

**CENTRO UNIVERSITÁRIO CURITIBA**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *stricto sensu* - MESTRADO EM DIREITO**

**LEANDRO GALLI**

**O CONTRATO DE COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA  
IMOBILIÁRIA: A FUNCIONALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ACESSO À  
MORADIA URBANA**

**CURITIBA  
2010**

# **Livros Grátis**

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

**LEANDRO GALLI**

**O NEGÓCIO JURÍDICO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA  
IMOBILIÁRIA: A FUNCIONALIZAÇÃO NA PERSPECTIVA DO ACESSO À  
MORADIA URBANA**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Cardozo Oliveira

**CURITIBA  
2010**

**Presidente:**

---

**Professor Doutor Francisco Cardozo Oliveira  
Orientador**

---

**Membro Interno**

---

**Membro Externo**

**Curitiba, de de 2010.**

Deposite-se na Secretaria do Mestrado.
_____
Professor (a) Orientador (a)      Curitiba, ____/____/_____
Recebido em: ____/____/_____
_____
Secretaria

*Dedico esta dissertação aos meus filhos  
Luisa, Otávio, Ricardo, e Leonardo,  
carinhosos e, em sua inocência,  
resignados à ausência que mal  
compreendiam.*

*[...] A moradia se insere na trama de técnicas possibilitadas pela vida social na cidade; pelo acesso à moradia, a pessoa se fixa no território e constrói laços de sociabilidade; a moradia é o lugar a partir do qual a pessoa pode articular a aquisição de conhecimento, de saberes e de técnicas.<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> OLIVEIRA, Francisco Cardozo. Direito à cidade: moradia, atividade empresarial e sustentabilidade. **Revista jurídica Unicuritiba**, Curitiba, n. 23 jul. /dez. 2009, p.91, 2009.

## LISTA DE SIGLAS

AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros  
BNH – Banco Nacional de Habitação  
CCB – Novo Código Civil  
CF – Constituição Federal  
CPC – Código de Processo Civil  
EC – Emenda Constitucional  
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística  
MP – Medida Provisória  
ONU – Organização das Nações Unidas  
PUC – Pontifícia Universidade Católica  
RE – Recurso extraordinário  
RESP – Recurso especial  
RS – Rio Grande do Sul  
RT – Revista dos Tribunais  
SFH – Sistema Financeiro Habitacional  
SFI – Sistema Financeiro Imobiliário  
STF – Supremo Tribunal Federal  
STJ – Superior Tribunal de Justiça

## RESUMO

O direito à moradia, assegurado constitucionalmente como extensão indissociável do princípio maior da dignidade da pessoa humana, é vinculativo da Administração pública; dos Órgãos legislativos e dos Órgãos judicantes, cumprindo-lhes, cada qual em seus desígnios, respeitá-lo e promovê-lo, seja sob forma defensiva, coibindo e abstendo-se de praticar quaisquer atos que com ele não se coadunem; seja de forma prestacional, promovendo constante e progressivamente políticas públicas orientadas a dar concretude ao preceito constitucional. Embora o direito à moradia não reclame propriedade do imóvel residencial, a aquisição de imóvel próprio deve ser objetivo de todo o ser humano, em vista do valor moral e social que encerra, razão pela qual deve o Estado atuar, sempre que possível, para prover a moradia em imóvel residencial próprio. Tratando-se, a questão habitacional, de problema de dimensões sobremaneira grandes, é improvável que logre êxito senão deve dividindo tal missão com o mercado, não por imposição, mas por meio de fomento e regulação da atividade empresarial, orientada, então, a atuar na construção e comercialização de imóveis residenciais, e na concessão de crédito para a indústria e para a aquisição imobiliária. Nesse cenário, o contrato de compromisso de compra e venda de bens imóveis, revigorado e fortalecido pelo Código Civil Brasileiro de 2002, altamente funcionalizado e afinado com os vetores axiológicos da contratualística hodierna em sua perspectiva civil-constitucional, credencia-se como agente da maior utilidade, mercê de sua popularidade, facilidade de contratação e das prerrogativas que eficientemente confere a comprometentes vendedores e compromissários compradores.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais. Direito constitucional à moradia. Vinculação defensiva e prestacional. Imóvel próprio. Soluções de Mercado. Função Social do Contrato e da Propriedade. Compromisso irretratável de compra e venda.

## ABSTRACT

The Right to housing, as provided inseparable extension of the principle of greater human dignity, is binding of Public Administration bodies of legislative and adjudicative bodies, fulfilling them, each in its designs, respected it and promote it, whether in a defensive manner, coercing, and refraining from performing any acts that do not accord with it, be it prestacional, promoting steady and progressive public policies oriented to give concreteness to the constitutional precept. Although the right to housing does not claim ownership of residential property, the acquisition of property itself should be the goal of every human being, in view of the moral and social value it contains, why should the state act, whenever possible, to provide housing in residential property itself. With regard to the housing issue, the problem of excessively large dimensions, it is unlikely that goals are successful but should divide this task with the market, not by imposition, but through promotion and regulation of business activity, oriented, then the act the construction and sale of residential property and the granting of credit to industry and to purchase real estate. In this scenario, the contract of commitment to buying and selling real estate, refreshed and strengthened by the Brazilian Civil Code of 2002, highly functionalized and in tune with the vectors of axiological contractual rules his perspective on today's civil and constitutional, qualify as agents of most usefulness, thanks to its popularity, ease of hiring and prerogatives that efficiently confers for people who promise to sell, and for people to promise to buy.

**Keywords:** Fundamental Rights. Constitutional right to housing. Linking defensive and Benefit. Property itself. Market Solutions. Social Function of Contract and Property. Commitment **irrevocable** to buying and selling.

## SUMÁRIO:

<b>LISTA DE SIGLAS</b> .....	6
<b>RESUMO</b> .....	7
<b>ABSTRACT</b> .....	8
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	9
<b>1. A CRISE DA HABITAÇÃO</b> .....	14
<b>2. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	23
<b>3. A ESSENCIAL CONTRIBUIÇÃO DO MERCADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA</b> .....	44
3.1. A REVELADORA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA .....	46
3.2. AS SOLUÇÕES DE MERCADO .....	50
<b>4. AS BASES CONTRATUAIS NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL</b> .....	57
4.1. DO PRIMADO DA VONTADE ABSOLUTA À VONTADE FUNCIONALIZADA .....	58
4.2. A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS, NA ATIVIDADE EMPRESARIAL, E NA PROPRIEDADE .....	66
<b>5. O CONTRATO DE COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA: FUNCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DE ACESSO À MORADIA</b> .....	85
5.1. IDENTIFICAÇÃO COM A REALIDADE BRASILEIRA .....	85
5.2. NATUREZA JURÍDICA E REGISTRO IMOBILIÁRIO: .....	90
5.3. SUPERIORIDADE FUNCIONAL EM FACE DE SEUS SUCEDÂNEOS CONTRATUAIS .....	103
<b>CONCLUSÕES CRÍTICAS</b> .....	112
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	117

## INTRODUÇÃO

É assunto recorrente nos foros políticos, nas instâncias legislativas, nos debates acadêmicos, na mídia, e nas famílias, a importância fundamental da moradia na perspectiva da condição humana, preferivelmente em seu próprio imóvel, por representar, quiçá, o mais expressivo referencial de existência digna.

O legislador constituinte, fiel ao viés cidadão da Carta Política vigente, e sensível à íntima e indissociável relação entre a dignidade da condição humana e a necessidade de moradia em condições satisfatórias de segurança e conforto, contemplou ambos os valores já em suas primeiras disposições, no rol de direitos e garantias fundamentais. Assim é que o princípio maior, da dignidade humana, enquanto fundamento da República, habita o artigo 1º da Carta Constitucional, irradiando efeitos vinculativos a todo o ordenamento jurídico brasileiro; e o direito fundamental à moradia integra o artigo 6º. do texto constitucional, dos direitos fundamentais sociais, ainda que tenha auferido esse *status* tardiamente, doze anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, por força da Emenda Constitucional número 26 de 14 de fevereiro de 2000.

