça. Suas principais características são: acessoriedade, unilateralidade, gratuidade e subsidiariedade⁶. O contrato de fiança é previsto na legislação entre os artigos 818 e 839, do Código Civil Brasileiro. Deve ser formalizado por escrito e não comporta interpretação extensiva. Além disso, o fiador tem o direito de exigir que sejam primeiro executados os bens do devedor principal (benefício de ordem), salvo se houver renúncia expressa, se se obrigou como devedor principal ou solidário ou ainda se o devedor principal for insolvente ou falido. Por fim, nos termos do art. 835 do Código Civil, “o fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança, durante sessenta dias após a notificação do credor”.

Pensemos na seguinte situação: uma locação teve seu prazo contratual expirado, porém o locatário permaneceu na posse do imóvel sem oposição do locador, acarretando na *prorrogação* da locação a prazo indeterminado, a teor do disposto no art. 46, §1º, da Lei de Locações⁷. O fiador, neste caso,

3. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 163.

4. Art. 40, parágrafo único, Lei de Locações.

5. DINIZ, Maria Helena. *Lei de locações de imóveis urbanos comentada*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156.

6. *Ibidem*, pp. 158-159..

7. Art. 46 (...) § 1º Findo o prazo ajustado, se o locatário continuar na posse do imóvel alugado por mais de trinta dias sem oposição do locador, presumir - se - á prorrogada a locação por prazo indeterminado, mantidas as demais

permanece obrigado a garantir o crédito eventualmente não pago até a efetiva devolução do imóvel? Ou, como prestou a garantia a uma locação por prazo determinado, sua responsabilidade teria findado quando se encerrou dito limite temporal contratado? Em outras palavras: o término do prazo estipulado para o contrato põe fim às obrigações do fiador?

É sobre estes questionamentos e outros relacionados que passamos a objetivamente nos debruçar.

2 • A responsabilidade do fiador em caso de prorrogação do contrato de locação

Em sua origem, o art. 39 da Lei de Locações trazia clareza quanto à preservação da garantia até a efetiva devolução do imóvel. Apesar disso, através da Lei nº 12.112/2009 o legislador ousou afastar as insistentes dúvidas a esse respeito, acrescentando ao dispositivo a atual parte final, consolidando o dispositivo da seguinte forma: “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel, ainda que prorrogada a locação por prazo indeterminado, por força desta Lei”. O objetivo foi nitidamente de tentar solucionar controvérsia acerca da preservação ou não da garantia após o vencimento do prazo ajustado para a locação (prorrogação), como forma de consagrar a necessária segurança jurídica nas relações locatícias e não causar surpresas, principalmente ao locador.

Como já se viu, o Código Civil dispõe que o fiador poderá exonerar-se da fiança que houver prestado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier (art. 835/CC2002, correspondente ao art. 1.500/CC1916). Estabeleceu-se a antinomia legal, na medida em que o art. 39 da Lei de Locações dispõe o contrário, ou seja, de que o fiador estava atrelado ao contrato até a definitiva devolução do imóvel⁸, ainda que fosse o contrato prorrogado a prazo indeterminado.

Ainda em setembro de 1998, foi editada pelo Superior Tribunal de Justiça a Súmula nº 214, que possui o seguinte texto:

“O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu”.

Como se disse anteriormente, é da natureza do contrato de fiança o seu caráter restritivo, não se admitindo interpretação extensiva. Dizendo de outra forma, “não se pode ampliar a responsabilidade do fiador, à sua revelia, exatamente em homenagem ao caráter gratuito da fiança”⁹.

cláusulas e condições do contrato.

⁸. Na redação anterior à Lei nº 12.119/09, o art. 39 assim dispunha: “salvo disposição contratual em contrário, qualquer das garantias da locação se estende até a efetiva devolução do imóvel”.

⁹. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada, op. cit.*, p. 172.

Neste contexto, verificou-se o crescimento de uma corrente jurisprudencial que entendia pela invalidação da cláusula negocial e legal acerca da persistência da fiança na hipótese de prorrogação legal ou convencional, quando o fiador não tiver expressamente aderido. Pouco importou, para esta corrente de julgamentos, a disposição do art. 39 da Lei de Locações, mesmo em sua versão original - que à época desta súmula já estabelecia a manutenção da garantia até a efetiva devolução do imóvel. Também se ignorou o contrato que possuía cláusula estipulando as obrigações do fiador até a efetiva entrega das chaves ao locador. Prevaleceu, sem dúvidas, o ideal de que a fiança não admite interpretação extensiva (art. 819, Código Civil¹⁰), e que, portanto, a garantia valeria apenas até o final do prazo fixo estipulado no contrato de locação¹¹. Perante o Superior Tribunal de Justiça, durante aquele período que circundou a edição da Súmula nº 214, parece ter prevalecido o entendimento de que "a prorrogação do contrato sem a anuência dos fiadores não os vincula, sendo irrelevante, acrescente-se, a existência de cláusula de duração da responsabilidade do fiador até a efetiva entrega das chaves"¹².

É importante fazermos uma reflexão deste ambiente do ponto de vista também negocial da locação urbana. É que não raras vezes os contratos de locação acabam sofrendo a denominada prorrogação legal, que decorre da mera inércia das partes em dar por encerrada a relação locatícia. Ou seja, quando não ocorre devolução das chaves pelo locatário, nem solicitação das mesmas por parte do locador. Incide, nesta hipótese, o §1º do art. 46 da Lei de Locações, segundo o qual a locação fica presumidamente prorrogada, a prazo indeterminado, se o locatário continuar na posse do imóvel sem oposição do locador, "mantidas as demais cláusulas e condições do contrato".

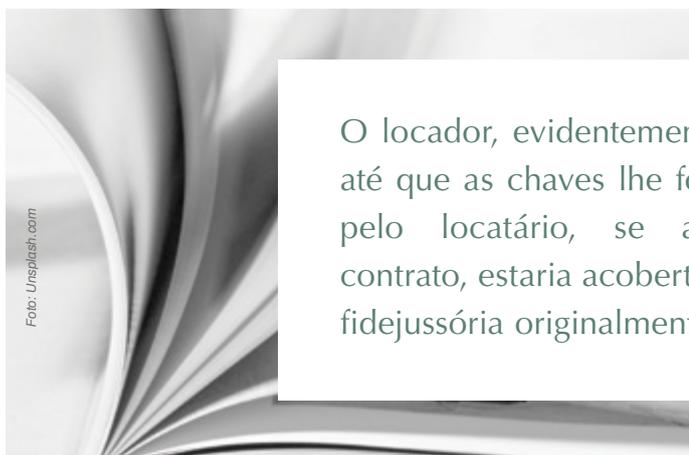


Foto: Unsplash.com

O locador, evidentemente, pensava que, até que as chaves lhe fossem devolvidas pelo locatário, se assim previa o contrato, estaria acobertado pela garantia fidejussória originalmente prestada.

O locador, evidentemente, pensava que, até que as chaves lhe fossem devolvidas pelo locatário, se assim previa o contrato, estaria acobertado

10. Art. 819. A fiança dar-se-á por escrito, e não admite interpretação extensiva. (Código Civil)

11. THEODORO JÚNIOR, Humberto. "A fiança e a prorrogação do contrato de locação". *Revista de Direito Privado*, vol. 18. São Paulo: RT, 2004, p. 6

12. EREsp 255.392/GO, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/05/2001, DJ 17/09/2001, p. 107. Vide também: EREsp 67.601/SP, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/1998, DJ 29/06/1998, p. 23, e EREsp 302.209/MG, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2002, DJ 18/11/2002, p. 157.

pela garantia fidejussória originalmente prestada. Como bem lembra Sylvio Capanema, “a expiração da garantia trazia surpresa e prejuízo para os locadores”¹³. Porém, como se viu, houve um intervalo jurisprudencial deveras expressivo, durante o qual predominou o entendimento de que esta prorrogação legal da locação, se não contou com anuência expressa do fiador, o desobrigava de garantir eventual inadimplemento do locatário, pois do contrário ficaria caracterizada ampliação da fiança à revelia do fiador, ilegal à luz do art. 819, do Código Civil.

Analisando os nove julgados¹⁴ que deram origem ao citado enunciado jurisprudencial, é possível perceber que tratam de casos onde houve majoração do locativo mensal sem a participação ou anuência do fiador, seja através de pacto adicional firmado entre locador e locatário sem a anuência do fiador (vide por exemplo os Recursos Especiais nº 61.947¹⁵ e nº 64.019), seja inclusive via revisão judicial em ação da qual não figurou como litisconsorte o fiador (vide por exemplo os Recursos Especiais nº 50.437¹⁶ e nº 62.728).

Bem diferente disso é *prorrogação* do prazo locatício, onde as cláusulas não sofrem qualquer alteração, apenas ocorre um prolongamento contratual sem majoração no valor do aluguel, salvo no que tange à correção monetária, que não significa aumento ou diminuição dos valores, mas mera reposição inflacionária¹⁷.

Enfim, a análise desses julgados – e do próprio texto da súmula - nos remete à inevitável conclusão de que referido verbete jurisprudencial trata de hipótese de “aditamento” do contrato de locação, com efetiva modificação das condições originalmente pactuadas, e não da prorrogação locatícia *ex vi legis* (§1º do art. 46 da Lei de Locações). Com efeito, a análise minuciosa dos julgados originadores de um enunciado jurisprudencial as vezes é ignorada por aplicadores do direito, causando um envergamento impreciso na formação de julgamento e entendimentos jurisprudenciais equívocos, em todas as instâncias do judiciário.

Como o sistema tornou-se inseguro do ponto de vista da garantia prestada ao locador, que se deparou não poucas vezes com o esvaziamento da sua

13. SOUZA, Sylvio Capanema de. *A lei do inquilinato comentada*, op. cit., p. 171.

14. São eles: REsp 34.981/SP, Rel. Ministro PEDRO ACIOLI, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/1994, DJ 27/03/1995, p. 7200; REsp 50.437/SP, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1996, DJ 16/12/1996, p. 50959; REsp 61.947/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/1996, DJ 06/05/1996, p. 14437; REsp 62.728/RJ, Rel. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, QUINTA TURMA, julgado em 12/03/1996, DJ 22/04/1996, p. 12594; REsp 64.019/SP, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, SEXTA TURMA, julgado em 01/07/1997, DJ 25/08/1997, p. 39407; REsp 64.273/SP, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 22/08/1995, DJ 09/10/1995, p. 33620; REsp 74.859/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 15/04/1997, DJ 19/05/1997, p. 20653; REsp 90.552/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 02/06/1997, DJ 23/06/1997, p. 29199; REsp 151.071/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/1997, DJ 19/12/1997, p. 67581.

15. Manter: REsp 61.947/SP, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, QUINTA TURMA, julgado em 02/04/1996, DJ 06/05/1996, p. 14437.)

16. Manter: REsp 50.437/SP, Rel. Ministro WILLIAM PATTERSON, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1996, DJ 16/12/1996, p. 50959.

17. Sylvio Capanema lembra que o fato do contrato restar prorrogado nas “mesmas bases” não significa que o locador não poderá cobrar o valor do locativo corrigido monetariamente, na medida em que a correção monetária não é um plus, e sim um minus que se evita. (SOUZA, Sylvio Capanema de, op. cit., p. 172.)



Faltava uma solução que pudesse conciliar tanto os direitos do fiador, para que a fiança não seja imperecível, como os direitos do locador, para não ser surpreendido pela ausência de proteção a seu crédito.

garantia, faltava uma solução que pudesse conciliar tanto os direitos do fiador, para que a fiança não seja imperecível, como os direitos do locador, para não ser surpreendido pela ausência de proteção a seu crédito, consagrando a segurança jurídica para todos os envolvidos.

Neste contexto, Humberto Theodoro Júnior assim se posicionou:

Não se pode negar que a lei manda interpretar restritivamente a fiança, por se tratar de contrato naturalmente benéfico (novo Código Civil, art. 819, equivalente ao art. 1.483 do antigo Código). Porém, a regra legal não quer que, por meio da interpretação analógica ou ampliativa, a fiança venha a alcançar hipóteses que a vontade negocial de fato não tenha previsto¹⁸.

Assim como a fiança, o contrato prorrogado a prazo indeterminado não é perpétuo, pois a própria lei que o cria também autoriza o seu desfazimento, a qualquer tempo e por simples denúncia feita pelo locador, na qual concederá o prazo de trinta dias para desocupação do imóvel, nos exatos termos do §2º do art. 46 da Lei de Locações¹⁹. Da mesma forma, sob hipótese alguma se pode considerar nula ou abusiva a cláusula contratual que determina a extensão da garantia até a efetiva devolução das chaves, pois a própria lei autoriza essa disposição, no já citado art. 39 da Lei de Locações.

Não olvidemos o que dizia Pontes de Miranda:

No instituto da prorrogação, a regra é que as garantias prestadas pelo locatário continuam: quanto às garantias prestadas por terceiros, o que decide é a convenção com esses. Se a fiança diz: “até a entrega das chaves”, sem aludir ao tempo do contrato, - persiste com a prorrogação²⁰.

Após alguns anos da edição da Súmula 214, o assunto retornou à pauta de discussão no Superior Tribunal. A matéria foi objeto de julgamento nos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 566.633/CE, cuja tramitação encontrou trânsito em julgamentos divergentes da orientação originada pela referida súmula, como é o caso do Recurso Especial nº 435.449/PR, no qual restou assentado que “se há específica e expressa disposição contratual, prevendo a responsabilidade dos fiadores na hipótese de o contrato passar a

18. THEODORO JÚNIOR, Humberto. “A fiança e a prorrogação do contrato de locação”, *op. cit.*, p. 7.

19. Art. 46. (...) § 2º Ocorrendo a prorrogação, o locador poderá denunciar o contrato a qualquer tempo, concedido o prazo de trinta dias para desocupação.

20. MIRANDA, Pontes de. *Locação de imóveis e prorrogação*. Campinas: Servanda, 2004. p. 455.

ser por prazo indeterminado, e até a entrega das chaves, não há interpretação a fazer, muito menos restritiva²¹.

Nos referidos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 566.633/CE, é possível dizer que o assunto teve uma reviravolta jurisprudencial, ou melhor dizendo, um redirecionamento necessário. No voto condutor do julgado, proferido pelo relator Min. Paulo Medina, foi feita uma reflexão acerca do contrato de fiança, lembrando que o mesmo:

(...) a) é um contrato celebrado entre credor e fiador; b) é uma obrigação acessória à principal; c) pode ser estipulado em contrato diverso do garantido, como também inserido em uma de suas cláusulas, mas sem perder a sua acessoriedade; d) não comporta interpretação extensiva, logo o fiador só responderá pelo que estiver expresso no instrumento de fiança, e, e) extingue-se pela expiração do prazo determinado para sua vigência; ou, sendo por prazo indeterminado, quando assim convier ao fiador (art. 1.500 do CC revogado e 835 do novo CC); ou quando da extinção do contrato principal.²²

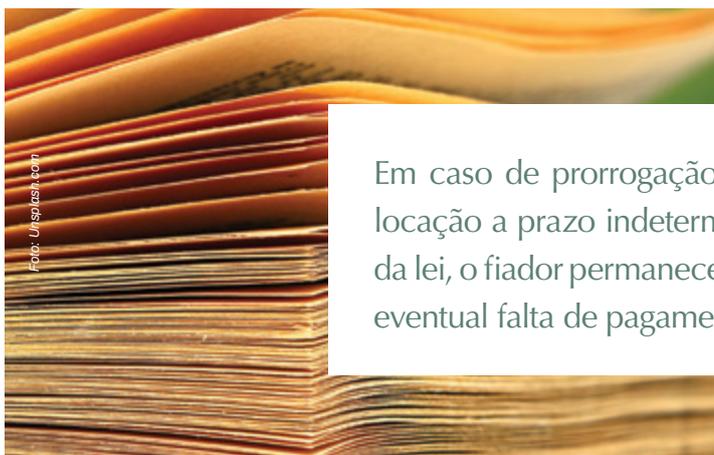
Afirmou o Ministro Relator, também, que em que pese o disposto no art. 39 da Lei de Locações, tal regramento deveria se compatibilizar com o instituto da fiança, citando o entendimento de Humberto Theodoro Junior, segundo o qual não há incompatibilidade entre o citado art. 39 da Lei de Locações e o art. 835 do Código Civil, pois a partir da prorrogação contratual por força da lei (a prazo indeterminado) surgirá ao fiador a faculdade de se exonerar da fiança, com efeitos meramente *ex nunc*.