Também é lugar comum na consciência coletiva, o severo *déficit* habitacional nas camadas populacionais de baixa renda, acentuado no Brasil a partir da década de 1960 ao ensejo do fenômeno que se convencionou chamar *metropolização*. O abandono não programado da vida no campo em busca do *eldorado urbano* fez surgir nas grandes cidades brasileiras verdadeiros bolsões de pobreza, em que pessoas desprovidas de recursos econômicos, instrução, especialização, e renda, aglomeraram-se em cidades igualmente desprovidas de condições as mais essenciais para receber tamanho êxodo rural, em sub-moradias privadas de segurança, conforto, e invariavelmente, despojadas de regularidade dominial.

A essa legião de indivíduos, famílias, e comunidades carentes de recursos econômicos para fazer frente às mais mezinhas necessidades da condição humana, como alimentar-se, vestir-se, tratar-se quando enfermos, abrigar-se das vicissitudes climáticas, não toca o sonho de morar em imóvel próprio e juridicamente

regular, pois sua condição de absoluta privação os compele a priorizar o atendimento das necessidades mais vitais, o que é, diga-se, natural que aconteça.

O panorama, então, é o seguinte: não há quem ouse discordar da legitimidade do sonho da casa própria, assim como não há quem ignore o problema habitacional consubstanciado pelas favelas, loteamentos irregulares, múltiplas e crescentes áreas de invasões nos grandes centros urbanos. Além de o tema já integrar o senso comum, denunciar o problema habitacional se afigura uma retórica simpática e politicamente rentável, mas ainda assim, apenas retórica.

O legislador, por seu turno, identificou eficazmente o problema, mas pouco fez de concreto para solucioná-lo. Promoveu-o ao *status* de *problema constitucional*; adjetivou o direito à moradia de *fundamental*, mas olvidou-se de esmiuçar o comando constitucional ou de bem lhe regulamentar. Não definiu a quem compete implementar o direito fundamental social à moradia, e tampouco legou meios de fazê-lo. O brasileiro que não dispõe de recursos econômicos para custear suas necessidades mais essenciais – também previstas como garantias fundamentais pela Constituição Federal – continua sem escolas, sem hospitais, sem medicamentos, sem lazer, sem segurança, e também, agora, sem moradia.

Apenas no primeiro semestre de 2009, com o advento do programa governamental federal *Minha Casa, Minha Vida* viu-se alguma movimentação política com o fito de dar concretude ao direito à moradia, pairando, contudo, consideráveis dúvidas sobre a honestidade de seus propósitos e sobre a eficiência de seus meios.

O ceticismo se justifica, haja vista o fato de ter sido lançado no ano imediatamente anterior à eleição presidencial de 2010, como que estrategicamente programado para ganhar vulto no ápice da disputa eleitoral. De se indagar se haverá continuidade após as eleições, independentemente de quem venha ser conduzido à chefia do Poder executivo federal? Mais que isso: construídas e entregues moradias, fará o Poder público promover inclusão social, dotando os novos bairros de elementos de infra-estrutura, como escolas, hospitais, transporte?<sup>2</sup>

---

2 Para uma visão panorâmica das principais críticas endereçadas ao programa habitacional “Minha Casa Minha Vida”, ver entrevista concedida pela Arquiteta e Filósofa Raquel Rolnik em maio/2009, da qual vale destacar: *O Ministério das Cidades não caminhou para uma participação democrática, política e popular. O que cresceu foi o pragmatismo de resultados rápidos. Por um lado isso é bom, porque é muito importante ver resultados concretos nessa área. Mas isso não pode vir em detrimento*

Naturalmente, o simples subsídio aos pobres na aquisição de moradias, não apenas não satisfaz o comando constitucional, como é estrutura frágil ante a envergadura e a complexidade do problema social.

É preciso mais do que auxílio material para a compra da residência: é preciso prover cidades e regiões de condições de infra-estrutura urbana; é preciso fomentar a atividade empresarial e o próprio mercado para dar atendimento a essa demanda, que atualmente é muito mais social do que econômica; é preciso viabilizar crédito para a aquisição fracionada e segura de bens imóveis residenciais; é necessário conceber contratos equilibrados entre seus signatários e harmonizados com os valores de nosso tempo, como a política urbana e a preservação do meio ambiente.

Naquilo que pode tocar à Academia, é mister, então, dissecar o ferramental jurídico disponível para a comercialização de imóveis, buscando aprimorá-los em consonância a tais vetores axiológicos; não como uma solução pronta e acabada a esse problema que resiste fortíssimo, mas como parte importante de uma conjugação de esforços entre Estado, mercado, e ordenamento jurídico *de lege lata* e *de lege ferenda*.

E gravitando em torno desse complexo cenário – quiçá dificultando-o mais um pouco – encontram-se as garantias constitucionais da ordem econômica, pois a mesma Carta Constitucional que declara ser a moradia direito fundamental derivado do núcleo fundamental *dignidade da pessoa humana* e que projeta seus valores e princípios ao Código Civil<sup>3</sup> domando a autonomia da vontade e inserindo a

---

*à constituição de um novo modelo de desenvolvimento urbano. Acabamos por ter mais do mesmo. A grande questão é o enfrentamento e a ruptura do paradigma e do modelo de desenvolvimento, que são excludentes e reproduzem a concentração de renda e poder. Também corresponde a uma concentração de processos decisórios. Toda trajetória de desenvolvimento urbano visa construir a possibilidade da gestão democrática. E uma democracia para além dos requisitos formais, cujo objetivo é incorporar a totalidade dos habitantes e moradores em uma condição de cidadania. [...] A primeira consideração que temos que fazer é definir o que é casa boa. Então, acho melhor definir isso como moradia adequada. O que é isso? Não é só a casa com parede, teto, banheiro com azulejo. A moradia adequada é um lugar a partir do qual o cidadão passa a ter satisfeitas as necessidades básicas e fundamentais de subsistência nas cidades com dignidade. Então, isso significa estar em um lugar que permita ter espaço público, lazer, escola, saúde, empregos e, também, que permita andar livremente e com segurança. A grande preocupação é a dimensão urbana do plano. No Minha Casa Minha Vida, essa dimensão é inexistente. É um aspecto simplesmente não trabalhado no sistema. E pode ser trabalhado. Deve ser trabalhado. Casa não é só o teto ou o produto em si. <<http://www.rts.org.br/entrevistas/entrevistas-2009/raquel-rolnik/>>, acessado em 22.04.2010.*

3 Para um primeiro contato com o fenômeno jurídico da constitucionalização ou publicização do direito civil, vale transcrever a pioneira lição de Pietro Perlingieri, para quem: *O estudo do direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências*

inquietante *função social* como elementar do contrato e da propriedade, legou expressamente aos brasileiros e às empresas brasileiras ou atuantes no país, em seus artigos 170 a 192, princípios gerais garantidores da livre iniciativa, da livre concorrência, e da propriedade privada, chegando a ocupar-se especificamente da política urbana nos artigos 182 e 183.

Se a função social dos contratos e da propriedade, e bem assim a relativização da autonomia da vontade podem ser considerados elementos refreadores e orientadores da atividade empresarial, há o contraponto, também constitucional, representado pela garantia da livre iniciativa e da propriedade privada econômica, desnudando a insuficiência de uma solução pronta, impositiva, de Estado. O legislador constituinte idealizou um equilíbrio de forças, entre livre iniciativa e função social da atividade econômica, denotando sua disposição em regular o mercado para que o exercício empresarial seja proveitoso à sociedade, e não apenas ao empresário, porém sem renunciar à essência democrática e ao sistema econômico capitalista.