No mesmo voto, o Min. Paulo Medina afastou (corretamente) a aplicação da Súmula 214 da mesma Corte ao caso, sob o argumento de trata ela de hipótese de *aditamento* contratual, e não de *prorrogação* legal e tácita da relação locatícia. Ao cabo, não obstante alguns votos contrários, foram acolhidos por maioria os Embargos de Divergência, assentando-se que: “continuam os fiadores responsáveis pelos débitos locatícios posteriores à prorrogação legal do contrato se anuíram expressamente a essa possibilidade e não se exoneraram nas formas dos artigos 1.500 do CC/16 ou 835 do CC/02, a depender da época que firmaram a avença”.

Assim, consagrou-se o entendimento, ao nosso ver mais correto, de que, em caso de prorrogação do contrato de locação a prazo indeterminado por força da lei, o fiador permanece responsável em eventual falta de pagamento do locatário, desde que haja cláusula contratual prevendo a extensão da garantia até a efetiva devolução do imóvel (entrega das chaves), surgindo ao fiador a prerrogativa de exonerar-se da fiança a qualquer tempo a partir da prorrogação contratual.

21. REsp 435.449/PR, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 313.

22. EREsp 566.633/CE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/11/2006, DJe 12/03/2008..



Em caso de prorrogação do contrato de locação a prazo indeterminado por força da lei, o fiador permanece responsável em eventual falta de pagamento do locatário.

A RESPONSABILIDADE DO FIADOR
em caso de prorrogação do contrato de locação

A partir da prorrogação do contrato a prazo indeterminado ex vi legis, o fiador poderá exonerar-se, bastando que notifique o locador na forma do art. 40, incisos IV e X, da Lei de Locações, cumulado com art. 835 do Código Civil. Por sua vez, exonerando-se o fiador na forma da lei, o locador poderá exigir do locatário que, no prazo de trinta dias, substitua a garantia, consoante previsão do parágrafo único, do mesmo art. 40 da Lei de Locações, sob pena de incorrer o locatário em causa para desfazimento da locação.

Considerações finais

Como se denota da rápida análise feita neste estudo, houve um lapso temporal na jurisprudência nacional, onde enraizou-se uma corrente não muito precisa, que simplesmente desconsiderou a previsão contratual firmada pela vontade das partes em relação à duração da fiança até a efetiva devolução das chaves do imóvel, e que assentou a inviabilidade do fiador ser responsabilizado por garantir a dívida de aluguéis no período de prorrogação legal do contrato de locação.

Entretanto, o tempo demonstrou ser eficaz na solução deste equívoco, resultando na consagração de um entendimento que certamente vai ao encontro tanto da proteção ao instituto da fiança – que deve sempre ser interpretada de forma restritiva e não pode ser perpétua –, como da proteção à segurança jurídica da relação locatícia, principalmente do ponto de vista das garantias do locador.

Ao cabo, o entendimento mais prudente prevaleceu, e em caso de prorrogação do contrato de locação a prazo indeterminado, na forma da lei, havendo cláusula contratual que preveja que a fiança dura até a efetiva devolução das chaves, o fiador permanecerá responsável neste período, surgindo ao mesmo, a partir de então, possibilidade de exonerar-se por simples notificação ao locador.



A **Análise Econômica do Direito** enquanto abordagem interpretativa de questões relativas à incorporação imobiliária em precedentes obrigatórios

André FERRONATO GIRELLI

Resumo

Este artigo almeja mostrar a relevância da análise econômica do direito enquanto abordagem hermenêutica no contexto recente do mercado das incorporações imobiliárias. O sistema de precedentes implementado pelo Novo Código de Processo Civil tende a gerar mudanças no próprio processo de tomada de decisão do magistrado, o qual, ao invés de atentar exclusivamente ao que a dogmática jurídica recomenda para a situação posta no caso concreto, precisará mais do que nunca se preocupar com os efeitos que cada precedente produzirá na sua abrangência territorial. Em um primeiro momento, o artigo apresenta um breve relato sobre a importância da incorporação imobiliária para o país. Em seguida, são analisadas as recentes mudanças legislativas do Processo Civil, especialmente quanto ao tratamento das demandas repetitivas. Por fim, a análise econômica do direito é estudada e analisada enquanto possível abordagem para a interpretação destas questões jurídicas, com o objetivo de identificar as demandas repetitivas mais relevantes sobre incorporações imobiliárias e verificar se há indicativos do seu uso pelas Cortes Superiores.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo discutir se a análise econômica do direito – enquanto possível abordagem para a interpretação do direito – ganha relevância em face do contexto recente do mercado das incorporações imobiliárias e das recentes mudanças da legislação processual brasileira, com destaque para o que poderia constituir uma mudança no paradigma casuísta de resolução de demandas repetitivas, para o chamado microsistema normativo de litigiosidade repetida.

A análise se iniciará com um breve relato acerca da importância da incorporação imobiliária para o país, apresentando índices macroeconômicos e dados que servirão como pano de fundo para a investigação que se seguirá. Em um segundo momento, serão analisadas as recentes mudanças legislativas do Processo Civil brasileiro, em especial no tratamento das demandas massificadas (repetitivas), inclusive aquelas que envolvem matérias afeitas à relação entre incorporador e adquirente. Na sequência, estudar-se-á a análise econômica do direito enquanto possível abordagem para a interpretação destas questões jurídicas. Finalmente, pretende-se identificar quais são as demandas repetitivas mais relevantes sobre incorporação imobiliária no recente contexto nacional e verificar se há indicativos do uso dessa abordagem pelo Poder Judiciário, em especial pelas Cortes Superiores.

1 • Direito imobiliário e precedentes

A construção civil é um setor nevrálgico no Brasil. No aspecto econômico, por exemplo, é responsável pela geração de emprego e renda para a população – com destaque para a faixa com menor escolaridade e qualificação profissional – e de receitas para o Estado, além de promover o desenvolvimento econômico e a circulação de riquezas. Especificamente no tocante à construção de imóveis, o setor também é responsável por realizar direitos sociais, como os de moradia, e saúde, viabilizando o acesso da população a serviços públicos como energia elétrica, água e saneamento básico.

Entre os anos de 2008 a 2014, falou-se muito do momento vivido pelo mercado imobiliário. Impulsionado pela estabilidade econômica então vigente, por políticas de incentivo à concessão de crédito e pela instituição de programas de incentivo ao desenvolvimento de empreendimentos imobiliários, houve significativo aumento no número de lançamentos para todos os tipos de público, gerando desenvolvimento das cidades e conferindo a devida função social a propriedades urbanas.

Estimativas do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA demonstram que o déficit habitacional brasileiro teve queda de 12% entre os anos de 2007

e 2011¹. O setor foi responsável pela geração de 193.432 empregos apenas nos seis primeiros meses de 2012², ressaltando-se que o país encerrou o referido ano com 1,1 milhão de desocupados³, número que poderia ser até 17,58% maior, não fossem os empregos gerados por este setor apenas no primeiro semestre.

Por outro lado, este aquecimento trouxe também consequências negativas, como compras por impulso e vendas mal feitas – que via de regra levavam ao arrependimento e inadimplemento do comprador –, atrasos de obra – que nada mais é do que o inadimplemento por parte do vendedor – e o acirramento de opiniões sobre práticas contratuais e de mercado – destacando-se questões como a transferência ao comprador da obrigação de pagamento de comissão de corretagem. Todas essas questões aportaram o Poder Judiciário, aumentando significativamente o número de demandas a respeito de matérias envolvendo a incorporação e o direito imobiliário.

Não bastasse isso, ainda no ano de 2014, o mercado passou a dar sinais de arrefecimento. Segundo pesquisa da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança (ABECIP), no ano de 2009, 111.000 imóveis foram financiados entre os meses de maio e agosto⁴; esse índice chegou a marcar 178.000 imóveis financiados no mesmo período do ano de 2011, e atingiu seu ápice em 2013, quando, no mesmo período, foram financiados 199.000 imóveis. Em 2014, houve queda para 183.000 imóveis financiados, tendo apresentado preocupante derrocada em 2015, quando foram financiados apenas 102.000 imóveis.

Esse arrefecimento também tornou menos atraentes os ativos imobiliários, espantando investidores que, diante da frustração da expectativa de realizarem bons negócios com estes imóveis, se assomaram aos demais compradores que postulavam distrato pelos outros motivos já mencionados – compras por impulso, vendas mal feitas e atraso de obra – agravando ainda mais a situação do setor.

De acordo com notícia divulgada pelo Ministério da Fazenda⁵, em 2014 os distratos atingiram quase 40% do volume de vendas das incorporadoras brasileiras, fazendo da desistência da compra do imóvel na planta⁶ a

1. BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. "Nota técnica estima o déficit habitacional brasileiro". Disponível em: <goo.gl/vcDhtT>. Acesso em: 15 jan. 2018.

2. MANAGER EMPREGOS. "Construção Civil gera mais de 190 mil vagas de empregos". Disponível em: <https://goo.gl/CRr4jq>. Acesso em: 15 jan. 2018.

3. BRASIL. Governo do Brasil. "País fecha 2012 com menor taxa de desemprego desde 2002". Disponível em: <goo.gl/553ztH>. Acesso em: 15 jan. 2018.

4. VIVA CORRETOR. "18 dados sobre o mercado imobiliário que você precisa saber". Disponível em: <goo.gl/5WeS6d>. Acesso em: 15 jan. 2018.

5. BRASIL. Ministério da Fazenda. "Firmado acordo para reduzir litígios na compra e venda de imóveis". Disponível em: < https://goo.gl/QBQt7b >. Acesso em: 15 jan. 2018.

6. Sobre esta questão, é importante destacar que, na modalidade de construção denominada "na planta" - que representa uma quantidade parcela dos lançamentos no período em comento -, os empreendimentos são construídos mediante uma conjugação de recursos, parcialmente proveniente e integralmente custeados pelas vendas das unidades imobiliárias. Tanto é assim que o art. 34 da Lei nº 4.591/1964 possibilita que o incorporador estipule um prazo de carência, dentro do qual pode desistir da incorporação, caso as vendas não alcancem o esperado e necessário para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento. Nesta linha de raciocínio, tendo o incorporador decidido pela continuidade da incorporação e por dar início às obras – motivado justamente pelo suficiente volume de vendas –, a ocorrência posterior de distratos é altamente prejudicial à incorporação, não apenas porque impõe a restituição total ou parcial dos valores pagos, esvaziando repentinamente os cofres do incorporador, como também porque suprime parte

principal causa dos processos contra construtoras e incorporadoras no Brasil.

Concomitantemente a estes desdobramentos do mercado imobiliário nacional, tramitava no Senado Federal o Projeto de Lei nº 166/2010, que, após proposição do Substitutivo nº 8.046/2010 pela Câmara dos Deputados, teve seu texto final aprovado pelo Congresso Nacional, recebendo sanção presidencial em 16 de março de 2015, dando origem à Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que revogou a Lei nº 5.869/1973 (CPC/1973).

Do conteúdo do CPC/2015, é possível extrair uma sensível preocupação do legislador em propor soluções novas e incrementar soluções antigas para problemas relacionados à (e em boa parte decorrentes da) ampliação do acesso à justiça, que apesar de desejável, aumentou de modo quase que insustentável o número de demandas judiciais ajuizadas, muitas das quais versando sobre questões idênticas (causas repetitivas).

Tal como retrata Guilherme Rizzo⁷, são nefastos os efeitos que as chamadas causas repetitivas vêm causando à Justiça brasileira, na medida em que elevam o custo da administração da justiça, incentivam o uso de estratégias de jurisprudência defensiva para atender (sem qualidade) ao volume de recursos, reduzindo a efetividade do Estado em conceder a tutela almejada pelo jurisdicionado e até mesmo a qualidade das decisões judiciais.

Um destes efeitos decorre de uma constatação simples: a de que os magistrados não pensam igual – e nem é esperado que o façam –. Obviamente, cada juiz tem sua história, suas convicções econômicas, políticas, sociais e filosóficas, disso se extraindo que o interesse racional que definirá a aplicação

dos recursos com os quais o empreendimento é construído, prejudicando o planejamento financeiro e colocando em risco a viabilidade econômica da incorporação. Sobre o tema, Melhim Namem Chalhub alerta que “esse desfazimento pode até atender o interesse individual de um adquirente, mas poderá obstruir a realização da função social do contrato, que, para atender a comunidade dos adquirentes, na sua totalidade, reclama a manutenção do fluxo financeiro que fornece os recursos para a construção” (CHALHUB, Melhim Manem. Da Incorporação Imobiliária. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 333).

7. Sobre o assunto, leciona o autor: Somadas as causas repetitivas em todo o país, o número chega à casa dos milhões. O fato de elas serem analisadas individualmente – e não em bloco – atenta seriamente contra a economia processual, valor inserido no complexo valorativo da efetividade. Ora, se a economia processual pressupõe “obter o maior resultado com o mínimo de esforço”, e se ela pode ser analisada sob a vertente da “eficiência da administração judiciária”, então não se pode analisá-la com o foco apenas na causa individual, devendo-se, pelo contrário, focar o sistema como um todo sob o ponto de vista da sua logicidade e economicidade. Grave deformidade causada pela massificação dos litígios é, ainda, a supervalorização da forma como um meio de reduzir as pilhas de autos que se acumulam nos tribunais. Enrijecem-se os requisitos de admissibilidade recursal: um carimbo ilegível, uma folha faltante na formação de um agravo de instrumento, a interposição do recurso antes da publicação da decisão recorrida, são causas suficientes para fulminar pretensões muitas vezes legítimas. A solução é falha, pois, em vez de reduzir a quantidade dos recursos, acaba-se atingindo apenas a sua qualidade. Saem de cena os recursos que discutem o mérito, entram em cena, praticamente em igual número, recursos para discutir problemas de forma. Perde-se tempo com questões inúteis e não com os reais problemas dos cidadãos. Abandona-se o princípio da simplicidade e do aproveitamento dos atos processuais. Atinge-se, ao fim e ao cabo, a capacidade do Judiciário em alcançar a tutela específica ao jurisdicionado, elemento fundamental e integrante do valor efetividade. A segurança jurídica é também gravemente atingida. A massificação de litígios tende a tornar os juízes verdadeiras máquinas, incapazes, muitas vezes, de refletir sobre soluções adequadas e moldadas para cada caso. Contaminam-se também os processos que não constituem causas massificadas, mas que se perdem em meio delas, caindo na já consagrada “vala comum”. O erro judiciário passa a frequentar o Foro com maior assiduidade, perdendo espaço a correta investigação sobre os fatos e, ao fim e ao cabo, a confiança legítima no Judiciário. E, nos julgamentos das ações de massa, surge talvez a pior consequência para a segurança jurídica: a ausência de um julgamento concentrado das causas torna absolutamente imprevisível a sua solução. Cada juiz, uma sentença. Com isso, demandantes e demandados voltam a sua atenção e as suas súplicas para Brasília, cada um por si, porém num “comportamento de manada”, esperando que no dia e no órgão jurisdicional em que o seu recurso for julgado sejam eles premiados pela sorte. (AMARAL, Guilherme Rizzo. “Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um “incidente de resolução de demandas repetitivas”. Revista de Processo, vol. 196, Jun/2011, p. 237.



Um destes efeitos decorre de uma constatação simples: a de que os magistrados não pensam igual – e nem é esperado que o façam –.

e interpretação do direito a cada caso concreto irá variar de acordo com o julgador, mesmo que versando sobre questões repetitivas, o que gera insegurança jurídica e falta de isonomia.

De fato, para além de causar um problema de administração da Justiça pelo Estado, as causas repetitivas cobram um altíssimo preço de toda a sociedade que, dada a variedade de entendimentos judiciais sobre uma mesma questão jurídica, é incapaz de pautar suas condutas pelo Poder Judiciário, seja para prevenir o ajuizamento de ações ou para prever o desfecho das ações onde já litiga.

Visando responder a esta questão problemática, o Novo Código de Processo Civil incrementou o dispositivo que já se encontrava insculpido no art. 543-C do CPC/1973, criando o que Rafael Knorr Lippmann⁸ denomina de *microsistema normativo de litigiosidade repetida*, cuja proposta é oferecer instrumentos que possibilitem a identificação e reunião (tecnicamente chamada, *afetação*) de conflitos individuais que versem sobre uma mesma questão jurídica (repetitiva), a qual será então analisada e definida por uma única decisão judicial, chamada *precedente obrigatório*, pacificando a controvérsia até então existente sobre a matéria no seu âmbito de abrangência territorial, estadual ou nacional.

Sobre a necessidade de adoção de precedentes obrigatórios para assegurar a isonomia e a segurança jurídica, Luiz Guilherme Marinoni leciona que “num sistema que, ao expurgar os dogmas, depara-se com a realidade inafastável de que a lei é interpretada de diversos modos, não há outra alternativa para se preservar a igualdade perante a lei e a segurança jurídica, elementos indispensáveis a um Estado de Direito”⁹.

Esta mudança legislativa repercute em uma mudança no paradigma casuística de resolução de conflitos desta natureza (repetitivos), deslocando para as instâncias hierarquicamente superiores a definição das questões jurídicas afetadas, que posteriormente repercutirão na aplicação a cada caso concreto. Considerando a obrigatoriedade de aplicação do precedente, a discussão processual nas causas repetitivas, a partir de então, se restringe unicamente sobre se o caso concreto se amolda ou não à questão jurídica definida no precedente, impedindo que para causas idênticas sejam conferidas soluções diversas.

Na prática, a tendência é que, para além de maior isonomia e celeridade processual, os precedentes obrigatórios propiciem maior pacificação social,

8. LIPPMANN, Rafael Knorr. “Primeiras reflexões sobre o incidente de resolução de demandas repetitivas”. *Cadernos Jurídicos: série especial – novo CPC*, OAB Paraná, nº 60, set/2015.

9. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

tornando menos controvertidas as questões jurídicas, já que a sociedade estará ciente de qual é o posicionamento do Poder Judiciário acerca de um determinado assunto, prevenindo ou pelo menos conferindo maior previsibilidade ao desfecho de uma demanda sobre ele.



Na prática, a tendência é que, para além de maior isonomia e celeridade processual, os precedentes obrigatórios propiciem maior pacificação social.

Porém, mais que isso, a provocação do presente artigo é que esse sistema tende a modificar também o próprio processo de tomada de decisão do magistrado, que ao invés de atentar exclusivamente ao que a dogmática jurídica recomenda para a situação posta no caso concreto, precisará mais do que nunca se preocupar com os efeitos que cada precedente produzirá na sua abrangência territorial. É neste ponto que a análise econômica do direito se apresenta como abordagem indispensável para a formulação de precedentes obrigatórios.

2 • A Análise Econômica do Direito nos precedentes

O primeiro passo para entender como a análise econômica do direito se insere neste contexto é compreender em que consiste esta abordagem, desmistificando algumas preconcepções.

Tal como aborda Ivo T. Gico Jr.¹⁰, no capítulo introdutório de obra doutrinária

10. Sobre o assunto, leciona o autor: (...) o objeto da moderna ciência econômica abrange toda forma de comportamento humano que requeira a tomada de decisão. (...) quando se fala em análise econômica não estamos nos referindo a um objeto de estudo específico (e.g. mercado, dinheiro, lucro), mas ao método de investigação aplicado ao problema, o método econômico, cujo objeto pode ser qualquer questão que envolva escolhas humanas (e.g. litigar ou fazer acordo, celebrar ou não um contrato, poluir ou não poluir). Assim, a abordagem econômica seve para compreender toda e qualquer decisão individual ou coletiva que verse sobre recursos escassos, seja ela tomada no âmbito do mercado ou não. Toda atividade humana relevante, nessa concepção, é passível de análise econômica. (GICO JR. Ivo T. "Introdução à análise econômica do direito". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 19).

sobre o assunto, a análise econômica não tem correlação necessária com mercado, dinheiro ou lucro, como a expressão poderia indicar. Trata-se de um método que investiga o processo racional de tomada de decisão humana, disso se extraindo que, no caso dos magistrados prolatores de precedentes obrigatórios pode servir tanto para analisar o seu processo decisório, como para informá-los e auxiliá-los na tomada desta decisão.

Para ilustrar a questão, convém trazer o exemplo de Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau¹¹, sobre a decisão do legislativo francês em instituir um salário mínimo. Os autores relatam que, apesar da intenção generosa de garantir condições mínimas de dignidade para os trabalhadores assalariados, na prática, o resultado foi que os empregadores das pessoas que antes recebiam abaixo do mínimo legal, passaram a demitir algumas delas, seja por não terem capacidade de pagar tais valores a todos os funcionários que empregavam, seja pelo interesse de contratar um número menor de pessoas para desempenhar a mesma função. A lei acabou prejudicando principalmente aos jovens – que por não terem experiência no mercado de trabalho eram menos valorizados do que os profissionais que já estavam contratados pelo salário-mínimo – e às mulheres que retornaram às atividades depois de longa ausência, por exemplo, em virtude de atividades relacionadas ao cuidado com a família, em especial com filhos pequenos. Além do problema do desemprego, o salário mínimo acabou por estimular a sujeição destes grupos a empregos informais, onde no mais das vezes as condições de dignidade e renda eram ainda piores, gerando uma série de outros problemas sociais.

Os autores concluem que, evidentemente, esse não era o efeito desejado pelos legisladores. No exemplo citado, a análise econômica do direito poderia ter servido para antever e prevenir os efeitos negativos da instituição do salário-mínimo, quiçá implementando concomitantemente políticas de incentivo à empregabilidade de jovens ou mulheres que se amoldassem à situação descrita. É essa análise racional dos efeitos de uma determinada medida que se espera de quem se encontra em uma posição de tomada de decisão.

Não fica difícil transportar noção similar para o caso dos precedentes obrigatórios, inclusive porque tais decisões acabam produzindo efeitos sociais e econômicos similares àqueles verificados na cogência legal. É razoável supor que um magistrado, ao decidir uma questão jurídica repetitiva, esteja muito mais inclinado a analisar as consequências macro da sua decisão, do que no paradigma casuísta de resolução de conflitos.

“ É razoável supor que um magistrado, ao decidir uma questão jurídica repetitiva, esteja muito mais inclinado a analisar as consequências macro da sua decisão, do que no paradigma casuísta de resolução de conflitos.

11. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2ª ed. São Paulo: Atlas: 2015, p. 02.

Essa noção é abordada por Sérgio Cruz Arenhart¹², embora sob o enfoque do uso do critério da proporcionalidade, que o autor indica para pautar a atuação do Poder Público, objetivando atingir o melhor resultado possível e evitar que, ao fazê-lo, se prejudique um outro interesse também tutelado pelo ordenamento jurídico. Segundo Arenhart, dito critério “importa que o Poder Público observe a estrita relação entre os meios e os fins, porque só assim se tem a exata percepção da extensão em que a lei deve ser interpretada e até que medida ela legitima o agir público”.

Neste panorama, o conceito econômico da escassez acaba ganhando maior relevância. Muitas vezes, na definição de um determinado caso concreto, o magistrado não necessita levar em conta que os recursos são finitos¹³. Entretanto, ao se transportar a resolução de uma imensa gama de casos similares para o paradigma do *microsistema normativo de litigiosidade repetida*, onde todos serão resolvidos por uma única decisão, a escassez acaba impondo ao magistrado fazer escolhas conscientes, buscando extrair de cada situação aquilo que lhe pareça a melhor solução, identificando quais são os resultados desejados e indesejados, quais são as escolhas possíveis, bem como, em que medida cada escolha aproxima o resultado desejado, e a que custo¹⁴.

Assim, também é razoável supor que, a partir do momento em que o magistrado insere a sua decisão neste procedimento racional de escolha, passará a levar em conta não apenas o que recomendaria a dogmática jurídica, mas também as consequências práticas de sua decisão, e estará com isso ampliando o âmbito de análise da questão jurídica em debate, o que inevitavelmente produzirá efeitos no próprio conteúdo do precedente obrigatório:

O direito é, de uma perspectiva mais objetiva, a arte de regular o comportamento humano. A economia, por sua vez, é a ciência que estuda como o ser humano toma decisões e se comporta em um mundo de recursos escassos e suas consequências. A análise econômica do direito (AED), portanto, é o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados

12. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 27.

13. Mais uma vez, ao contrário do que a expressão poderia indicar, a palavra recursos aqui não tem acepção necessariamente econômica ou financeira. A palavra recursos pode significar qualquer fator limitado, a ser levado em conta em um processo racional de tomada de decisão. Para um sobrevivente na selva, por exemplo, os suprimentos de água e comida, o peso que é capaz de suportar e a energia que gastará transportando tais suprimentos, são os recursos de que ele dispõe para sobreviver até encontrar socorro. Para o gestor de uma equipe, os funcionários a ele submetidos e inclusive o prazo concedido, são os recursos de que ele dispõe para definir a melhor forma de desempenho de uma determinada tarefa. Para o motorista, o combustível e até mesmo a durabilidade das peças do seu meio de transporte são o recurso de que ele dispõe para chegar ao seu destino.

14. A escassez impõe fazer escolhas. À medida que o ambiente é modificado, o ser humano adapta seu comportamento de forma a tirar partido das mudanças. Ao reagir à mudança das circunstâncias, o ser humano tenta extrair aquilo que, a seus olhos, pareça o *melhor*. A hipótese baseia-se no que é conhecido, nas ciências sociais, como modelo da escolha racional. Diante de um caso que precisa ser resolvido, a decisão, segundo o modelo da escolha racional, faz a pessoa inventariar os resultados desejados (*valores*), identificar as ações que podem ser tomadas na sua busca (*opções*); determinar em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (*valorização*) e adotar aquela que contribuir mais (*escolha*). (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*, op. cit., p. 02).

ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e a avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Neste sentido, a AED é um movimento que se filia ao consequencialismo, isto é, seus praticantes acreditam que as regras às quais nossa sociedade se submete, portanto, o direito, devem ser elaboradas, aplicadas e alteradas de acordo com suas consequências no mundo real, e não por julgamentos de valor desprovidos de fundamentos empíricos (deontologismo).¹⁵

De forma mais simplificada, Maurício Vaz Lobo Bittencourt, define que, partindo-se da premissa de que os formuladores e aplicadores do direito são racionais, e de que os recursos são escassos, a aprovação, interpretação e aplicação das leis dependerá de um processo racional de escolha pelos formuladores e aplicadores do direito¹⁶.

No mesmo sentido, Richard Allen Posner aborda a questão da escolha racional dos magistrados:

A lei que eles (os juízes) criam e a forma como eles as incentivam/reforçam são atos deliberados. Se são boas ou ruins as doutrinas elaboradas judicialmente, isso tende a depender, portanto, dos incentivos dos juízes, que por sua vez podem depender da cognição e psicologia, de como as pessoas são selecionadas (inclusive as auto selecionadas) para serem juízes, e nos termos e condições de trabalho dos juízes (...) A mentalidade do julgador seria pouco interessante se os juízes não fizessem outra coisa que não aplicar regras legais claras, criadas pelo legislador, agências administrativas e constitucionalistas, além de outras fontes extrajudiciais (incluindo os costumes comerciais), a fatos que juízes e juris determinassem sem vieses e preconceitos. Então, os juízes estariam bem a caminho de serem substituídos por programas de inteligência artificial. Mas, mesmo os juristas que acreditam apaixonadamente que juízes deveriam ser aplicadores de lei, e selecionadores de fatos sem preconceções e nada mais, não acreditam que é dessa forma que todos, ou ao menos a maior parte dos juízes americanos se comporta o tempo todo. Nossos juízes têm e exercitam discricionariedade. (...) eles são "legisladores ocasionais". E para entender a sua atividade legislativa, é preciso

15. GICO JR. Ivo T. "Introdução à análise econômica do direito", *op. cit.*, pp. 17-18.

16. BITTENCOURT, Maurício Vaz Lobo. "Princípio da eficiência". RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). *O que é análise econômica do direito: uma introdução*. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, pp. 27-28.

entender as suas motivações, capacidades, formas de escolha, normas profissionais e psicologia.¹⁷

Como ensina Posner, os juízes “têm e exercitam discricionariedade”, premissa essa que se verifica mesmo na tradição jurídica civilista, onde seus julgamentos devem obrigatoriamente estarem pautados pela lei. Em sentido semelhante, Sérgio Cruz Arenhart observa que a discricionariedade judicial consiste na busca pela “decisão ótima”, com a diferença de que o órgão judicial não avalia a oportunidade, como ocorre no caso da discricionariedade administrativa.¹⁸

Logo, *afetar* uma questão jurídica num dado momento, em detrimento de outras tantas existentes é, por si só, uma escolha racional do magistrado, efetuada – ainda que inconscientemente – com base em uma abordagem de análise econômica do direito.

Inclusive, a quantidade de temas relacionados à incorporação imobiliária que foram afetados pelo Superior Tribunal de Justiça nos últimos anos é um indicativo disso, dada a relevância (já demonstrada anteriormente) da incorporação imobiliária para a sociedade e para a macroeconomia brasileira.

Citam-se como exemplos disso a afetação das matérias atinentes (i) aos efeitos da resolução contratual (REsp nº 1.300.418/SC), (ii) ao prazo prescricional aplicável à pretensão de ressarcimento da comissão de corretagem (REsp nº 1.551.956/SP), (iii) à validade da transferência da obrigação de pagamento de comissão de corretagem ao comprador de imóvel (REsp nº 1.599.511/SP), (iv) à validade da transferência da obrigação de pagamento de comissão de corretagem ao comprador de imóvel edificado sob a égide da Lei Minha casa minha vida (REsp nº 1.601.149/RS), e (v) à possibilidade de inversão da multa contratual estipulada por atraso no pagamento de parcelas pelo comprador e a possibilidade da sua aplicação em desfavor do vendedor em caso de atraso na conclusão de obras ou entrega da unidade imobiliária (REsp nº 1.614.721/DF), bem como (vi) a sua cumulatividade com lucros cessantes (REsp nº 1.631.485/DF).

A mesma situação se verifica nos Tribunais estaduais, destacando-se neste sentido a atuação do Tribunal de Justiça paulista, com a edição de súmulas estaduais sobre matérias relacionadas ao direito privado, e com especial alusão à quantidade surpreendente de enunciados relacionados especificamente com a temática da incorporação imobiliária.¹⁹

Apenas para citar o exemplo mais emblemático, no julgamento do REsp nº 1.599.511/SP, atinente às ações de ressarcimento da comissão de corretagem, o Superior Tribunal de Justiça adotou posição contrária ao entendimento até então prevalente na jurisprudência nacional, entendendo válida a cláusula

17. POSNER, Richard Allen. *How Judges Think*. Cambridge, MA. Harvard University Press, 2008, p. 05.

18. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*, op. cit., p. 29.

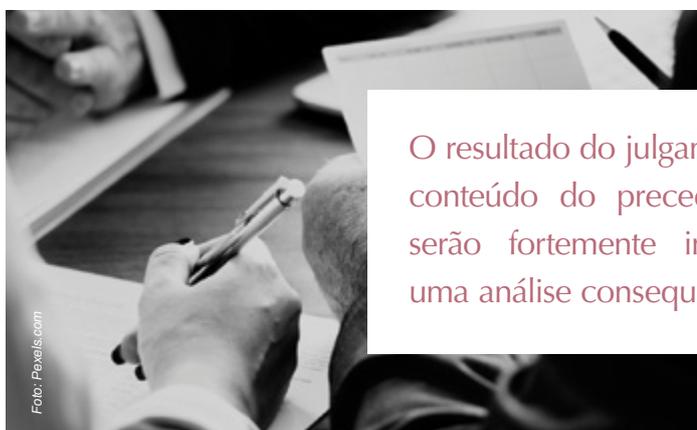
19. BRASIL. Poder Judiciário. “Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo aplicadas ao Direito Privado”. Disponível em: <goo.gl/SbtmiP>. Acesso em: 15 jan. 2018.

contratual que estipula a transferência da obrigação de pagamento da comissão de corretagem ao comprador, desde que atendido o dever de informação.