Teresa Negreiros retrata com precisão a existência de um equilíbrio de valores na ordem jurídico-constitucional da atualidade, afirmando:

O critério da utilidade do bem, avaliada esta em relação à pessoa – e não ao bem principal a que o acessório esteja vinculado –, constitui um caminho nesta busca por soluções concretas que, no âmbito do direito contratual, alcancem um meio termo justo em face da dialética tensão entre autonomia e autoridade. Esta tensão está presente na constituição de 1988, que procede a escolhas de índole liberal, consagrando a liberdade individual como valor fundamental, ao mesmo tempo em que antepõe ao indivíduo valores coletivos como a justiça social e a solidariedade. Há no entanto um princípio unificante posto pela ordem constitucional vigente: o princípio da tutela da dignidade da pessoa humana; e é em torno deste princípio que se deverão traçar os parâmetros para conjugar a liberdade individual e a solidariedade social. [...]. Alcançar o equilíbrio entre a exaltação do indivíduo e de sua racionalidade egoísta, de um lado, e de outro, o totalitarismo subjacente à idéia do socialmente correto, é e permanecerá

---

*emergentes como, por exemplo a habitação, a saúde, etc. Os problemas concernentes às relações civílicas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado os valores privatísticos ao Direito Público. Resta a ser individuada uma nova sistematização do direito. Há de se superar, de qualquer modo, a mentalidade pela qual o Direito Privado é liberdade de cada um cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses, enquanto o Direito Público, manifestação de autoridade e de soberania, dispõe de estruturas e serviços sociais para permitir ao interesse privado a sua livre e efetiva ação.* (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*, 3ª Edição, 2007, Renovar, p. 55)

sendo a tarefa de uma ordem jurídica verdadeiramente justa, pluralista e democrática.<sup>4</sup>

Em igual sentido, Maria Celina Bodin de Moraes adverte:

[...] a imposição da solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderamos, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade.<sup>5</sup>

Daí o cerne do problema em torno de cuja resposta se estruturou a presente pesquisa científica: identificar no mercado o ambiente econômico naturalmente vocacionado para assegurar a efetividade do direito fundamental à moradia, bem como identificar plena sintonia do contrato de compromisso irretratável de compra e venda imobiliária com esse objetivo, dado seu elevado grau de funcionalidade.

A presente dissertação se propõe enveredar pelo direito fundamental social à moradia, enquanto reflexo primo do princípio maior da dignidade da pessoa humana, contrastando-o com as evidências da chamada crise da habitação; propõe-se a analisar os novos valores da contratualística, derivados da leitura civil-constitucional que hoje permeia o direito privado, especialmente pelas vertentes da função social do contrato e da propriedade, e da relativização da autonomia da vontade, cotejando-as com os princípios e garantias constitucionais da ordem econômica, concluindo pela existência de uma relação de complementaridade e não de repelência. Finalmente se propõe a estudar o negócio jurídico de compromisso irretratável de compra e venda imobiliária, adentrando em sua natureza jurídica e comparando-o com os demais principais contratos disponíveis a seus operadores, identificando meios de aprimorar, fomentar, e popularizar os institutos jurídicos, contribuindo com isso para dar concretude ao comando constitucional.

---

4 NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 2006, Renovar, pp.37 e 38.

5 MORAES, Maria Celina Bodin de, *Constituição e Direito Civil: Tendências*. In Revista Direito, Estado e Solidariedade, n. 1, 2ª Ed.. Rio de Janeiro: PUC-Rio, Revista do departamento de Ciência Jurídica, jul-dez 1991, *Apud*, NEGREIROS, Teresa. *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, 2ª Edição, Rio de Janeiro, 2006, Renovar, p.41.

## 1. A CRISE DA HABITAÇÃO

O problema habitacional brasileiro tem origens no primeiro quartel do século XX, a partir do declínio da economia cafeeira, que aliado ao processo de gradativa industrialização do país, e à demanda demográfica derivada da abolição da escravidão e do excedente de trabalhadores assalariados imigrantes da Europa e não mais aproveitados nas lavouras, desencadeou o movimento de um êxodo rural em busca de centros urbanos.

Porém, nem os centros urbanos estavam aptos a receber essa grande e crescente onda demográfica, e nem a economia nacional revelava momento propício a essa urbanização, pois vivia cenário de depreciação cambial, com dependência essencial dos caros artigos importados e manufaturados, e conseqüente achatamento de salários e renda, mais sentida pela população de trabalhadores assalariados urbanos, visto que aos trabalhadores rurais restava contar com a produção de alimentos para subsistência, como se pode conferir no escólio de Celso Furtado:

Observando-se mais detidamente o processo de depreciação cambial, depreende-se facilmente que as transferências de renda assumiam várias formas. Por um lado havia transferências entre o setor de subsistência e o exportador, em benefício deste último, pois os preços que pagava o setor de subsistência pelo que importava cresciam relativamente ao que pagava o setor exportador pelos produtos de subsistência. Por outro lado, havia importantes transferências dentro do próprio setor exportador, uma vez que os assalariados rurais, empregados neste último, se bem que produzissem boa parte de seus próprios alimentos, recebiam em moeda a principal parte de seu salário, e consumiam uma série de artigos de uso corrente que eram importados ou semimanufaturados no país, com matéria prima importada. Os núcleos mais prejudicados eram, entretanto, as populações urbanas. Vivendo de salários e ordenados e consumindo grandes quantidades de artigos importados, inclusive alimentos, o salário real dessas populações era particularmente afetado pela modificação da taxa cambial.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> FURTADO, Celso. *A Formação Econômica do Brasil*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 30ª Ed., 2001, p. 169.

O ponto de mutação entre o Brasil essencialmente rural para um Brasil majoritariamente urbano deu-se entre os anos de 1950 e 1960, num processo que se convencionou denominar *metropolização*<sup>7</sup>. Esse rompimento do paradigma rural da população brasileira, para o advento do enlace com o Brasil urbano<sup>8</sup>, agravou mazelas para as quais a sociedade e a economia brasileira, em regra, não conseguiram se adaptar: a falta de infra-estrutura de saneamento básico, transporte, habitação, emprego, atendimento médico-hospitalar, segurança pública, mobilidade no trânsito, e outros.

A necessidade de viabilizar moradia à sua recente população urbana, aliada à necessidade de fomentar o desenvolvimento urbano sob os enfoques do comércio e da indústria para dar sustentação a uma sociedade com tais características demográficas, fez com que o Poder Público, colocasse em prática, dentre outras, políticas facilitadoras de aquisição de bens imóveis, especialmente, mas não só, os de natureza residencial. Assim, no ano de 1964 reside o que é considerado o marco inaugural seguro<sup>9</sup> do movimento de atendimento à demanda habitacional, com o

---

7 Processo de formação de metrópoles, ou seja, núcleos urbanos com crescimento urbano acentuado; formação de um complexo urbano estreitamente integrado; condução à absorção de aglomerados rurais e de cidades vizinhas, formando áreas conturbadas; grande importância econômica, cultural e política; dotados de um setor terciário com especificidades que os distinguem das demais cidades, exercendo influência sobre outras. Vale registrar que as nove principais cidades do país (São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, Fortaleza, Recife, Porto Alegre, Curitiba, e Belém), respondiam por um contingente de 18% da população nacional no ano de 1950, e, no ano de 1995 já representava 31% de toda a população do Brasil, conforme <<http://www.algosobre.com.br/geografia/metropolizacao-e-problemas-sociais-urbanos.html>> acessado em 20.04.2010.