Dentre outras questões abordadas no acórdão, os Ministros fundamentaram a decisão nas vantagens e reflexos trabalhistas, tributários e cíveis desta prática para as incorporadoras²⁰, em contraponto à ausência de prejuízo para o consumidor, partindo da premissa de que “o repasse ao consumidor dos custos do empreendimento é decorrência lógica da economia”²¹, de modo que, “sob a ótica de repasse de custos e despesas (não de amostra grátis), chega-se diretamente à conclusão no sentido da inexistência de prejuízo aos consumidores com a assunção de dívida, pois, não fosse desse modo, o custo seria embutido no preço total da compra e venda”.

Consciente disso ou não, para além de outros argumentos tipicamente jurídicos constantes do acórdão, o Superior Tribunal de Justiça acabou aplicando na definição do aludido recurso repetitivo um conceito econômico bastante básico, o “Ótimo de Pareto”, que consiste em almejar situações nas quais haja o máximo benefício para um agente, sem prejudicar o outro. Inclusive, o acórdão vai além, reputando irrelevante a questão jurídica de fundo – fundamental para a tese dos adquirentes –, consistente na “controvérsia doutrinária acima aludida, acerca do caráter isento ou parcial da corretagem”.

De fato, colocando-se na posição do julgador, seria pouco aconselhável obrigar todas as incorporadoras do país a restituírem aos adquirentes uma porcentagem – que normalmente varia de 4% a 6% – do preço negociado por cada imóvel vendido nos últimos anos. É claro que, em 06 de setembro de 2016, quando foi julgada a matéria, uma decisão em sentido contrário teria causado consequências nefastas para as incorporadoras – possivelmente a falência de muitas delas –, mas esse não é um argumento jurídico, daí porque este tipo de linha de raciocínio não se faz expressamente presente no julgado, mesmo que se espere que tais questões sejam levadas em conta pelo magistrado no momento de decidir.



O resultado do julgamento e o próprio conteúdo do precedente obrigatório serão fortemente influenciados por uma análise consequencialista.

20. Nomeadamente: trabalhistas (*terceirização*), tributárias (*redução da base de cálculo dos tributos incidentes sobre a aquisição da unidade imobiliária*) e cíveis (*desnecessidade de restituição do valor da corretagem, em caso de posterior desfazimento da promessa de compra e venda*).

21. VALVERDE, Hector Miranda. “Pagamento da comissão de corretagem na compra e venda de imóvel: obrigação do fornecedor”. Revista de Direito do Consumidor, v. 91, São Paulo, 2014, pp. 141-165.

Nada obstante, se a afetação de questões jurídicas é uma escolha racional do magistrado – com objetivo de declarar a posição do Poder Judiciário sobre alguma questão coletivamente relevante – via de consequência, o resultado do julgamento e o próprio conteúdo do precedente obrigatório serão fortemente influenciados por uma análise consequencialista.

O efeito prático disso é que a dogmática jurídica, que sistematicamente prevalece no discurso da *civil law*, passa a se entrelaçar mais estreitamente – e, por vezes, a competir – com outras abordagens tão ou mais relevantes (ou adequadas) para a definição de uma questão jurídica coletivamente relevante, como por exemplo as consequências sociológicas, criminológicas, ecológicas, econômicas e políticas desta definição.

Aliás, o próprio ordenamento jurídico já vinha convergindo neste sentido desde a Constituição Federal de 1988, que reserva a órgãos de cúpula a tarefa de unificar a interpretação de normas constitucionais e infraconstitucionais. Isso acaba tornando inerente à atividade destas Cortes – seja para formular um precedente obrigatório, ou não – uma preocupação com as consequências que determinada interpretação do direito representará em âmbito nacional. A obrigatoriedade do precedente apenas torna mais preponderante e importante esta análise consequencialista, dada a aplicação praticamente inafastável de seus efeitos a todos os jurisdicionados.

Outra evidência de que o ordenamento jurídico já vinha convergindo neste sentido é a exigência de repercussão geral para o conhecimento de Recurso Extraordinário – ou seja, a necessidade de demonstrar que o recurso envolve questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa –, do que se extrai uma política legislativa com intuito de filtrar como atribuição do STF a resolução apenas de questões que terão consequências coletivamente relevantes. Essa tendência é também confirmada pela existência da PEC 209/2012²² – que foi elaborada pelo próprio pleno do STJ, aprovada pela Câmara dos Deputados e está pendente de votação no Senado – com a finalidade de atribuir também ao Recurso Especial o requisito de repercussão geral.



A utilização da análise econômica do direito no chamado microssistema normativo de litigiosidade repetida já é uma realidade no exercício da jurisdição brasileira.

Com base nestas ponderações e informações, é possível concluir que a utilização da análise econômica do direito no chamado microssistema normativo de litigiosidade repetida já é uma realidade no exercício da jurisdição brasileira, seja nas suas afetações, seja nos seus julgamentos, o que inclusive já vem produzindo efeitos práticos nos precedentes obrigatórios

22. BRASIL. Câmara dos Deputados. “Projeto de Emenda à Constituição nº 209/2012”. Disponível em: <goo.gl/szxFi3>. Acesso em: 15 jan. 2018.

relativos à matéria de incorporação imobiliária, muito embora não raras vezes tais abordagens interdisciplinares e consequencialistas acabem não constando expressamente na fundamentação das decisões.

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo analisar se, em face das mais recentes mudanças pelas quais passou a legislação processual brasileira, com a adoção do chamado microsistema normativo de litigiosidade repetida, e especialmente diante do recente contexto em que se inseriu o mercado da incorporação imobiliária, haveria ambiente para a adoção da análise econômica do direito enquanto abordagem para definir as questões jurídicas pertinentes a esta matéria.

Observando que a afetação de matérias jurídicas coletivamente relevantes constitui uma escolha racional do magistrado, percebendo o número considerável de questões afetadas sobre a relação jurídica entre incorporador e adquirente, analisando brevemente a fundamentação do REsp nº 1.599.511/SP e verificando outros elementos que indicam uma convergência do ordenamento jurídico para este sentido, concluiu-se que há indícios de que o Poder Judiciário, em especial as Cortes Superiores, tendem a pautar cada vez mais a sua atuação em questões que extrapolam os limites da dogmática jurídica, entrelaçando mais estreitamente suas análises com outras abordagens, por exemplo, estudando previamente as consequências sociológicas, criminológicas, ecológicas, econômicas e políticas dos precedentes obrigatórios que irá produzir.

É inquietante para qualquer jurista, especialmente aqueles formados na cultura jurídica da civil law, a contradição que aparentemente se encerra entre uma análise científica do “dever ser”, pela qual o resultado é obtido mediante a subsunção do fato à norma, e uma análise consequencialista, onde o resultado poderia ser escolhido racionalmente, como solução que melhor se adequa ao caso concreto.

Neste momento, é possível concluir que a escolha das Cortes Supremas brasileiras em afetar temas relacionados à incorporação imobiliária sofre fortes influências de uma abordagem econômica do direito, o que tende a gerar efeitos no próprio conteúdo destas decisões. Entretanto, há inúmeros outros desafios de ordem teórica e prática relacionados ao assunto, que não poderão ser explorados neste trabalho, em face da amplitude do tema proposto.



Vícios construtivos

em empreendimentos imobiliários:

PRAZOS DE GARANTIA, DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO

Por João Paulo SANTOS SILVEIRO

Resumo

As ações judiciais que versam sobre vícios construtivos em empreendimentos imobiliários vêm se avolumando de forma exponencial no judiciário brasileiro, resultado do protagonismo assumido pela construção civil no cenário nacional e pelo notável avanço da tecnologia e socialização da informação. Dentre as inúmeras discussões jurídicas em relação ao tema dos vícios construtivos, destacam-se aquelas atinentes aos prazos de garantia, decadência e prescrição. O presente artigo destina-se a distinguir e analisar cada um destes institutos, bem como a avaliar o posicionamento doutrinário e jurisprudencial sobre a matéria. A partir de uma perspectiva crítica, pretende-se chamar a atenção para a importância da observância das normas regulamentadoras (NBRs) e recomendações técnicas, tanto pelos adquirentes, como pela incorporadora/construtora, bem como para a necessidade de uniformização da jurisprudência, a fim de alcançarmos maior previsibilidade e segurança nos julgados atinentes às ações que tem como objeto vícios construtivos em empreendimentos imobiliários.

Introdução

Atualmente, no Judiciário brasileiro, não são poucas as demandas que versam sobre vícios construtivos em empreendimentos imobiliários. O crescimento desse tipo de discussão é visível para todos aqueles que transitam neste mercado (advogados, construtores, engenheiros, peritos, julgadores e etc.).

As razões para que esse tipo de demanda tenha ganhado um protagonismo no Judiciário são diversas. É fato que nos anos 2008-2011 vivenciamos um boom imobiliário no mercado brasileiro, época de alta oferta de crédito aos consumidores, e que as construtoras/incorporadoras construíram a todo vapor. Em tal período, foi edificada uma grande quantidade de edifícios novos por parte das empresas do ramo imobiliário. Nesta época as empresas da construção civil enfrentaram-se com um problema seríssimo de escassez de mão-de-obra em todos os níveis de sua atividade, atingindo diretamente não só o prazo de entrega quanto a qualidade das edificações. Soma-se a isso o decurso do tempo e o esperado “envelhecimento” dessas construções, resultando em um crescimento exponencial do número de ações que discutem vícios construtivos.

Em paralelo, a sociedade brasileira tem se mostrado cada vez mais ativa na reivindicação de seus direitos e exposição de suas inconformidades. As facilidades da comunicação e a propagação de informações pelas redes sociais e por aplicativos eletrônicos de mensagens instantâneas (cujo exemplo mais difundido é o *whatsapp*) impulsionaram o ajuizamento de todos os tipos de demandas por parte dos consumidores (o que já vinha sendo uma tendência após o CDC). Não foi diferente em relação às ações relativas a vícios construtivos.

Os autores destas demandas, em regra, são os proprietários das unidades (quando verificados problemas em seu apartamento/sala comercial) ou o condomínio (quando os vícios estão localizados nas áreas de uso comum do empreendimento). Por sua vez, o polo passivo geralmente é ocupado pelas construtoras e incorporadoras que levaram a cabo as edificações.

Dentre as diversas discussões jurídicas existentes nesse tipo de demanda, destacam-se aquelas que se referem aos prazos de **garantia, decadência e prescrição**. Neste sentido, observa-se que há uma divergência doutrinária e jurisprudencial no que tange aos prazos aplicáveis a esses institutos, bem como não há clareza de entendimento por parte dos operadores do direito em relação à legislação aplicável e o dispositivo de lei para um cada destes.

O presente artigo tem o objetivo de esclarecer o conceito de cada um desses institutos, as distinções entre eles, o posicionamento da melhor doutrina e do Judiciário em relação ao tema. Ainda, importante introduzir que o presente artigo dirige o seu foco à responsabilidade civil do construtor e incorporador perante os adquirentes das unidades habitacionais, tanto individualmente, como, também, quando os mesmos estão reunidos e representados através do condomínio, nas oportunidades em que os vícios atingem as áreas de uso comum do empreendimento.

Adiante, convidamos o leitor à análise do tema, que está subdividido em duas partes: **(1) Prazos de Garantia;** e **(2) Prazos Decadenciais e Prescricionais.**

1 • Prazos de garantia

A responsabilidade civil do incorporador e do construtor perante os adquirentes das unidades imobiliárias está positivada em 03 (três) diplomas legais hoje vigentes no ordenamento jurídico, quais sejam: (a) O Código Civil; (b) A Lei nº 4.591/64 (Lei de Incorporações Imobiliárias); e (c) O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Seja em relação aos prazos garantia, seja no que se refere aos prazos decadenciais e prescricionais, há de se fazer uma avaliação harmoniosa dos dispositivos para se realizar uma adequada interpretação do texto legislativo. Além disso, há de se levar em consideração as normas brasileiras regulamentares (NBRs) da área da construção civil, editadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas¹, especialmente quando tratamos dos prazos de garantia.

Ao efetuarem a compra de um apartamento ou espaço comercial em uma incorporação imobiliária, os adquirentes possuem uma série de garantias. Dentre elas está o dever do incorporador e do construtor de responder pela boa execução da obra, de modo a garantir a sua solidez e capacidade para atender ao objetivo para o qual foi construída. Há uma verdadeira obrigação de garantia.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 618, apresenta **um prazo de garantia de 05 (cinco) anos** pela solidez e segurança da obra, que se aplica à relação em comento. “Art. 618, CC: Nos contratos de empreitada de edifícios ou outras construções consideráveis, o empreiteiro de materiais e execução responderá, durante o prazo irredutível de cinco anos, pela solidez e segurança do trabalho, assim em razão dos materiais, como do solo”.

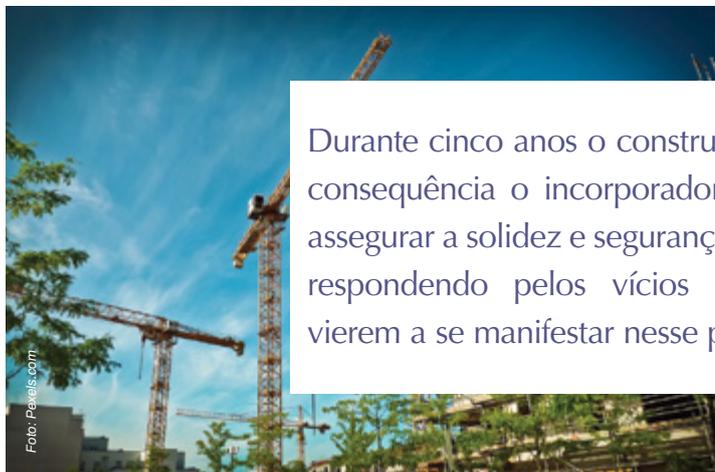
Durante cinco anos o construtor (e por via de consequência o incorporador) fica adstrito a assegurar a solidez e segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que vierem a se manifestar nesse prazo.

Entre os operadores do direito, há certa confusão sobre a natureza desse prazo, mas ele é, sem dúvidas, de garantia e não de caducidade, nem prescricional². Portanto, o prazo de cinco anos não diz respeito à ação de que dispõe o adquirente prejudicado. Isto é, desde que a falta de solidez ou de

¹. A Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) é uma organização que tem como objetivo estabelecer alguns padrões a serem seguidos nos mais variados setores, inclusive no ramo da construção civil.

². CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 366.

segurança da obra se apresente dentro de cinco anos de seu recebimento, a ação contra o construtor e/ou incorporador subsiste, contanto sejam observados os prazos decadenciais e prescricionais (prazos que serão tratados a seguir).



Durante cinco anos o construtor (e por via de consequência o incorporador) fica adstrito a assegurar a solidez e segurança da construção, respondendo pelos vícios e defeitos que vierem a se manifestar nesse prazo.

Ainda em relação a este prazo de cinco anos, destaca-se que se trata de determinação cogente, de ordem pública, não sendo possível ao construtor dele se eximir, nem reduzir a sua amplitude através de cláusula contratual.

No que se refere a interpretação do dispositivo (art. 618, CC), especialmente no que toca à solidez e segurança da obra e sua amplitude, deve-se entender que ele não se refere apenas à solidez e segurança globais da obra, mas, também, à solidez e segurança parciais. Segundo Sérgio Cavalieri Filho, “esses vocábulos devem ser interpretados com certa elasticidade, abrangendo danos causados por infiltrações, vazamentos, quedas de blocos do revestimento etc.”³

Todavia, não são todos os vícios em unidades imobiliárias ou em áreas condominiais que se referem à solidez e segurança da obra – isto é, que estão sob o “guarda-chuva” do prazo de garantia previsto no código civilista. Em um empreendimento imobiliário, há uma quantidade gigantesca de itens que fazem parte do todo, com prazos de vida útil totalmente variados, sendo injusto e inseguro tratar estes prazos de garantia de forma equânime. Em relação à garantia de itens relacionados, por exemplo, ao funcionamento da instalação elétrica, à pintura, ao rejuntamento e etc., é necessário observar as normas técnicas regulamentares de engenharia e os prazos recomendados especificamente para cada item.

Mostra-se fundamental para a aplicação do artigo 618 do Código Civil a distinção dos vícios construtivos entre aqueles que tangem à solidez e segurança da obra e os que a elas não se referem.

A título de exemplificação, trazemos à baila um caso concreto, que

3. *Ibidem*, p. 368



Em um empreendimento imobiliário, há uma quantidade gigantesca de itens que fazem parte do todo, com prazos de vida útil totalmente variados, sendo injusto e inseguro tratar estes prazos de garantia de forma equânime.

tramitou no judiciário paulista. Em ação movida pelo condomínio em face da construtora da edificação, visando ao ressarcimento de danos em decorrência de vícios construtivos, os Desembargadores da 2ª Câmara de Direito Privado entenderam que o art. 618 do Código Civil não se aplicava ao caso, pois não havia risco de solidez e segurança do edifício⁴.

Por outro lado, destacaram os Desembargadores que: “Não assiste razão à requerida quando alega que na ausência de riscos à segurança e solidez da obra não há dever de indenizar”⁵. No caso concreto, os julgadores aplicaram o art. 20 do CDC, que assim dispõe: “O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (...)”.

É importante esclarecer que o Código de Defesa do Consumidor não trata de prazos de garantia. Conforme o ensinamento de Sérgio Cavalieri Filho, “diferentemente do Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor não estabeleceu prazos fixos dentro dos quais os vícios de construção devem se apresentar: determina que a durabilidade, a qualidade e a utilidade do produto ou serviço devem corresponder às expectativas do consumidor criadas pelo fornecedor; devem corresponder ao prazo normal e razoável de durabilidade do produto ou serviço”⁶.

Tendo em vista que não são todos os itens de uma obra que estão abarcados pelo prazo de garantia do art. 618 do CC e que o CDC não apresenta qualquer prazo de garantia, mostra-se imprescindível, para a correta apreciação do critério da vida útil ou prazo razoável de durabilidade do produto, sejam observados os prazos de garantia instituídos pelas normas brasileiras regulamentares (NBRs), bem como aqueles recomendados pelos órgãos da construção civil.

Neste sentido, cumpre salientar que a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) editou uma importante norma no ano de 2013, a NBR 15.575/2013. Esta norma prevê que todos os novos projetos construtivos em todo o território nacional, a contar de julho de 2013, devem atender aos prazos de garantia lá descritos, além de definir cada projeto quanto ao padrão e sua vida útil e orientar os adquirentes quanto à manutenção da obra e seus reflexos no âmbito das responsabilidades.

4. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso de apelação nº 0018189-51.2013.8.26.0008. 2ª Câmara de Direito Privado. Relator Alcides Leopoldo e Silva Júnior, julgado em 10/01/2018.

5. *Ibidem*, p. 11.

6. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil, op. cit.*, p. 379.

Além disso, o setor da construção civil, através de seus sindicatos, ao longo dos últimos anos, vem se reunindo e editando recomendações de prazos de garantia. Cita-se, como exemplo, o SINDUSCON do Estado do Paraná, que através do seu site disponibilizou suas recomendações em relação a garantia de diversos itens constantes na construção de edificações⁷.

Conforme se verifica na tabela de prazos de garantia recomendada pelo referido sindicato, há uma quantidade significativa de itens aos quais o prazo recomendado é de 5 anos. Por exemplo: *i*) fundações, estrutura principal, estruturas periféricas, contenções e arrimos; *ii*) paredes de vedação, estruturas auxiliares, estruturas de cobertura, estrutura das escadarias internas ou externas, guarda-corpos, muros de divisa e telhados; e *iii*) instalações hidráulicas – colunas de água fria, colunas de água quente, tubos de queda de esgoto. Instalações de gás – colunas de gás (integridade e estanqueidade).

Contudo, há também uma série de itens para os quais o prazo recomendado é inferior aos 5 anos. A título de exemplificação, citam-se: *i*) esquadrias de madeira: em relação à empenamento, descolamento e fixação (1 ano); *ii*) fechaduras e ferragens em geral: no que se refere ao funcionamento e acabamento (1 ano); *iii*) forros de gesso: no que tange às fissuras por acomodações dos elementos estruturais e de vedação (1 ano); *iv*) pintura/verniz (interna e externa): em relação a empolamento, descascamento, esfarelamento, alteração de cor ou deterioração de acabamento (2 anos); e, ainda, *v*) revestimentos de paredes, pisos e tetos em azulejo/cerâmica/pastilhas: no que se refere à estanqueidade de fachadas e pisos em áreas molhadas (3 anos).

É comum observarmos que as construtoras e incorporadoras ao entregarem as chaves das unidades imobiliárias aos adquirentes fornecem, também, o chamado “Manual do Proprietário” com diversas informações, entre elas os prazos de garantia. No caso da entrega das áreas de uso comum das edificações é de praxe a entrega do “Manual do Síndico” contendo diversas recomendações em relação ao dever de manutenção das áreas condominiais e respectivos prazos de garantia.

Até mesmo porque há deveres para ambos os lados da relação. Eventuais problemas que surjam na unidade imobiliária ou na área condominial da edificação diretamente ligados à ausência de manutenção ou, ainda, mau uso por parte dos proprietários, isentarão de responsabilidade o construtor, recaindo esta sobre o proprietário da unidade ou condomínio, conforme o caso.

Por fim, em relação aos limites da garantia, destaca-se o entendimento de Melhim Namen Chalub, segundo o qual excluem-se da responsabilidade do construtor os defeitos decorrentes de mau uso do imóvel, ou de falta de conservação e manutenção por parte do adquirente, além de desgaste natural, inclusive o decorrente do uso do imóvel e, ainda os defeitos oriundos de caso fortuito. Excluem-se, ainda, da responsabilidade do construtor e do incorporador: “defeitos decorrentes de alteração que o adquirente ou seus

7. O site para acesso e download do prazo de garantia é o seguinte: <https://sindusconpr.com.br/prazos-de-garantia-186-p>

prepostos tenham introduzido no projeto e nas especificações, viciando-os”⁸.

Verifica-se, portanto, que a questão atinente aos prazos de garantia é complexa e casuística. É fundamental que se faça uma interpretação harmoniosa da legislação, levando em conta a vida útil esperada de um produto/serviço e as expectativas criadas pelo fornecedor. Com efeito, não há um prazo único de garantia para todos os itens da construção civil. Seria de uma grande injustiça tratar todos os itens da mesma forma, na medida em que há uma enormidade de itens com prazos de vida útil esperada totalmente diversos.

2 • Prazos de decadência e prescrição

Passa-se, então, a analisar os prazos decadenciais e prescricionais aplicados a situações de vícios construtivos verificados dentro do prazo de garantia. É primordial destacar que há uma grande divergência doutrinária e jurisprudencial no que se refere aos prazos decadenciais e prescricionais em ações que versam sobre vícios construtivos em empreendimentos imobiliários. Ainda que sumariamente, pois o tema nos conduziria para além dos limites deste artigo, vale rememormos a distinção entre os conceitos de prescrição e decadência.

Define-se a prescrição como sendo a perda da pretensão, ou seja, perda da proteção jurídica relativa a um direito pelo decurso de prazo. Silvio Rodrigues desdobra este conceito em alguns elementos e reafirma a prescrição por meio dos seguintes critérios: a) a inércia do credor, ante a violação de um seu direito; b) por um período de tempo fixado em lei; c) conduz à perda da pretensão de que todo direito vem munido, de modo a privá-lo de qualquer capacidade defensiva⁹.

O que perece, portanto, através da prescrição extintiva, não é o direito. Este pode permanecer por longo tempo inativo, sem perder sua eficácia. O que se extingue é a pretensão condenatória de obrigar o devedor a uma prestação¹⁰. Ainda, nas palavras do civilista: “na prática, pouca diferença faz que seja o direito ou a pretensão o que perece, pois desmunido de seus elementos de defesa, o direito perde quase inteiramente sua eficácia”¹¹.

Em relação à decadência, é importante que se diga que o Código Civil de 1916 não falava em decadência ou caducidade de direito, só se referindo à prescrição; mas era unânime a doutrina e torrencial a jurisprudência em admitir que vários dos casos disciplinados no Código Civil sob aquela rubrica

8. CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 396.

9. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 324.

10. *Ibidem*, pp. 324-325.

11. *Ibidem*, p. 325.

eram de decadência. Já o Código Civil de 2002 tem um capítulo específico sobre a decadência¹². Deve esta ser entendida como a extinção de direitos potestativos que deixaram de ser constituídos pela inércia dos respectivos titulares, em determinado período de tempo¹³.

Ao efeito de sistematizar as diferenças entre prescrição e decadência, Flavio Tartuce, em seu “Manual de Direito Civil”¹⁴, apresentou um quadro comparativo entre prescrição e decadência, o qual se transcreve abaixo em virtude de sua ímpar clareza:

Prescrição	Decadência
Extingue a pretensão.	Extingue o direito.
Prazos somente estabelecidos pela lei.	Prazos estabelecidos pela lei (decadência legal) ou por convenção das partes (decadência convencional).
Deve ser reconhecida de ofício pelo juiz.	A decadência legal deve ser reconhecida de ofício pelo magistrado, o que não ocorre com a decadência convencional.
A parte pode não alegá-la. Pode ser renunciada pelo devedor após a consumação.	A decadência legal não pode ser renunciada, em qualquer hipótese. A decadência convencional pode ser renunciada após a consumação, também pelo devedor (mesmo tratamento da prescrição).
Não corre contra determinadas pessoas.	Corre contra todas, com exceção dos absolutamente incapazes (art. 3º do CC – menores de 16 anos, em sua redação atualizada pela Lei 13.146/2015).
Previsão de casos de impedimento, suspensão ou interrupção.	Não pode ser impedida, suspensa ou interrompida, regra geral, com exceção de regras específicas.
Relacionada com direitos subjetivos, atinge ações condenatórias (principalmente cobrança e reparação de danos).	Relacionada com direitos potestativos, atinge ações constitutivas, positivas e negativas (principalmente ações anulatórias).
Prazo geral de 10 anos (art. 205 do CC).	Não há, para a maioria da doutrina, prazo de decadência. Há um prazo geral para anular negócio jurídico, de dois anos contados da sua celebração, conforme o art. 179 do CC.
Prazos especiais de 1, 2, 3, 4 e 5 anos, previstos no art. 206 do CC.	Prazos especiais em dias, meses, ano e dias e ano (1 a 5 anos), todos previstos em outros dispositivos, fora dos arts. 205 e 206 do CC.

12. *Ibidem*, p. 329.

13. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108), p. 241.

14. TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 349.

Brevemente exposta a distinção conceitual entre decadência e prescrição, passa-se a pontuar o entendimento doutrinário e jurisprudencial relacionado aos seus respectivos prazos no que se refere a vícios construtivos em empreendimentos imobiliários.

Faremos inicialmente o exame do **instituto da decadência**.

A relação entre adquirentes de unidades imobiliárias e construtores/incorporadoras, em grande parte, é de consumo. Nestes casos, as disposições do Código de Defesa do Consumidor invariavelmente devem ser interpretadas e aplicadas pelos operadores do direito na discussão/resolução dos conflitos, razão pela qual passamos a tratar do tema (decadência) tendo como ponto de partida o diploma consumerista. Não há como estudar o tema sem fazer algumas classificações, uma vez que elas são fundamentais para a análise dos prazos decadenciais.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece dois regimes jurídicos para a responsabilidade civil do fornecedor: a responsabilidade por fato do produto ou serviço (arts. 12 a 17) e a responsabilidade por vício do produto ou serviço (arts. 18 a 25).

Basicamente, a distinção entre ambas reside em que, na primeira, além de desconformidade do produto ou serviço com uma expectativa do consumidor, há um acontecimento externo (acidente de consumo) que causa dano material ou moral ao consumidor. Na segunda, o prejuízo do consumidor decorre do defeito interno do produto ou serviço (incidente de consumo). Para cada um destes regimes jurídicos de responsabilidade, o CDC estabeleceu limites temporais próprios: prescrição de 5 anos (art. 27) para a pretensão indenizatória pelos acidentes de consumo; e decadência de 30 ou 90 dias (art. 26) para a reclamação pelo consumidor, conforme trate de vícios de produtos ou serviços não duráveis ou duráveis.

O principal foco de litígio entre o construtor e o consumidor são os vícios de qualidade. No momento da entrega a obra está aparentemente perfeita; tempos depois começam a aparecer infiltrações, vazamentos, rachaduras, defeitos nas instalações hidráulicas e elétricas. Para essas hipóteses, merece atenção o art. 26 do CDC, que determina os prazos decadenciais¹⁵. A partir deste dispositivo, pode-se deduzir que o direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação na unidade imobiliária ou na área condominial da edificação caduca em 90 (noventa) dias a partir da entrega das chaves do imóvel e/ou das áreas de uso comum do empreendimento

15. Art. 26. O direito de reclamar pelos vícios aparentes ou de fácil constatação caduca em:

I - trinta dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos não duráveis;

II - noventa dias, tratando-se de fornecimento de serviço e de produtos duráveis.

§ 1º Inicia-se a contagem do prazo decadencial a partir da entrega efetiva do produto ou do término da execução dos serviços.

§ 2º Obstat a decadência:

I - a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II - (Vetado).

III - a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

§ 3º Tratando-se de vício oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

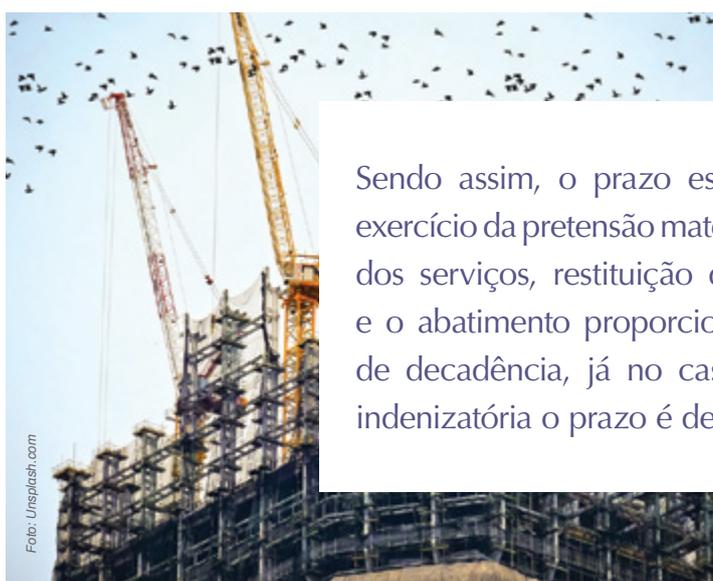
imobiliário ao Síndico. Já se o vício for oculto, o prazo decadencial inicia-se no momento em que ficar evidenciado o defeito.

O próprio art. 26, em seu parágrafo terceiro, estabelece que a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor (no caso construtor ou incorporador) obsta a decadência até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca.

Em recente decisão, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça estabeleceram que o prazo decadencial do artigo 26 do Código de Defesa do Consumidor se relaciona somente ao período de que dispõe o consumidor para exigir em juízo alguma das alternativas que lhe são conferidas pelos arts. 18, §1º, e 20, caput do mesmo diploma legal (a saber, a substituição do produto, a restituição da quantia paga, o abatimento proporcional do preço e a reexecução do serviço), não se confundindo com o prazo prescricional (que será verificado abaixo) a que se sujeita o consumidor para pleitear indenização decorrente da má-execução do contrato.¹⁶.