8 A título ilustrativo, dados coletados pelo IBGE em 1991 evidenciavam que 76% da população brasileira residia nas cidades e não no campo. Já dados coletados pelo IPEA/IBGE no censo habitacional de 2000, identificavam 455 municípios brasileiros urbanos, totalizando 49 aglomerações (12 metropolitanas) e 77 centros urbanos, que abrigam 57% da população brasileira. Havia, no ano 2000, um Brasil rural rarefeito (*menos de 80 habitantes/km<sup>2</sup> e até 50 mil habitantes*), totalizando 4.500 municípios e com 30% da população. Finalmente, em situação ambivalente – que rompe a dicotomia rural-urbana – estão 522 municípios. Portanto, em termos demográficos, o Brasil é essencialmente urbano. < <http://www.ibge.gov.br/home/>>, acessado em 19.04.2010.

9 Não se trata da primeira das normas, pois, antes dela, por exemplo, o Decreto-Lei 58/37 já se prestava a normatizar a venda de lotes a prazo. Mas por certo se trata da norma mais importante, com deliberada pretensão social, objetivando a facilitar a aquisição da casa própria.

advento da Lei Federal 4.380 de 21 de agosto de 1964<sup>10</sup> que, dentre outras políticas de natureza residencial, instituiu o Sistema Financeiro de Habitação (SFH), com declarado intento de facilitar a concretização de contratos imobiliários de interesse social.

A esta iniciativa do Poder Público seguiram-se outras, notadamente no plano legislativo e no plano da Administração Pública, intensificadas nos últimos anos, até em consequência da inclusão do direito à moradia digna no catálogo dos direitos fundamentais sociais, por força de legislador constituinte derivado, no ano de 2.000.

Na atualidade, muitas são as deficiências e precariedades da injusta estrutura social brasileira, e certamente a insuficiência quantitativa e qualitativa de habitações, considerada de per si, não é a mais grave delas. Só que qualquer análise que se pretenda fazer do problema habitacional, ou da criminalidade, ou da miséria, ou do desemprego, ou do analfabetismo, ou de qualquer outra chaga social, será superficial e não mais que meramente retórica se não concebida sistematicamente, admitindo-se existir estreita e indissociável inter-relação entre elas.

De fato, antes de se identificar no país uma crise da habitação, parece mais próprio reconhecer a existência de uma crise de cidadania, severamente fragilizada pela inoperância estatal naquilo que lhe é constitucionalmente atribuído: a promoção do bem-estar social, não apenas por seu reconhecimento formal de direitos e garantias, mas pelo respeito concreto e exercício efetivo e pleno dos direitos fundamentais positivamente reconhecidos.

Embora a cidadania habite o rol de fundamentos constitucionais da República<sup>11</sup>, presente com enorme freqüência nos debates acadêmicos e discursos políticos, seu exercício apresenta-se débil e absolutamente insatisfatório, pois se a fruição material dos direitos fundamentais não pode ser pulverizada de forma a alcançar cada brasileiro de cada localidade do território nacional, em verdade cidadania não há. Se apenas determinados segmentos sociais têm possibilidade de exercer seus direitos e garantias constitucionais, o que se tem são pessoas exercendo direitos, o que é bom, mas não basta. Para atender ao preceito

---

10 Ementa: *Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.*

11 Artigo 1º., inciso II, da Constituição Federal.

constitucional; para que a cidadania se constitua efetivamente em fundamento da República, é necessário que a totalidade dos brasileiros possa fruir concreta e materialmente de cada um de seus direitos fundamentais, especialmente aqueles de natureza prestacional social, que traduzem condições existenciais mínimas e que, levado o conceito a extremos, diferenciam a pessoa humana dos demais seres vivos. Em suma: *meia cidadania; cidadania para alguns*, em verdade cidadania não é.

Essa fragilização da cidadania derivada da omissão e enfraquecimento do papel Estado é percebida pelos elevadíssimos índices de exclusão social, cuja redução só está presente em discursos dos detentores de mandato.

Ingo Wolfgang Sarlet socorre-se da instigante alcunha que Boaventura Souza Santos atribui ao fenômeno, a ele referindo-se como *fascismo societal* ou *fascismo do apartheid social*, para bem caracterizar as ameaças concretas ao exercício pleno da cidadania, notadamente por camadas populacionais de baixa renda, excluídas até sob o prisma geográfico. Vale a transcrição:

Dentre as diversas manifestações desta nova e perversa forma de fascismo, típica dos países tidos como periféricos ou em desenvolvimento, assume especial relevância a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do “apartheid social”), de tal sorte que a “cartografia urbana” passa a ser caracterizada por uma divisão em zonas “civilizadas” onde as pessoas – ainda – vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e da ordem jurídica estatal, e em “zonas selvagens”, caracterizados por uma espécie de retorno a ao estado de natureza hobbesiano, no qual o Estado, a pretexto da manutenção da ordem e proteção das “zonas civilizadas”, passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem democrática, o que, por sua vez, leva à afirmação – também a expressão cunhada por Boaventura Santos – do fenômeno do “fascismo do Estado paralelo.”<sup>12</sup>

Então, a crise da habitação está umbilicalmente ligada à crise maior, da cidadania, que por seu turno congrega outras doenças sociais também inelutavelmente unidas; Não requer grandes esforços compreender que a criminalidade é consequência da ausência da atuação estatal, que no antecedente deixou de promover educação, qualificação profissional, renda, e oportunidades de

---

12 SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição*, na coletânea *Crise e Desafios da Constituição*, coordenador José Adécio Leite Sampaio, Del Rey, 2004, p.421.

ascensão social, e no conseqüente deixa à própria sorte, desprovidos de elementos mínimos de infra-estrutura e de segurança, os bolsões populacionais de pobreza nascidos de sua irresponsável omissão.

A miséria que se vê estampada e perambulando incomodamente pelas grandes cidades, como que extravasando um grave tumor social já não mais passível de ser escamoteado, também deriva do desemprego, da falta de oportunidades, das drogas, das famílias desestruturadas. E da miséria brota a própria criminalidade, que não mais habita o perímetro das tais *zonas selvagens* mencionadas por Ingo Wolfgang Sarlet, mas bate às portas das regiões mais abastadas das cidades; atemorizando e inculcando o medo dentro dos lares. É como afirmou com grande propriedade a Raquel Rolnik, para quem:

[..] do ponto de vista político, a segregação é produto e produtora do conflito social. Separa-se porque a mistura é conflituosa e quanto mais separada é a cidade, mais visível é a diferença, mais acirrado poderá ser o confronto.<sup>13</sup>

O problema habitacional situa-se na raiz de boa parte, senão de todas, as mazelas sociais, pois a ausência de moradia digna implica ausência de referencial familiar e social, que por sua vez é severo fator de desagregação e marginalização das pessoas, e é potencial condutor da miséria, das drogas, e da criminalidade. A moradia digna congrega, referencia, estrutura, e equilibra a família e o grupo social, como propriamente pontua Francisco Cardozo Oliveira:

A moradia se insere na trama de técnicas possibilitadas pela vida social na cidade; pelo acesso à moradia, a pessoa se fixa no território e constrói laços de sociabilidade; a moradia é o lugar a partir do qual a pessoa pode articular a aquisição de conhecimento, de saberes e de técnicas.<sup>14</sup>

A apropriação do espaço urbano para fins residenciais estampa aquilo que Henri Lefebvre, citado por Francisco Cardozo Oliveira no mesmo trabalho, denominou *direito à cidade* concebendo o núcleo urbano como mais que a simples situação territorial, mas como centro de referência da personalidade humana:

---

13 ROLNIK, Raquel. *O que é Cidade*. Brasília: Editora Brasiliense, 1988, p. 48.

14 OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Direito à Cidade: moradia, atividade empresarial e sustentabilidade*, Revista Jurídica Unicuritiba, 23ª Edição, 2009, p.91.