Conforme se verifica nas razões de decidir constantes nos votos dos julgadores (Ministra Nancy Andriighi e Ministro Moura Ribeiro), somente as ações constitutivas estão sujeitas a decadência. Sendo assim, o prazo estipulado para o exercício da pretensão material (reexecução dos serviços, restituição da quantia paga e o abatimento proporcional do preço) é de decadência, já no caso da pretensão indenizatória o prazo é de prescrição.

Segundo o Ministro Moura Ribeiro, “esses prazos referem-se ao direito potestativo de reclamar – daí tratar-se de decadência -, obrigatórios e necessários para conferir ao fornecedor o direito de sanar tal vício.”



Sendo assim, o prazo estipulado para o exercício da pretensão material (reexecução dos serviços, restituição da quantia paga e o abatimento proporcional do preço) é de decadência, já no caso da pretensão indenizatória o prazo é de prescrição.

16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.534.831/DF. Terceira Turma. Ministra Nancy Andriighi, julgado em 20/02/2018..

Em relação aos prazos decadenciais, afóra aqueles previstos no Código de Defesa do Consumidor, há que se destacar o parágrafo único do art. 618 do Código civilista, introduzido ao ordenamento jurídico pelo Código Civil de 2002, o qual dispõe: “Decairá do direito assegurado neste artigo o dono da obra que não propuser a ação contra o empreiteiro, nos cento e oitenta dias seguintes ao aparecimento do vício ou defeito.”

A partir de sua introdução no ordenamento vigente, a doutrina e jurisprudência pátrias passaram a se interrogar sobre o efeito desta nova disposição legal no exercício da garantia contra vícios ocultos na obra. De um lado, parte da doutrina sustenta que o prazo é decadencial (como a própria redação do dispositivo legal já sugere) e que, uma vez transcorrido, não terá qualquer ação contra o empreiteiro.

No entanto, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça acolheram a interpretação da doutrina majoritária no sentido de que o prazo de 180 dias, de natureza decadencial, se refere apenas ao direito de o comitente pleitear a rescisão contratual ou o abatimento no preço (ação de índole desconstitutiva), permanecendo a pretensão de indenização, veiculada em ação condenatória, sujeita ao prazo prescricional.

Assim, a interpretação conferida pela Corte Superior sob a regência do CC/02 é a que o comitente verificando o vício dentro do prazo de garantia, poderá, a contar do aparecimento da falha construtiva: a) redibir o contrato ou pleitear abatimento no preço, no prazo decadencial de 180 dias; b) pleitear indenização por perdas e danos, no prazo prescricional.

Uma vez apresentado o posicionamento atual do STJ em relação aos prazos decadenciais previstos no CDC e no CC, é importante fazer um link do tema com os prazos de garantia (tratados na primeira parte do presente artigo). Nas palavras dos autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor - Ada Pellegrini Grinover e outros -, em princípio, o consumidor somente pode acionar os dispositivos relativos à responsabilidade por vícios ocultos até a data-limite da garantia. Escoado o prazo de garantia, o construtor pode furtar-se à responsabilidade pelos vícios demonstrando ter-se expirado o prazo de ação de vida útil do produto pela ação do tempo¹⁷.

Significa dizer que a data-limite para efeito da responsabilidade do construtor/incorporador coincide com a data-limite da garantia legal ou contratual, que deve estar sempre conectada com a vida útil do produto, e isso tem uma explicação muito clara: não se pode eternizar a responsabilidade do fornecedor por vícios ocultos dos produtos ou serviços.

Ainda, pontua-se que estamos tratando de situações relacionadas a “vícios do produto ou serviço”, e não de “fatos do produto ou serviço” decorrentes de acidente de consumo. A lei é bastante clara no sentido de

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do Anteprojeto*, op. cit., p. 243.

que os prazos decadenciais de 30 e 90 dias são relativos aos vícios dos produtos e serviços (art. 26)¹⁸.

De maneira geral, pode-se concluir que os prazos decadenciais previstos no art. 26 do CDC, bem como no parágrafo único do art. 618 do CC, referem-se ao direito potestativo de reclamar e postular a pretensão material (reexecução dos serviços, restituição da quantia paga e o abatimento proporcional do preço). Já para pleitear pretensões indenizatórias o **prazo** é o **prescricional**.

Na vigência do Código de 1916, o STJ fixou o entendimento de que o prazo prescricional para as ações relativas a vícios construtivos era de 20 (vinte) anos, com base no art. 177, CC, inclusive, sendo editada uma Súmula nesse sentido (Súmula 194).

Posteriormente, na vigência do Código Civil de 2002, a Corte Superior remodelou o seu entendimento estabelecendo que a prescrição ocorre em 10 (dez) anos, com base no art. 205 do CC, desde que manifestado o vício dentro do prazo de garantia¹⁹.

Isso porque entendem os Ministros que se cuida de ação de responsabilidade por ilícito contratual, e não havendo regra específica, incide o prazo geral do art. 205 do Código Civil.²⁰

Ainda conforme precedentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial da prescrição é a data do conhecimento das falhas construtivas²¹.

Portanto, o prazo prescricional para pleitear indenização por perdas e danos nas ações relacionadas a vícios construtivos em empreendimentos imobiliários é de 10 (dez) anos, desde que manifestado o vício dentro do prazo de garantia.

Considerações finais

O tema abordado no presente artigo – prazos de **garantia, decadenciais e prescricionais**, no que se refere aos vícios construtivos em empreendimento imobiliários -, não possui ainda unanimidade na doutrina e na jurisprudência.

18. BENJAMIN, Antônio Herman. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 159.

19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.344.043/DF. Quarta Turma. Ministra Relatora Maria Isabel Gallotti, julgado em 17/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Resp nº 176.664/SC. Terceira Turma. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.290.383/SE. Terceira Turma. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/02/2014.

20. Art. 205, CC: "A prescrição ocorre em dez anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor".

21. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1.290.383/SE. Terceira Turma. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 11/02/2014.

A legislação positivou um único prazo de garantia para tudo aquilo que se refere à solidez e segurança da obra (art. 618 do CC). Para as demais situações, há que se parametrizar o prazo de garantia de acordo com os padrões referenciais normativos.

Espera-se que a jurisprudência evolua, de maneira que as normas e recomendações passem a ser referenciais presentes para todos os operadores do direito quando se trate de prazos de garantia, afastando a insegurança jurídica que atualmente predomina.

O caminho para que se diminua a insegurança jurídica em relação a tais prazos é, primeiro, que as normas regulamentadoras (NBRs) e recomendações técnicas sejam os grandes referenciais quando se trate de garantia, e também, que haja uma uniformização no entendimento dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça em relação a aplicação dos prazos de decadência e prescrição.

Somente criando um entendimento sólido sobre a interpretação dos dispositivos relacionados ao tema é que se pode vislumbrar alguma previsibilidade nas decisões atinentes às ações que tem como objeto vícios construtivos em empreendimentos imobiliários.



Diálogos entre a advocacia e a psicologia

A SOCIEDADE DE ADVOGADOS, O ATENDIMENTO CENTRADO NO CLIENTE E A MEDIAÇÃO DOS CONFLITOS

Por Fabio CAPRIO LEITE DE CASTRO e Fernanda HAILLIOT HABCKOST

Resumo

O presente artigo tem por objetivo abordar a intersecção entre a advocacia e a psicologia através de três campos de estudo: o espaço de trabalho em grupo, as condições do atendimento e a perspectiva mediadora na resolução de conflitos. O primeiro deles, destinado ao trabalho em grupo, tem como base os aportes da psicologia organizacional e da psicologia de grupos, a fim de examinar os desafios que se colocam no contexto laboral das sociedades de advogados. No segundo ponto, coloca-se em evidência, através da psicologia humanista, especialmente a partir da abordagem rogeriana, aquilo que se denomina o “atendimento centrado no cliente”. Por fim, volta-se para o campo psicológico da mediação e da conciliação, cujas ressonâncias se fazem sentir em resposta à judicialização da vida. Através dessas três dimensões, pretende-se mostrar que as transformações no cenário de atuação do advogado não têm o condão de atingir aquilo que permanece sendo a sua essência. Ao contrário: quanto mais a sociedade se transformar em seus padrões de comunicação, mais o advogado será requisitado em sua atuação por uma demanda de atenção pessoal e singular.

Introdução

As múltiplas transformações tecnológicas, especialmente nos últimos anos, produziram profundas mudanças na dinâmica da atividade do advogado. Não apenas no exercício da advocacia na esfera judicial, por exemplo, com o advento do processo eletrônico. Em razão do sucesso das redes virtuais e do acesso constante à internet, também é possível perceber, sobretudo no dia a dia da comunicação, da produção e do acesso à informação, um conjunto de desafios que se impõem aos advogados.

Tanto na atuação profissional como no ensino do direito, costuma-se priorizar o conhecimento dogmático e técnico; porém, o que se pretende colocar aqui em relevo são algumas questões que constituem, na verdade, parte essencial da advocacia e que nos reportam diretamente a uma reflexão sobre a própria transformação da atividade da advocacia na atualidade. O presente artigo tem por objetivo traçar, em algumas linhas, uma análise de três dimensões em que se fazem reverberar essas questões.

Considerando-se a convivência laboral como primeira dimensão a ser analisada, será dada ênfase ao escritório de advocacia como espaço de trabalho em grupo. Além da informação adquirida, do conhecimento produzido, do domínio das técnicas jurídicas, o profissional é chamado a instaurar com seus colegas um diálogo interdisciplinar. O advogado não é apenas um indivíduo atomizado cujo conhecimento se soma aos dos demais colegas. A complexidade das tarefas gera por si a necessidade de especialização, mas também a produção de novos espaços de comunicação e interação, nos quais o trabalho em equipe mostra-se fundamental. É nesse sentido que alguns conceitos da psicologia de grupos e das organizações poderão auxiliar em nossas análises.

Em seguida, colocaremos em relevo a dimensão do atendimento pessoal ao cliente. Muito embora as transformações eletrônicas e digitais estejam produzindo um fenômeno de aceleração de estímulos visuais, bem como de produção e de troca de informação, o que se vê, na prática, não é o aprofundamento das relações, mas a sua liquidez. O contraponto disso é que o cliente não levará apenas uma demanda técnica ao seu advogado. Por certo, será exigido do profissional o conhecimento formal e material do direito, sempre em transformação, além do domínio das novas tecnologias. Porém, o advogado será cada vez mais requisitado por seu atendimento pessoal, por sua disposição, por sua capacidade de acolhimento e empatia, portanto, como um profissional capaz de reconhecer, no problema jurídico que lhe é levado, aquilo que ele substancialmente representa na demanda e na vivência singular do seu cliente.

A terceira dimensão que pretendemos colocar em destaque é o papel do advogado, que vem sendo progressivamente assinalado na doutrina e estabelecido pela legislação, como mediador na resolução de conflitos. O aumento exponencial do número de processos judiciais no Brasil e a morosidade de sua tramitação levaram a um questionamento mais profundo sobre a cultura do contencioso. De maneira geral, a institucionalização do processo eletrônico

pode ser levantada como bandeira para a aceleração dos julgamentos, mas jamais como medida para mudar referida cultura. Nesse sentido, cada vez mais relevante se torna o comprometimento do advogado na busca do meio mais célere e menos prejudicial às partes em conflito através da negociação. Também aqui a psicologia poderá abrir caminhos para a reflexão sobre os métodos para a resolução de conflitos, mas, sobretudo, sobre uma transformação da própria atitude do advogado.

Através desses três pontos – o espaço de trabalho em grupo, as condições do atendimento e a perspectiva mediadora na resolução de conflitos – será possível mostrar, paulatinamente, que mesmo as maiores mudanças no cenário da atuação do advogado não têm o condão de atingir aquilo que permanece sendo a sua essência. Ao contrário: **quanto mais a sociedade se transformar em seus padrões de comunicação, mais o advogado será requisitado em sua atuação por uma demanda de atenção pessoal e singular.**

1 • A sociedade de advogados: trabalho em grupo, cooperação e motivação

A vida laboral nos escritórios de advocacia encontra-se em notável transformação e configura uma situação cada vez mais desafiadora. O profissional deve zelar, ao mesmo tempo, por dois fatores que por vezes se mostram antagônicos: *(i)* o constante aprimoramento técnico/tecnológico e a especialização do saber; *(ii)* uma sólida base de formação, de caráter amplo e sistemático. O grande desafio consiste em aproximar esses fatores, em levar a uma possível conjunção aquilo que por vezes se apresenta como contrariedade de forças. De maneira geral, o segundo fator costuma ser pressuposto sem ser mencionado, pois a prática laboral e o modelo de ensino que a acompanha incentivam de modo mais expresso a capacitação profissional altamente especializada. No entanto, é este segundo fator que termina por ser, em conjunção com o primeiro, a grande referência do profissional, principalmente em suas relações interpessoais e na sua capacidade de resolução de problemas. O que se pretende ora delinear, tomando por auxílio as investigações em psicologia, diz respeito à compreensão desse fenômeno desde as dinâmicas grupais.

Em um escritório de advocacia, a variar conforme o seu modelo, foco de atuação e tamanho, o advogado não é apenas um “indivíduo”, um elemento cujos conhecimentos especializados se somam aos dos seus colegas. A complexidade das questões aventadas no dia a dia jurídico remete cada profissional aos seus pares e exige que estejam preparados não apenas para enfrentar questões altamente especializadas, mas para produzir espaços de troca, de interação e comunicação.

Um primeiro aspecto que sobressai quando se analisam as dinâmicas próprias a um escritório de advocacia é a diferença entre grupo e equipes de

trabalho. De acordo com Paul Spector, em seu livro *Psicologia das organizações*, grupo é “a união de duas ou mais pessoas que interagem umas com as outras e dividem algumas tarefas, visando objetivos inter-relacionados”¹. Ainda, segundo o autor, valendo-se da tese de West, Borrill e Unsworth, a equipe de trabalho é um tipo de grupo de trabalho, mas com três características específicas: “(1) as ações dos indivíduos devem ser interdependentes e coordenadas; (2) cada membro deve ter um papel específico determinado; (3) deve haver tarefas com o mesmo objetivo”². Não interessa tanto o acerto quanto à denominação empregada, ou críticas que podem ser dirigidas a essa concepção. O que aqui importa é a distinção entre dois níveis de trabalho que coexistem em se tratando de um escritório de advocacia.

Sem dúvida, a sociedade de advogados configura um grupo de profissionais, cada qual com as suas particularidades, preferências, habilidades e especialidades. Todos os profissionais atuam com objetivos que tendem a um ponto comum: a boa dinâmica de trabalho e atendimento. Ocorre, porém, que os profissionais são chamados a configurar grupos menores, o que Spector chama de “equipes de trabalho”, em conformidade com a área de atuação, tanto no campo jurídico propriamente dito, quanto no que tange ao tipo de atuação na advocacia (contenciosa ou não-contenciosa), além das equipes formadas especialmente para atuar em um caso específico.

A dinâmica entre esses níveis de funcionamento no escritório de advocacia pode ser concebida através de enfoques diversos³. Colocaremos aqui em destaque o enfoque da concepção sistêmica. O que nos parece pertinente nesse enfoque é a perspectiva de que a própria estrutura organizacional é dinâmica, de modo que “o sistema representa a organização real e objetiva que dá sentido a essa estrutura”⁴. A concepção sistêmica ajuda a perceber, ainda de forma atual, o modo complexo como as atividades e as interações se produzem em um mesmo espaço. Em um escritório de advocacia, o advogado termina por especializar-se em um setor, porém não apenas como um elemento que cumpre uma funcionalidade específica para o equilíbrio da organização-organismo. A todo momento, o profissional especializado é chamado a interagir, a criar espaços de diálogo, a investigar e produzir respostas em âmbito interdisciplinar, a cumprir múltiplas funções. Ao mesmo tempo, cada profissional é único como pessoa e membro de um espaço grupal de comunicação e produção de saberes.

Essa multiplicidade de dimensões (pessoais e grupais) desdobra-se sobre os dois fatores inicialmente citados (constante aprimoramento e base

1. SPECTOR, Paul E. *Psicologia Organizacional*. Trad. Solange Aparecida Visconde. São Paulo: Saraiva, 2002 (1996), p. 310.

2. *Ibidem*, p. 311.

3. Segundo Joel Camacho, a concepção mecânica, mormente influenciada pelas teorias físicas, possui o inconveniente de interpretar a mudança como desequilíbrio, tendendo, portanto, a uma interpretação mais rígida das organizações institucionais. Já os defensores da concepção orgânica, influenciada pelos avanços nas ciências biológicas, perceberam a fragilidade do conceito de equilíbrio defendido pelos mecanicistas e propuseram em seu lugar a noção de adaptabilidade, sem romper, no entanto, o constante de equilíbrio estrutural. A concepção sistêmica propõe justamente uma revisão da noção de estrutura, uma vez que esta não é permanente, a partir de uma perspectiva processual. (CAMACHO, Joel. *Psicologia Organizacional – Uma abordagem sistêmica*. São Paulo: EPU, 1984, p. 2-5).

4. *Ibidem*, pp. 6-7.

sólida de formação). Estamos vivendo em uma época cuja tendência é a informatização, o uso de aparelhos eletrônicos de comunicação e a demanda por serviços via internet. A cultura cooperativa sofre influência direta dessas transformações através dos modelos de dispositivos comunicativos e, por conseguinte, as dinâmicas grupais dos escritórios de advocacia são evidentemente marcadas por exigências oriundas de tais mudanças.

Um aspecto que pode auxiliar na compreensão dessas transformações diz respeito ao sentido das relações cooperativas. Raimo Tuomela, filósofo que aposta em uma teoria social naturalista, enfatiza que a cooperação pode se dar por dois modos de intencionalidade coletiva, o que ele chama de modo-eu (*I-mode*) e modo-nós (*we-mode*)⁵. No primeiro caso, cada participante coopera individualmente para a coletividade, enquanto no segundo, a cooperação se vale de uma intencionalidade compartilhada. Poderíamos afirmar, considerando os conceitos de grupo e equipe acima descritos, que as dinâmicas de trabalho dos escritórios de advocacia, cada vez mais informatizadas e aceleradas, atravessam múltiplas dimensões, as quais exigem do advogado ora a sua contribuição única e singular, ora a sua participação em equipes com objetivos e intenções compartilhados. Por exemplo, em uma mesma sociedade de advogados, o profissional pode ser chamado a atender sozinho e de modo exclusivo um cliente, assim como ele pode trabalhar em equipe para a resolução de um problema complexo. No primeiro caso, a atividade profissional é individualizada, embora ela represente implicitamente uma cooperação perante a sociedade de advogados. No segundo, a intencionalidade cooperativa exige de cada integrante uma nova postura perante a mesma coletividade, de maneira que as diferentes contribuições de cada membro convirjam em uma mesma direção.

A questão está em como promover espaços que permitam a cada qual orientar-se de acordo com as suas próprias aspirações ao mesmo tempo em que é reforçado o compromisso com o grupo. Nesse sentido, o ponto a ser tocado, inevitavelmente, é a motivação.

A teoria da motivação tem em vista a direção, intensidade e persistência de um comportamento ao longo do tempo⁶ – no caso das organizações, em ambiente de trabalho. Não é por outra razão que ela se tornou um capítulo essencial da psicologia organizacional. São muitas as teorias que se voltam para o fator motivacional, como a da expectativa ou da fixação de metas. A teoria que colocaremos em destaque é a teoria da hierarquia das necessidades de Maslow, uma das primeiras aplicadas ao âmbito organizacional.

Quando Maslow desenvolveu o seu modelo de pesquisa em psicologia, a motivação não lhe pareceu apenas um tema entre outros. Ele se tornou o eixo central da psicologia humanista maslowiana⁷. De acordo com a sua teoria, a saúde física e psíquica do indivíduo depende de um equilíbrio na satisfação de suas necessidades, aí incluídas aquelas que correspondem a

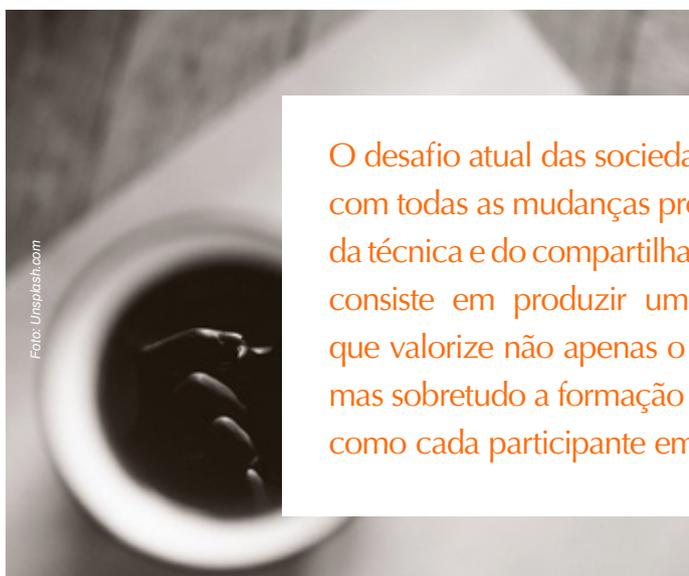
5. TUOMELA, Raimo. *The philosophy of sociality – The shared point of view*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 46.

6. SPECTOR, Paul E. *Psicologia Organizacional*, op. cit., p. 198.

7. MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. 2ª ed. Nova Iorque: Harper & Row Publishers, 1970.

dimensões físicas, sociais e psicológicas. Segundo esse entendimento, cada indivíduo comporta em si uma hierarquia de necessidades cujas camadas relacionam-se segundo diferentes modelos de gratificação. Mais abaixo da pirâmide estariam as necessidades vitais, ou seja, as necessidades fisiológicas e de segurança. Em seguida viriam as necessidades de associação, estima e auto-realização, esta última no topo da pirâmide. Embora pesem sobre a teoria de Maslow várias críticas, é inegável que esta teoria segue produzindo impacto positivo nas organizações. Seu grande mérito é colocar em relevo as motivações sob um enfoque holístico, valorizando o tema da auto-realização em longo prazo. Sem essas dimensões motivacionais, seria impossível pensar o funcionamento atual dos escritórios e suas transformações.

É preciso sempre deixar aberto o espaço de diálogo do advogado com o grupo, no qual possa emergir a sua singularidade na atuação profissional, suas preferências e habilidades particulares. O espaço de trabalho, a vida e motivação do grupo dependem dessa abertura, onde cada um possa negociar e expressar como se sente diante das responsabilidades assumidas e desafios profissionais, na difícil harmonização da balança entre interesses singulares de cada membro, atividades individuais na esfera do grupo e atividades em equipe na esfera do grupo. Nessa balança, emergem, potencialmente, segundo as circunstâncias, as necessidades pessoais de esfera básica do advogado, assim como outras de esfera psicológica, como as relações, estima e auto-realização. Também é nessa balança que os conflitos entre segurança e crescimento profissional costumam aparecer.



O desafio atual das sociedades de advogados, com todas as mudanças produzidas na ordem da técnica e do compartilhamento dos saberes, consiste em produzir um espaço dinâmico que valorize não apenas o trabalho realizado, mas sobretudo a formação grupal em si, assim como cada participante em sua singularidade.

O desafio atual das sociedades de advogados, com todas as mudanças produzidas na ordem da técnica e do compartilhamento dos saberes, consiste em produzir um espaço dinâmico que valorize não apenas o trabalho realizado, mas sobretudo a formação grupal em si, assim como cada participante em sua singularidade. Tarefa que se impõe aos escritórios adaptados a um

modelo de aceleração, seja pelo ritmo das transformações jurídicas, seja pelas mudanças culturais absorvidas por cada membro da sociedade de advogados e pelos próprios clientes. Surpreendentemente, por detrás da aceleração produzida e exigida para a consecução dos serviços, há uma esfera humana de necessidades que permanece viva e à espera de escuta. Essa é a dimensão que se pretende doravante analisar.

2 • O atendimento centrado no cliente e a empatia

Assim como os membros da sociedade de advogados demandam uma atenção relativa a suas necessidades singulares, também os clientes, desde outro ângulo, através da relação profissional, apresentam esta demanda. A atividade profissional do advogado apresenta muitos matizes, mas, certamente, o ponto que integra as suas atividades e revela a sua culminância é o da aproximação do profissional com seu cliente. Em um contexto de intensificação das comunicações eletrônicas e digitais, bem como de aceleração da produção da informação, o advogado é chamado a participar de novos modelos de interação social.

Pode-se destacar, nesse sentido, a comunicação do advogado através das redes sociais, em que comunica e esclarece aos seus clientes as notícias, decisões judiciais e alterações pertinentes, bem como propicia um canal de contato que favorece diretamente a relação profissional, uma vez que estreita a distância do dia-a-dia.

Este movimento se relaciona a uma maior velocidade nas informações que são disponibilizadas diariamente, assim como à necessidade de respostas aos clientes de maneira mais célere. Dessa forma, é inegável a necessidade de um novo posicionamento da atividade jurídica em um contexto cada vez mais dinâmico que corresponda com as necessidades daqueles que dela necessitam. Dentre os desafios da advocacia na atualidade, não se pode negar a necessidade do profissional em atualizar-se constantemente para melhor responder às necessidades do seu cliente, podendo utilizar-se, para isso, de uma diversa gama de recursos e meios que se encontram disponíveis.

Não obstante, o atendimento pessoal aos clientes continua tendo papel fundamental na boa relação profissional, uma vez que permite maior proximidade, acolhimento e empatia. Muitas vezes, ao buscar o auxílio de um advogado ou escritório de advocacia, o cliente procura e necessita mais do que a simples orientação técnica do profissional. Pelo contrário, a expectativa e necessidade deste poderão revelar-se muito mais profundas do que a mera problemática evidenciada em um primeiro momento, o que poderá ser melhor percebido através de uma escuta diferenciada e ampliada por parte do profissional. A interpretação e aplicação da lei, o uso de determinado precedente ou doutrina, como dimensões explicativas para a solução de um

problema concreto, poderão não ser suficientes ou não constituírem a única medida necessária ao advogado diante de um cenário não totalmente revelado.

Este movimento compreensivo em direção a aspectos menos claros que compõem o problema muitas vezes não é tão evidente ou perceptível ao próprio consultante que, por diferentes razões, pode não ter a consciência plena de todos os aspectos envolvidos. Motivos dos mais diversos tipos, incluindo familiares e emocionais, podem conduzir o cliente a não perceber todos os aspectos do seu próprio problema. Cabe, nestas condições, ao profissional da advocacia atuar de forma mais ampla e humana, sobretudo através de uma atitude empática com seu cliente.



Muitas vezes, ao buscar o auxílio de um advogado ou escritório de advocacia, o cliente procura e necessita mais do que a simples orientação técnica do profissional.

Carl Rogers, o importante psicólogo norte-americano que criou e desenvolveu a Abordagem Centrada na Pessoa, pode também no âmbito da advocacia acorrer como referência e inspiração. Com base em sua teoria, podemos articular alguns de seus conceitos fundamentais no âmbito do atendimento jurídico. O cliente, quando busca atendimento, em qualquer área do direito, embora seja isto mais sensível em algumas áreas do que em outras, está ele mesmo ligado à própria demanda. Uma vez estabelecida a relação profissional, ganham destaque as três dimensões facilitadoras nesse processo, que são a aceitação positiva incondicional, a congruência e a empatia⁸. O primeiro aspecto traduz-se como uma disposição para a compreensão. Não significa que toda e qualquer demanda será aceita, toda e qualquer atitude será referendada ou considerada correta, mas que o cliente será ele mesmo aceito em sua pessoa. Haverá espaço e será garantido o sigilo para que ele possa falar do seu problema. O segundo aspecto é a congruência, ou seja, a coerência, tanto do advogado quanto de seu cliente. Essencial para que possam ser afirmadas e vivenciadas a confiança nas relações e a esperança na boa resolução do conflito, dentro das possibilidades reais. O terceiro aspecto, a empatia, é aquele que pretendemos aqui destacar. Enquanto modelo de aproximação, escuta e compreensão, a empatia é parte essencial do agir do advogado, enquanto profissional ocupado não apenas em solucionar o problema jurídico específico, mas, sobretudo, com a pessoa do seu cliente.

Na obra *Psicoterapia e relações humanas*, Rogers define a empatia como “a percepção correta do ponto de referência de outra pessoa com as nuances subjetivas e os valores pessoais que lhe são inerentes”. Ademais, para o famoso psicólogo humanista, a empatia nos remete a uma percepção do mundo “como se” fossemos a pessoa, mas em um sentido análogo, metafórico. Não

8. ROGERS, Carl. *Tornar-se pessoa*. 5ª ed. Traduzido por Manuel José do Carmo Ferreira e Alvarim Limpirelli. São Paulo: Martins Fontes, 1995 (1961).

fosse assim, se esquecêssemos de que essas experiências são singularmente vividas pela outra pessoa, não se trataria mais de empatia, mas de identificação. “Perceber de maneira empática é perceber o mundo subjetivo do outro ‘como se’ fossemos essa pessoa – sem, contudo, jamais perder de vista que se trata de uma situação análoga, ‘como se’. A capacidade empática implica, pois, em que, por exemplo, se sinta a dor ou prazer do outro como ele os sente, em que se perceba sua causa como ele a percebe (isto é, em se explicar os sentimentos ou as percepções do outro como ele os explica a si mesmo), sem jamais se esquecer de que são relacionados às experiências e percepções de outra pessoa. Se esta última condição está ausente, ou deixa de atuar, não se tratará mais de empatia, mas de identificação.”⁹

No contexto da advocacia, podemos relacionar a empatia como a condição do profissional em colocar-se “como se” estivesse no lugar do cliente que o solicita, vendo através de sua perspectiva, com intuito de compreender verdadeiramente a problemática e sentimentos que são trazidos. No entanto, importante salientar que esta atitude empática não ocorre automaticamente, senão quando o profissional se permite e busca realizá-la, o que exige dele disponibilidade interna e capacidade de escuta.

Muitos dos conflitos e problemas apresentados no campo da advocacia poderiam ser melhor solucionados e encaminhados através deste olhar mais cauteloso do profissional atento aos aspectos não objetivos da problemática posta.

Dentre as situações comuns de conflito que são trazidas cotidianamente aos escritórios de advocacia, temos casos de divórcio, partilha de bens, rescisão de contratos, cobrança, por exemplo, que podem sofrer reflexo direto de vivências e afetos não corretamente elaborados. O resultado disso são demandas jurídicas exaustivas e prolongadas que se pudessem ser melhor compreendidas e trabalhadas teriam, sem dúvida, outra solução que não necessariamente a judicial.

Neste contexto, o atendimento jurídico exclusivamente pautado na aplicação da lei ao caso concreto poderá se mostrar ineficiente para a problemática e outras questões envolvidas, quando não for permitido ao consultante transitar por um espaço de maior acolhimento e de escuta ativa por parte do profissional.

Talvez um questionamento que se possa fazer para auxiliar o profissional interessado na resolução do conflito seria “o que o meu cliente busca é o que realmente ele precisa para solucionar esta questão?” Se a resposta for negativa, é preciso ter cautela para não se tornar um combustível na batalha jurídica e ou emocional travada entre as partes.

Como bem observa Alessandra Mourão, o envolvimento direto das partes traz à mesa conflitos que vão além do objeto da negociação, “passando por questões relativas ao relacionamento, bem como questões comportamentais e

9. ROGERS, Carl; KINGET, Marian. *Psicoterapia e relações humanas*. Vol. I. Traduzido por M. I. Bizotto. Belo Horizonte: Interlivros, 1977 (1962), p. 179.

emocionais, muitas vezes de grande dificuldade de administração¹⁰.” A autora apresenta ainda o entendimento de que “os profissionais do ramo jurídico, em especial o advogado na sua atuação proativa na defesa dos interesses de seus clientes, podem e devem contribuir para a alteração dessa realidade, valendo-se da negociação (e das demais ADR) para resolver uma série de conflitos que sequer precisariam ser encaminhados ao Judiciário¹¹.