Em meio aos efeitos dos processos econômicos e à trama de técnicas constituintes do espaço urbano, o acesso à moradia constitui o principal elemento de efetividade do direito à cidade (*Le Droit à la Ville*, segundo Lefebvre) que nada mais é do que a apropriação da dimensão humana, social, econômica e cultural do espaço urbano. E, nesse sentido, o direito à cidade se torna mais urgente para aqueles que, nos países de desenvolvimento retardatário, de acordo com Milton Santos, necessitam da apropriação do espaço da cidade para assegurar a simples subsistência, como é o caso de grande contingente da população brasileira (1999, p. 258).<sup>15</sup>

A moradia regular e em condições de conforto e segurança é elemento básico da construção da dignidade humana, que por sua vez se constitui no princípio maior da ordem jurídico-constitucional brasileira.

Para melhor compreensão, vejam-se quais os característicos essenciais de uma moradia adequada, segundo a Comissão da Organização das Nações Unidas para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

a) segurança jurídica para a posse, independentemente de sua natureza e origem; b) Disponibilidade de infra-estrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia para o preparo da alimentação, iluminação, saneamento básico, etc.); c) As despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; d) A moradia deve oferecer condições efetivas de habitabilidade notadamente assegurando a segurança física a seus ocupantes; e) Acesso em condições razoáveis à moradia, especialmente para os portadores de deficiência; f) Localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços sociais essenciais; g) A moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e a diversidade cultural da população.<sup>16</sup>

O exercício do direito à moradia, em bem imóvel próprio, identifica-se à perfeição com a noção de *mínimo existencial* a integrar o *patrimônio mínimo* da pessoa humana, na expressão cunhada por Luiz Edson Fachin, em seu afamado *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, do qual se extrai:

---

15 *Op.cit.*, p.90.

16 Referido no do Comentário-geral nº4 a respeito de um direito à moradia adequada editada pela Comissão de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Citado por Ingo Wolfgang Sarlet. *Op. cit.*, p. 436.

A presente tese defende a necessidade de uma garantia patrimonial mínimo inerente a toda a pessoa humana, integrante da respectiva esfera jurídica individual ao lado dos atributos pertinentes à própria condição humana. Trata-se de um patrimônio mínimo indispensável a uma vida digna do qual, em hipótese alguma pode ser desapossada, cuja proteção está acima dos interesses dos credores.<sup>17</sup>

E ainda:

Em certa medida, a elevação protetiva conferida pela Constituição à propriedade privada pode, também, comportar tutela do patrimônio mínimo, vale dizer, sendo regra de base desse sistema a garantia ao direito de propriedade não é incoerente, pois, que nele se garanta um mínimo patrimonial. Sob o estatuto da propriedade agasalha-se, também, a defesa dos bens indispensáveis à subsistência. Sendo a opção eleita assegurá-lo, a congruência sistemática não permite abolir os meios que, na titularidade, podem garantir a subsistência.<sup>18</sup>

Demais disso, para além da perspectiva antropológica e subjetiva, o problema habitacional projeta seus efeitos nefastos às cidades e à sua população como um todo. A apropriação desordenada do solo e a aglomeração de pessoas em submoradias alocadas em favelas, cortiços, e loteamentos irregulares, em franco desrespeito às diretrizes da Lei de Parcelamento de Solo Urbano<sup>19</sup> são manifestos causadores de problemas funcionais à cidade e ao meio ambiente, com reflexo inevitável a todos os cidadãos, mesmo aos afortunados residentes de zonas regulares e organizadas das cidades, o que desautoriza o alheamento ao problema.

José Carlos de Freitas, conhecido estudioso dos problemas derivados da relação entre crescimento desordenado das cidades e reflexos no meio ambiente, bem denuncia essa circunstância:

A desordenada ocupação do solo com a implantação de loteamentos clandestinos, em virtude da inobservância das normas urbanísticas, conduz, assim, à proliferação de habitações edificadas sem critérios técnicos (insegurança) e em condições subumanas (insalubridade); ao surgimento de focos de degradação do meio ambiente e da saúde: ao adensamento

---

17 FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, Notas Prévias.

18 FACHIN, Luiz Edson. *Op. cit.*, p. 232.

19 Lei 6766 de 19.12.1979. Ementa: *Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.*

populacional desprovido de equipamentos urbanos e comunitários definidos da Lei 6.766/79 (art. 4º. § 2º, e art. 5º parágrafo único<sup>20</sup>) e incompatível com o meio físico (má localização), gerando crescimento caótico da cidade; à marginalização de seus habitantes com o incremento das desigualdades sociais e reflexos na segurança da população local e circunvizinha (violência, comércio de drogas, promiscuidade). A população sofre com a formação da “cidade ilegal”, arcando com os custos das inevitáveis intervenções do Poder Público para sua urbanificação.<sup>21</sup>

Ao direcionar esforços e investimentos para fomentar a construção e a comercialização de bens imóveis por meio do programa habitacional *Minha Casa Minha Vida*, a Administração Pública fez atuar para dar concretude o preceito constitucional insculpido nos artigos 6º e 7º, inciso IV da Constituição Federal, em atendimento a uma demanda habitacional represada, notadamente na classe C, cuja renda familiar mensal orbita entre três e dez salários mínimos.

Dados divulgados pela Caixa Econômica Federal na primeira quinzena de abril/2010 dão conta de que o programa *Minha Casa, Minha Vida*, do governo federal atingiu 40% da meta de construção de um milhão de moradias, com a contratação de 408.674 unidades habitacionais, e entrega de 3.000 unidades<sup>22</sup>. De outro lado, pesquisa realizada pela empresa de consultoria especializada *MB Associados* prevê uma demanda de 10,4 milhões de imóveis para a Classe C até o ano de 2016, revelando que realmente existe uma carência por habitações.<sup>23</sup>

É certo, porém, que quando se fala em atendimento ao preceito constitucional de moradia digna está-se referindo a moradias regularmente construídas, com vistas a orientar que o inevitável crescimento das cidades se desenhe de forma ordenada, porque a política urbana também é valor constitucional, e o Estatuto da Cidade – Lei

---

20 Art. 4º - Os loteamentos deverão atender, pelo menos, aos seguintes requisitos: [...] § 2º - Consideram-se comunitários os equipamentos públicos de educação, cultura, saúde, lazer e similares. Art. 5º - O Poder Público competente poderá complementarmente exigir, em cada loteamento, a reserva de faixa non aedificandi destinada a equipamentos urbanos. Parágrafo único. Consideram-se urbanos os equipamentos públicos de abastecimento de água, serviços de esgotos, energia elétrica, coletas de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado.

21 FREITAS, José Carlos de. *Loteamentos Clandestinos: uma proposta de prevenção e repressão*, in Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental n. 01, ago-set/2005, p. 58.

22 Gazeta do Povo, Edição de 16.04.2010.

23 Portal da Revista Exame: <<http://portalexame.abril.com.br/negocios/noticias/classe-c-vai-demandar-10-milhoes-de-imoveis-545922.html>> acessado em 12.06.2010.