Dessa forma, cabe ao advogado estabelecer com o seu cliente uma reflexão para auxiliá-lo a frear os movimentos nocivos, permeados pelas frustrações e emoções, com o objetivo de encontrar uma solução mais adequada e eficiente para o caso. Poder enxergar através da queixa objetiva apresentada e visualizar outro horizonte de consenso e possibilidades, torna, indubitavelmente, a prática jurídica mais humana e conciliadora.

O papel do advogado não se limita, portanto, ao de um aplicador ou conhecedor das leis, envolvendo a sua prática profissional como um agente importante na mediação e intermediação dos conflitos que lhe são apresentados. Muitas vezes em direção oposta ao alto grau de aceleração das relações e trocas sociais, a demanda do cliente reivindica um atendimento integral. Evidentemente, a prática jurídica diferenciada favorece a todas as partes envolvidas, pois torna mais humano o exercício profissional e mais eficiente a resolução do conflito.

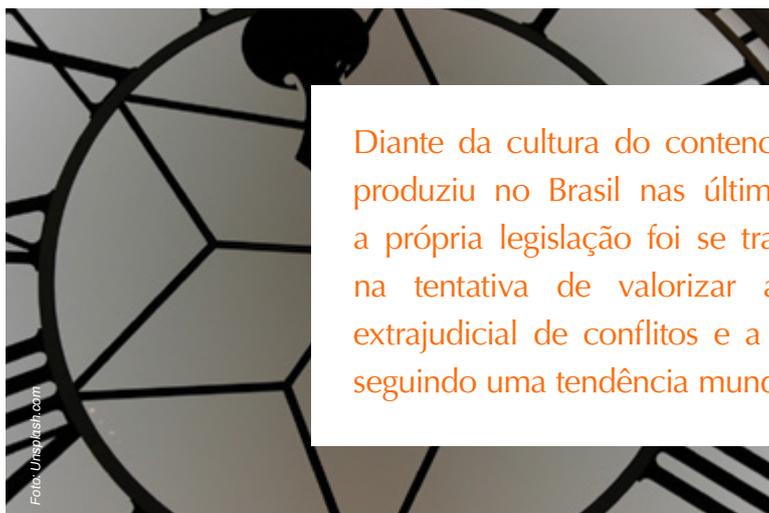
3 • A função mediadora da advocacia na resolução de conflitos

Aproximamo-nos, com isso, de uma terceira dimensão de análise. Ao atender o seu cliente, o advogado é também levado a estabelecer contato com a outra parte e com o sistema judiciário. Por certo, o advogado representa os interesses do seu cliente, mas isso não significa que ele não desempenhe igualmente uma função mediadora e de aproximação em relação à outra parte em conflito, ademais, atividade designada em seu conjunto como indispensável à administração da justiça pelo art. 133 da Constituição Federal.

Diante da cultura do contencioso que se produziu no Brasil nas últimas décadas, a própria legislação foi se transformando na tentativa de valorizar a resolução extrajudicial de conflitos e a conciliação, seguindo uma tendência mundial. Teve papel importante na tentativa de instaurar uma nova cultura advocatícia a Resolução 125/2010 do CNJ, cujo objetivo é organizar os serviços prestados relativos às atividades processuais, assim como os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas através de atividades pré-processuais de conciliação e mediação, servindo

10. MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. *Resolução de conflitos: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 38.

11. *Ibidem*, p. 30. Segundo a autora, a sigla ADR significa *Alternative Dispute Resolution*.



Diante da cultura do contencioso que se produziu no Brasil nas últimas décadas, a própria legislação foi se transformando na tentativa de valorizar a resolução extrajudicial de conflitos e a conciliação, seguindo uma tendência mundial.

DIÁLOGOS ENTRE A ADVOCACIA E A PSICOLOGIA.
A sociedade de advogados, o atendimento centrado no cliente
e a mediação dos conflitos

de estímulo e aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais. Recepcionou esse entendimento o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), em seu art. 165, através da determinação da criação, pelos tribunais, de centros judiciários de solução consensual de conflitos, a fim de estimular a autocomposição. Além disso, no mesmo ano, a aprovação da Lei nº 13.140/2015 regulou a mediação, consolidando os seus princípios, características e procedimentos, em âmbito judicial e extrajudicial. Vale ressaltar que no art. 2º, VI, do Código de Ética da OAB (Resolução 02/2015), é considerado dever do advogado (e não apenas sua faculdade): “estimular a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”.

O CNJ define a conciliação como “um processo autocompositivo breve, no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo”¹². Já a mediação é definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro, “um método e resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades”¹³.

Reforçando a importância dessa perspectiva, na obra *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*, Paulo Lôbo refere que “na atualidade, cresce em todo o mundo a advocacia preventiva, que busca soluções negociadas aos conflitos ou o aconselhamento técnico que evite o litígio judicial. Ao contrário da advocacia curativa, ou de postulação em juízo, em que seus argumentos são *ad probandum*, o advogado, ao emitir conselhos, vale-se de argumentos essencialmente *ad necessitatem*.”¹⁴

12. Brasil, Conselho Nacional de Justiça 2015. Guia de Conciliação e Mediação: orientação para a implantação de CEJUSC. Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça), p. 36.

13. *Ibidem*, p.34.

14. LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. pp. 35 e 36.

Por certo, não podemos ficar apenas afeitos à literalidade dos dispositivos legais e das orientações do Conselho Nacional de Justiça. Para que a postura mediadora faça sentido e encontre eco na atividade jurídica concreta, é preciso que se esclareça a própria função da advocacia e se criem condições de formação e prática profissional. A mera previsão legal, sem uma mudança real, torna-se uma abstração vazia. Tampouco se trata exclusivamente de obter maior celeridade e efetividade processual, mas de pensar a advocacia por outro prisma, a fim de implementar formas mais humanas, menos onerosas e mais eficientes de resolver os conflitos.

Esses aspectos passam, necessariamente, por uma revisão da cultura da própria formação jurídica no Brasil. Sobre esse ponto, afirma Paulo Lôbo em *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*: “Um dos grandes males da formação jurídica, no Brasil, é a destinação predominante dos cursos jurídicos ao litígio. No entanto, a área mais dinâmica das profissões jurídicas, na atualidade, é a atuação extrajudicial, em várias dimensões.¹⁵” Entenda-se por atuação extrajudicial tipicamente as atividades preventivas e as atividades extrajudiciais de solução de conflitos, campo “das mediações, das negociações individuais ou coletivas, da arbitragem, da formulação de condições gerais de contratação, do desenvolvimento de regras extra-estatais de conduta, tanto nas relações internas quanto nas relações internacionais”¹⁶.

A essa observação soma-se a perspectiva de Alessandra Mourão, segundo a qual “o ensino do Direito no Brasil ainda é de absoluto privilégio ao processo judicial, incentivando a utilização exclusiva do Poder Judiciário pelos advogados e seus clientes (...) É notória a deficiência no ensino de técnicas e ferramentas que incentivem a utilização da negociação e de outras formas alternativas para solução de conflitos.¹⁷”

Encontramos aqui o ponto vital da advocacia, tanto como habilidade para o entendimento do problema e para a compreensão do cliente, quanto como habilidade nas tratativas para que a resolução do conflito seja a menos onerosa a todos. A capacidade de negociação e a criatividade andam lado a lado com o atendimento ao cliente e a postura conciliadora. Nesse sentido, a função mediadora não é apenas uma entre outras funções da advocacia, senão a própria chave para o seu entendimento global.



A capacidade de negociação e a criatividade andam lado a lado com o atendimento ao cliente e a postura conciliadora.

15. *Ibidem*, p. 36.

16. *Ibidem*.

17. MOURÃO, Alessandra Nascimento S. F. *Resolução de conflitos: fundamentos da negociação para o ambiente jurídico*, op. cit., p. 28.

Vale refletir sobre aquele que pode ser considerado o ponto nevrálgico do processo de mediação: a construção da confiança e da cooperação. No livro *O processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*, Christopher Moore apresenta um amplo estudo sobre o campo da mediação, as abordagens e os métodos para conduzi-la. Ao longo das múltiplas questões e dimensões investigadas, o autor sublinha a importância do componente psicológico no núcleo das mediações. O campo para a mediação eficaz passa, inexoravelmente, por preparação e planejamento. Sobressai como ponto significativo desse processo a construção da confiança e a cooperação.

Christopher Moore chama de processo de conciliação as “atividades do mediador que minimizam o conflito desnecessário e constroem um relacionamento psicológico positivo entre as partes disputantes¹⁸”. A conciliação seria para ele, portanto, “o componente psicológico da mediação”, cuja atmosfera de confiança e cooperação é estimulada pelo terceiro, aquele que a conduz. Embora possa ser estudada de forma autônoma para melhor compreensão dos problemas a ela inerentes, a conciliação é um processo contínuo que se desenrola durante toda a mediação.

Segundo o autor, cinco problemas comumente criam uma dinâmica psicológica negativa nas negociações e, portanto, sobre eles é preciso ter cuidado: “1. Emoções fortes; 2. Percepções erradas ou estereótipos empregados por uma ou mais partes em relação à outra ou sobre questões em disputa; 3. Problemas de legitimidade; 4. Falta de confiança; 5. Comunicação deficiente¹⁹”.

Para cada um desses problemas, há métodos e técnicas que podem ser empregados para restabelecer ou melhorar as condições da negociação. Para o caso de emoções intensas, utiliza-se a escuta ativa como técnica de comunicação em que o ouvinte procura decodificar uma mensagem verbal, identificando a emoção precisa daquele que está falando, apresentando o conteúdo emocional para quem estava falando. Como o próprio autor reconhece, foi Carl Rogers, psicólogo citado no ponto anterior, o primeiro a adotar essa forma de interação para condução em pesquisa social.²⁰

Quando a atmosfera é dificultada pela percepção equivocada ou estereótipos, o autor sugere tipos de ação que podem reduzir a tensão: (1) demonstrar que as partes compartilham atitudes semelhantes em relação a uma ideia, objeto, acontecimento ou pessoa; (2) estimular a associação entre as partes como oportunidade para revelar pontos comuns e (3) encorajar uma parte a se associar (ou se dissociar) dos objetos, ideias ou pessoas que o seu oponente gosta (ou não gosta)²¹.

Os problemas perceptuais mais difíceis são os que lidam com a legitimidade e a confiança. Na falta de aceitação ou reconhecimento de que as questões,

18. MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação – Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos*. 2ª ed. Traduzido por Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 154.

19. *Ibidem*. p. 145.

20. *Ibidem*. p. 148

21. *Ibidem*. p. 153

interesses e emoções do oponente são genuínas, a negociação dificilmente poderá iniciar. Mudanças quanto a essa percepção podem depender de: (1) interação prolongada; (2) obstinação de cada um dos lados; (3) mobilização do poder de uma das partes e (4) reconhecimento de uma continuação do *status quo* insatisfatória²².

O tema da confiança certamente está relacionado às emoções e percepções, especialmente da legitimidade, mas, segundo o autor, vai além desses pontos quando se trata de buscar uma conciliação. Isso porque “a conciliação envolve não apenas a minimização do impacto das emoções e das percepções negativas, mas o aumento dos sentimentos e das percepções positivos.”²³ A confiança é uma capacidade ou disposição de aceitar a veracidade das declarações ou comportamentos da outra pessoa e se baseia, fundamentalmente, nas experiências passadas e suas similitudes com as questões atuais. Como os mediadores – e no caso de nosso artigo o advogado como mediador – possui uma história pessoal de negociações positivas, assim como as próprias partes envolvidas, é este núcleo experiencial que deve ser mobilizado e salientado. Para Moore, a técnica consistiria aqui em identificar interações positivas no passado²⁴, o que pode ser utilizado entre cônjuges, familiares, vizinhos, sócios ou negociadores.

Por fim, é preciso dar destaque à comunicação como componente fundamental de toda e qualquer negociação. Problemas de comunicação podem levar a problemas jurídicos e muitos problemas jurídicos são, de fato, originados em problemas de comunicação. Daí a necessidade de uma atenção ao processo comunicativo como dimensão crucial para se chegar à conciliação. Como afirma Moore, “a quantidade, forma e qualidade da comunicação, assim como as identidades e qualidades dos comunicadores, são em geral fortes influências sobre o resultado das negociações²⁵.” O fato de que pessoas estão conversando não significa necessariamente que elas vão resolver os seus problemas. Ao realizar o enquadre da comunicação, o mediador pode desempenhar uma função importante para evitar que as comunicações improdutivas provoquem a falência da interação. Para tanto, o mediador pode realizar movimentos para modificar a comunicação, “envolvendo o controle e a ajuda às partes na determinação de: 1. O que é comunicado; 2. Como uma mensagem é comunicada – tanto em termos da sintaxe quanto dos meios de transmissão; 3. Por quem a mensagem é comunicada; 4. A quem a mensagem é entregue; 5. Quando uma mensagem é entregue; 6. Onde uma mensagem é entregue”²⁶. O acerto e o acordo, quando as condições são dadas, resultam de processo comunicativo bem examinado, elaborado e concluído.

A observação dessas técnicas aplicadas em contextos de negociação e mediação no campo jurídico revelam-se fundamentais para produzir uma atmosfera conciliatória. Somente o seu estudo e a mudança de paradigma no

22. *Ibidem*. p. 156.

23. *Ibidem*. p. 158.

24. *Ibidem*. p. 159.

25. *Ibidem*, p. 162.

26. *Ibidem*.



Foto: Unsplash.com

Como em outras áreas das ciências humanas, a prevenção representa a alternativa mais consciente e benéfica para todos, não havendo espaço para posições inflexíveis e afastadas da realidade, sendo fundamental o estímulo ao avanço das políticas e técnicas jurídicas voltadas para solução de conflitos de forma extrajudicial sempre que possível.

DIÁLOGOS ENTRE A ADVOCACIA E A PSICOLOGIA.
A sociedade de advogados, o atendimento centrado no cliente
e a mediação dos conflitos

ensino do direito poderão levar a uma verdadeira transformação da cultura do contencioso no Brasil.

Quando se propõe o estímulo das diversas práticas extrajudiciais para resolução de conflitos, não se está abrindo mão da garantia constitucional do acesso à justiça, mas, sim, valorizando e estimulando que outras soluções possam ser implementadas para a defesa dos direitos, evitando a sobrecarga excessiva do Poder Judiciário que hoje prejudica a todas as partes envolvidas. Como em outras áreas das ciências humanas, a prevenção representa a alternativa mais consciente e benéfica para todos, não havendo espaço para posições inflexíveis e afastadas da realidade, sendo fundamental o estímulo ao avanço das políticas e técnicas jurídicas voltadas para solução de conflitos de forma extrajudicial sempre que possível. Sem dúvida, este desafio deve pautar a ação de cada profissional do direito em prol de uma justiça mais célere e acessível a todos.

Considerações finais

Ao termo da análise proposta, reforça-se a nossa convicção de que o cenário de transformações das práticas e técnicas da advocacia exigirá do advogado adaptação às novas tecnologias, mas, por outro lado, tornará cada vez mais perceptível a necessidade de um resgate de dimensões essenciais à advocacia.

Procuramos apoiar essa convicção no diálogo interdisciplinar entre o campo jurídico da advocacia e a psicologia. A perspectiva de cooperação do

trabalho em grupo, o atendimento centrado na pessoa do cliente e a função mediadora da atuação do advogado constituem núcleos vivos para a reflexão e o aprimoramento do profissional, sem obliterar aquilo que faz da advocacia uma profissão humana, para além da eficiência puramente técnica.

Nossa intenção não foi evidentemente a de esgotar o tema, senão apresentar, segundo a subdivisão proposta, elementos oriundos da psicologia organizacional, da psicologia de grupos, da psicologia humanista e da psicologia da mediação que sinalizam espaços de investigação interdisciplinar e que podem nos auxiliar a compreender os desafios da advocacia na atualidade.



Santos Silveiro
ADVOGADOS

ssa.com.br