Federal 10.257/2001<sup>24</sup> – há quase uma década está em vigor para dar contornos concretos à regular ocupação do solo urbano, o que é bem refletido no comentário de Elida Séguin:

A obrigatoriedade do Plano Diretor decorre de ser o principal instrumento que norteando as políticas de desenvolvimento e expansão urbana. A função social da propriedade deverá ser densificada para atender às exigências de ordenamento e desenvolvimento das cidades, que também têm uma função social. É a democratização de um modelo urbano includente que assegure a igualdade social proclamada na Carta Constitucional, vez que os benefícios de uma urbanização planejada devem ser estendidos a todos os cidadãos. Este modelo terá como ferramenta de implementação a administração participativa na gestão e a reorganização do espaço urbano com a adoção de usos mistos de solo urbano e o retorno dos moradores para o centro das cidades, onde existe infra-estrutura disponível. [...]. A lei 10.257/2001 municiou a comunidade e o Poder Público de mecanismos que lhe permitem desmistificar o caráter absoluto do direito de propriedade, subjugando o interesse particular ao público, dando efetividade à sua função social em prol de uma verdadeira política de urbanismo. Esta lei é o produto da Constituição de 1988, que inovou ao destinar-lhe um capítulo sobre política urbana, estabelecendo a necessidade de um plano diretor para todas as cidades com mais de vinte mil habitantes (art.182 parágrafo 1º.), a introdução da usucapião especial urbano (art.183) como forma de regularização fundiária urbana, a possibilidade de desapropriação (sanção) quando o proprietário não cumpre com as exigências de aproveitamento e utilização de solo não edificado, de parcelamento ou edificação.<sup>25</sup>

Rematando, a superação da crise da habitação principia pela admissão de que as mazelas sociais estão indissociavelmente entrelaçadas entre si, tomando parte numa crise maior, de cidadania; seu enfrentamento passa pela perfeita compreensão dos mais precisos contornos do direito fundamental social à moradia, mas, assim como se deu o engajamento da crise habitacional na crise maior de cidadania, o direito fundamental à moradia também deve ser compreendido de forma engajada no direito fundamental maior, da dignidade da pessoa humana, do qual é corolário inevitável.

---

24 Ementa: *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.*

25 SÉGUIN, Elida. *Estatuto da Cidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.84.

O êxito dessa difícil missão depende da perquirição de a quem compete praticar atos de materialização da garantia constitucional, e depende de que cada personagem identificado não faça opção pelo conforto inconseqüente da omissão.

## **2. O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA COMO COROLÁRIO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

Não há quem arrisque negar, no atual estágio evolutivo do Direito brasileiro, a dimensão prevalente assumida pela Constituição Federal numa sociedade tocada pelo valor da inclusão social. A Carta Constitucional superou largamente o papel secundário de mero pano de fundo para o desenvolvimento das relações jurídicas ancoradas nas demais esferas do Direito, para assumir, como de fato assumiu a condição de personagem principal e de fonte irradiadora concreta de meios de inclusão e de materialização dos direitos fundamentais.

Não seria demasiado ousado afirmar, outrossim, que a alma cidadã da Constituição Federal de 1988 reside e emana de um denso núcleo axiológico que se identifica na dignidade da pessoa humana. Trata-se do princípio maior; do princípio constitucional por excelência, que no acertado dizer de Luís Roberto Barroso, expressa:

[...] um conjunto de valores civilizatórios que se pode considerar incorporado ao patrimônio da humanidade, sem prejuízo da existência das violações cotidianas ao seu conteúdo. Dele se extrai o sentido mais nuclear dos direitos fundamentais, para tutela da liberdade, da igualdade, e para a promoção da justiça. No seu âmbito se inclui a proteção do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute dos direitos em geral. Aquém daquele patamar, ainda que haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui, pelo menos: renda mínima, saúde, e educação fundamental. Há ainda um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.<sup>26</sup>

Rigorosamente no mesmo sentido, Daniel Sarmiento assevera que:

O princípio da dignidade da pessoa humana representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e do mercado.<sup>27</sup>

E José Carlos Vieira de Andrade, referindo-se à Constituição Portuguesa – o que denota que a primazia da dignidade humana é valor de ordem mundial<sup>28</sup> e não apenas brasileiro – consigna:

O princípio da dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrados, quer dos direitos e liberdades tradicionais, quer dos direitos de participação política, quer dos direitos dos trabalhadores e direitos a prestações sociais.<sup>29</sup>

Não é difícil compreender, então, porque a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas

---

26 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 253.

27 SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Lumen Juris, 2000, pp. 59 e 60, *Apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op.cit.*, p 251.

28 É sintomático e interessante aos objetivos desta dissertação que as Constituições Nacionais de mais de cinquenta países contemplassem, já em 1995, de forma expressa e positivada o direito à moradia, conforme pesquisa de Scott Leckie, ativista do direito à moradia.

29 ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa*. Almedina, 1998, p. 102, *Apud* BARROSO, Luís Roberto, *Op.cit.*, p 251.

em 10 de dezembro de 1948, à dignidade humana já se expressa logo em seu preâmbulo, como que pavimentando um caminho para o reconhecimento em nível constitucional dos demais direitos fundamentais. Vale registrar:

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.

O reconhecimento da existência de direitos e garantias fundamentais da pessoa humana tem raízes, ainda antes disso, no ideário iluminista do século XVIII, pelas vozes de John Locke (1632-1704), Jean Jacques Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804) e outros, que recorrendo a premissas jusnaturalistas para defesa do indivíduo contra os desmandos do Estado, lançaram as bases do moderno constitucionalismo. É o que se infere do excerto de Immanuel Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, para quem:

No reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade. [...] Ora a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmo pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no mundo dos fins. Portanto, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas que têm dignidade.<sup>30</sup>

Ingo Wolfgang Sarlet, citando Klaus Stern, explica a íntima relação dos direitos fundamentais com as primeiras Constituições escritas:

Para tanto, afigura-se oportuna a seguinte lição de Klaus Stern, para quem 'as idéias de Constituição e direitos fundamentais são, no âmbito do pensamento da segunda metade do século XVIII, manifestações paralelas e

---

30 KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 2005, Apud, BARROSO, Luís Roberto, *Op. Cit.*, p.250.

unidirecionadas para a mesma atmosfera espiritual. Ambas se compreendem como limites normativos ao poder estatal. Somente a síntese de ambas outorgou à Constituição a sua definitiva e autêntica dignidade fundamental.' Na verdade o pensamento reproduzido encontra-se em sintonia com o que dispunha o multicitado artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, segundo o qual 'toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação de poderes determinada não possui constituição'. A partir desta formulação paradigmática estavam lançadas as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal burguesa: a noção da limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação de poderes. Os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado a definição de forma de Estado, do sistema de governo e da organização de poderes, a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material. Para além disso, estava definitivamente consagrada a íntima vinculação entre as idéias de Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais.<sup>31</sup>

Em sua concepção atual os direitos fundamentais consistem em construções normativas constitucionais, ancoradas em princípios que resumem a concepção de mundo do homem e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, gravando positivamente as prerrogativas e instituições necessárias a uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. Sua positivação em texto constitucional, embora não obrigatória, é um imperativo de efetividade, pois à míngua desta, as difíceis conquistas históricas da humanidade ficam expostas à ameaça de serem reduzidas a esperanças e objetivos abstratos, e sujeitas ao perigoso retrocesso.

José Joaquim Gomes Canotilho bem anota o fenômeno da *constitucionalização* dos direitos fundamentais, ou seja, *a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário*<sup>32</sup>, que os conduz ao direito maior de proteção constitucional, e conseqüente controle jurisdicional da constitucionalidade dos atos normativos reguladores.

---

31 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 58.

32 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2003. p. 378.

Assim, se a Constituição Federal é o fundamento da base jurídica e de validade dos atos do Estado, os direitos fundamentais se impõem a todas as entidades públicas e privadas que incorporem os valores básicos da sociedade, reafirmando-se, então, a necessidade de positivação constitucional dos direitos fundamentais, como assinala com propriedade Luís Roberto Barroso:

O direito constitucional positivo é composto do conjunto de normas jurídicas em vigor que têm o *status* de normas constitucionais, isto é, que são dotadas de máxima hierarquia dentro do sistema. A conquista da normatividade foi capítulo decisivo na ascensão científica e institucional do direito constitucional.<sup>33</sup>

Alguns autores de peso afirmam, na doutrina especializada, ser elementar da condição de fundamental, a positivação do direito respectivo, na ordem constitucional de determinado país<sup>34</sup>. Isso não significa dizer que a ausência de positivação de certos direitos fundamentais implica sua inexistência e tampouco resulta desmerecer proteção jurisdicional. É que os direitos fundamentais subsistem em dois sentidos: o formal e o material, distinção que remonta ao IX Aditamento da Constituição dos Estados Unidos da América, datado de 1971, onde se lê que *a especificação de certos direitos pela Constituição não significa que fiquem excluídos ou desprezados outros direitos até agora possuídos pelo povo*. Outrossim, alvitando que os direitos fundamentais formais são aqueles devidamente positivados, é conclusão certa que todos os direitos fundamentais em sentido formal o são também em sentido material, sendo que estes transbordam o rol daqueles.

Também é de se creditar à dogmática constitucional a classificação dos direitos e garantias fundamentais em gerações (ou dimensões, para usar a terminologia de Ingo Wolfgang Sarlet), correspondentes historicamente ao momento evolutivo em que as conquistas individuais e sociais foram se concretizando.

Assim, têm-se como de primeira geração aqueles direitos e garantias pessoais relacionados à liberdade e à igualdade em sua mais ampla acepção, oponíveis precipuamente contra o Estado, de sorte a impedir (daí serem chamados

---

33 BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 48.

34 Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* 2 ed. Coimbra: Almedina, 199, p. 369.; Também, SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição*, na coletânea *Crise e Desafios da Constituição*, coordenador José Adécio Leite Sampaio, Del Rey, 2004, p. 417.

de direitos de defesa, e daí sua natureza negativa ou impeditiva) qualquer ingerência indevida em valores individuais, como, por exemplo: a igualdade entre os homens perante a lei; as liberdades individuais (inclusive de celebrar contratos); a propriedade; a liberdade política.

Têm-se como de segunda geração, os direitos fundamentais às obrigações sociais, econômicas e culturais, de natureza eminentemente prestacional, e residem na obrigação estatal de realizar ações concretas destinada a prover o bem estar dos cidadãos em temas como a assistência social, a saúde, a educação, a segurança, o trabalho, a previdência social, e também assim o direito fundamental à moradia digna.

Vale mencionar, ainda, o reconhecimento de direitos fundamentais de terceira e quarta geração, também chamados transindividuais, em regra não positivados, inspirados nos valores da solidariedade e da fraternidade, e destinados às coletividades.

Ao propósito desta dissertação interessam os direitos fundamentais de segunda geração, também chamados os direitos sociais, estampados pela Constituição Federal em seus artigos 6 a 11, e de concepção formal, portanto. Interessa muito especialmente o direito social à moradia, erigido à condição de direito fundamental por meio da Emenda Constitucional nº. 26 de 14 de fevereiro de 2000, visto sob uma perspectiva dos meios de emprestar-lhe concretude e atender ao mandamento constitucional de prover moradia digna a todos os cidadãos brasileiros, já que, no dizer de Ingo Wolfgang Sarlet, conhecido entusiasta da eficácia máxima dos direitos fundamentais, não é possível escapar ao compromisso de sua implementação imediata e constante, dada a força vinculativa derivada da nota de fundamentalidade de tais direitos:

No caso da Constituição Brasileira, a fundamentalidade formal desdobra-se em três elementos, já largamente conhecidos: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais (e, portanto, também o direito à moradia) situam-se no ápice da do ordenamento jurídico, cuidando-se, pois, de normas de superior hierarquia. b) ainda na condição de normas fundamentais insculpidas no corpo da Constituição, encontram-se submetidas aos limites formais (procedimento agravado para a modificação dos preceitos constitucionais) e materiais (as assim designadas “cláusulas pétreas”) da reforma constitucional; c) por derradeiro, nos termos do que dispõe o art. 5º parágrafo 1º, da Constituição, as normas definidoras de

direitos fundamentais são imediatamente aplicáveis e vinculam as entidades estatais e os particulares.<sup>35</sup>

A globalização<sup>36</sup> social e econômica verificada a partir do século XX e fortemente acelerada nos primeiros anos deste século XXI trouxe à humanidade avanços e retrocessos. Se por um lado a perda da importância das fronteiras físicas; a democratização e a velocidade da informação; a facilidade da comunicação e do comércio fizeram acessíveis a maior número de pessoas a tecnologia e seus confortos, o liberalismo econômico e seu apelo de Estado mínimo, consolidaram e, não há como negar, aumentaram número de grupos sociais excluídos.

Daí a pertinente advertência de Pietro Perlingieri, para quem:

Mais marcada deve ser, também no intérprete, a consciência de que o crescimento econômico e o conseqüente bem-estar (*benessere*) quando não preservam a qualidade de vida, ou seja, a “liberdade” e a “dignidade humana”, não são progresso e desenvolvimento social e constitucionalmente valoráveis, mas se traduzem, antes ou depois, em um mal estar para todos.<sup>37</sup>

Citado por Teresa Negreiros, Daniel Sarmiento traduz – quiçá pecando pelas sempre perigosas generalizações – no que consiste a face perversa da globalização em termos econômicos e sociais:

[...] com isso surge um novo direito comum, que tende a ser universalizado entre os atores econômicos internacionais, produzido produzindo não pelo Estado ou por qualquer organização internacional, mas pelo próprio mercado, com base na lógica que lhe é inerente. Esta nova realidade é atemorizante, na medida em que o mercado não tem ética, pois objetiva a expansão do lucro, ainda que à custa do agravamento de problemas sociais e dos desrespeito aos direitos humanos. Portanto o direito estatal,

---

35 SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito Fundamental à Moradia na Constituição.*, na coletânea *Crise e Desafios da Constituição*, coordenador José Adécio Leite Sampaio, Del Rey, 2004, p.418.

36 No dizer de Teresa Negreiros: *o processo de ampla integralização, não apenas financeira, mas igualmente midiática, que vem pondo abaixo fronteiras territoriais, a despeito de uma simultânea fragmentação social e cultural.* *Op. cit.*, p. 69.

37 *Op. cit.*, p. 228.

fortemente ancorado na ética comunitária, vai sendo substituído por regras informais de conduta baseadas na exclusiva preocupação com a eficiência econômica.<sup>38</sup>

A revitalização dos direitos fundamentais sociais a prestações, é concebido em reação à essa mitigação das conquistas sociais, geradas, em larga medida, pela globalização econômica. O resgate de um Estado regulador da atividade econômica e promotor de justiça social é refletido claramente na positivação constitucional de direitos fundamentais e no constante alargamento de seu rol, como se deu, por exemplo, com o direito à moradia digna.

Assim, atualmente, dentre o rol de direitos fundamentais sociais elencados pela Constituição Federal, o direito à moradia lá figura desde a edição da Emenda Constitucional nº26 de 14/02/2000, ladeada por outros direitos fundamentais sociais como salário mínimo, previdência social, assistência social, e saúde, alterando a redação do artigo 6º da Carta Política, que restou assim enunciado:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

A difícil tarefa de concretização do direito fundamental social à moradia adequada, não se exaure por sua admissão no rol constitucional de direitos fundamentais, mas, ao contrário, por ela se inicia. A condição de *direito fundamental* vincula inexoravelmente o país à sua concretização, e implica enfrentamento de questões sociais e jurídicas até o momento não arrostadas. E se o desafio de materializar o preceito constitucional é grande, sua superação deve principiar pela definição dos contornos do direito à moradia, e das competências para a sua materialização, questão esse nem de longe solucionada.

Senão veja-se: por opção ideológica do legislador constituinte derivado, o direito à moradia situou-se na seara dos mais caros valores da nação, dizendo diretamente com o princípio constitucional maior, da dignidade da pessoa humana (artigo 1º. inciso III da Constituição Federal). Sua positivação tem a missão de

---

38 SARMENTO, Daniel. *Constituição e Globalização: A Crise dos Paradigmas de Direito Constitucional*. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n. 215, jan-mar, 1999, p. 28, Apud NEGREIROS Teresa, *Op. cit.*, pp. 71 e 72.

conferir-lhe grau eficaz e normativo máximos, dado o atributo de vinculação imediata e automática do Poder Público e de particulares, derivada da condição de direito fundamental, na linha do parágrafo primeiro do artigo 5º da própria Constituição.

Para guardar coerência com a sistemática principiológica da Constituição, então, seria forçoso concluir que sua concretização se impõe como compromisso imediato, não se revestindo, a norma, de caráter programático, ou, ao menos, não apenas programático<sup>39</sup>. E é aí que a insuficiência conceitual começa a revelar-se. Seu reconhecimento como *mínimo existencial*<sup>40</sup>, implica outorgar ao cidadão direito

---

39 A expressão *norma programática* tem sido habitualmente tomada com reservas pelos doutrinadores de direito público porque, como assinalou Eros Roberto Grau em voto divergente prolatado no Recurso Extraordinário 407688 – SP, com aprofundada abordagem teórica do direito social à moradia, *porta em si vícios ideológicos perniciosos*. Nesse mesmo voto o eminente Ministro recorre à jurisprudência do Tribunal Constitucional da República Federal da Alemanha, estampada por acórdão prolatado por aquele pretório em 29.06.1969, assim: a) *quando a teoria sobre normas constitucionais programáticas pretende que na ausência de lei expressamente reguladora da norma esta não tenha eficácia, desenvolve uma estratégia mal expressada de não vigência (da norma constitucional), visto que, a fim de justificar-se uma orientação político-legislativa --- que levou à omissão do Legislativo --- vulnera-se a hierarquia máxima normativa da Constituição;* b) *O argumento de que a norma programática só opera seus efeitos quando uma lei ordinária que a implemente implica, em última instância, a transferência de poder constituinte ao Poder Legislativo.*

40 Julga-se oportuno tecer breve distinção entre as expressões *mínimo existencial* e *patrimônio mínimo* que por vezes são tomadas indistintamente tal como se sinônimas fossem, mas que refletem, em verdade, conceitos diversos. Para tanto, transcrevemos lição do acadêmico Paulo Ramon da Silva Solla, dado o rigor terminológico e conceitual dignos de pesquisa em nível de pós graduação: *Todas estas intervenções, à guisa de formar concepções unívocas acerca da aplicação do direito moderno, visam solidificar o alicerce que soergue a dignidade humana a valor máximo nas postulações jurídico-administrativas. Nesta esteira, duas correntes bastante parecidas podem ser destacadas. A primeira delas é a noção de um patrimônio mínimo, surgida na Itália, sob a égide do pensamento de Pietro Perlingieri, Natalino Irti e Pietro Barcelona, cuja formulação mais fulgurante é devida ao eminente jurista brasileiro Luiz Edson Fachin; a segunda noção é a de mínimo existencial, que tem como grandes ícones no pensamento jurídico brasileiro os conspícuos Ingo Wolfgang Sarlet, Fábio Konder Comparato, Ana Paula de Barcellos e tantos outros talentosos juristas. Contudo, em ambas as concepções, de um patrimônio inalienável necessário à existência digna – e não à subsistência dos sujeitos – e de uma gama de provimentos materiais a serem postos aos indivíduos, é possível encontrar a referência a estes como direitos pré-constitucionais. [...]. A perspectiva de um patrimônio mínimo compreende-se como baluarte da dignidade humana, o espaço das coisas que, embora possam se prestar ao uso, ao empréstimo, jamais poderão ser alienadas, porque fundamentais aos imperativos de uma vida digna da pessoa no seio social. [...] Esta valoração da pessoa em sua complexidade, não apenas remetendo à formalidade procedimental-substantiva exegética, tem um viés revelador. Não se entende mais a pessoa como baú em que se podem depositar direitos e extrair obrigações, mas como personalidade complexa, da qual não se pode dissociar uma assistência mínima, um patrimônio essencial. Este patrimônio essencial corresponde àquela parcela de bens, que não necessariamente devem ser imóveis, imprescindíveis ao sustento do indivíduo, dos sujeitos sobre sua guarda, vale dizer, sua família<sup>[05]</sup>. Consubstancia "o mínimo a assegurar-se", na dicção do erudito Luiz Edson Fachin. O mínimo existencial na lição inigualável do professor Ricardo Lobo Torres detém configuração básica de um direito à igualdade, de forma que sua forma, seu espectro eficaz*

subjetivo de exigir, contra o Estado, a materialização, independentemente de perquirir possibilidade orçamentária; escalonamento de prioridades, decisões que habitam a seara da essencial discricionariedade do administrador público.

Sucedem que outros tantos doutrinadores, que não são poucos e nem desimportantes, rechaçam a possibilidade de o cidadão exigir, diretamente do Estado, no âmbito do Poder Judiciário, a prestação material positiva ao direito fundamental. Se em situações pontuais envolvendo o direito fundamental à saúde, com risco de vida iminente, as lides judiciais movidas diretamente contra o Estado visando a obter a prestação material adequada são relativamente freqüentes, e usualmente acolhidas<sup>41</sup>, o mesmo não se pode dizer em relação àqueles outros direitos fundamentais de ordem prestacional, que embora reflitam proteção da vida humana, o fazem mediatamente, sem retratar risco iminente a ela.

---

*lhe dá contornos pré-constitucionais. Afinal, se estriba em fontes que privilegiam à pessoa humana. Outra assertiva do conspícuo pensador é a de que o mínimo existencial conforme-se como um direito público subjetivo do cidadão, não restando dependência qualquer em relação a uma outorga jurídica por parte do ente estatal. Reverso, tem validade erga omnes, aproximando-se capilarmente do estado de necessidade. Outro ponto importante se refere à sua historicidade, que o fez evoluir, sendo fruto da dinâmica social. Nesta linha de pensamento, afirma o autor: "o mínimo existencial, na qualidade de direito subjetivo, é oponível à administração, gerando para esta a obrigação de entregar a prestação de serviço público independentemente do pagamento de qualquer tributo ou contraprestação financeira, haja ou não lei ou regulamento. A violação do direito, por ação ou omissão, justifica, como veremos adiante, o controle jurisdicional." Não é este espaço para tão ampla discussão, senão para concluir referendando ao mínimo existencial como sendo aquele grupo de direitos sociais imprescindíveis à vida digna, não se submetendo de forma alguma às necessidades do Estado, nem muito menos aos movimentos cambiantes dos mercados, cuja realização é - mais que uma necessidade - um imperativo. "Mínimo existencial e patrimônio mínimo: o equívoco da pré-constitucionalidade", Paulo Ramon da Silva Solla, Doutrina Jus Navigandi, acessível em <<http://www1.jus.com.br/DOCTRINA/texto.asp?id=14508>> acessado em 25.04.2010.*

41 Veja-se, por exemplo, decisão prolatada pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 874.630/RS julgado em 21.09.2006, Relator o Eminentíssimo Ministro Humberto Martins, determinando ao Estado do Rio Grande do Sul o fornecimento de medicamentos essenciais ao autor, sob o fundamento de integrar o rol dos direitos fundamentais: 1. A hipótese dos autos cuida da possibilidade de bloqueio de verbas públicas do Estado do Rio Grande do Sul, pelo não-cumprimento da obrigação de fornecer medicamentos a pessoa portadora de doença grave, como meio coercitivo para impor o cumprimento de medida antecipatória ou de sentença definitiva da obrigação de fazer ou de entregar coisa. (arts. 461 e 461-A do CPC). 2. A negativa de fornecimento de um medicamento de uso imprescindível, cuja ausência gera risco à vida ou grave risco à saúde, é ato que, per se, viola a Constituição Federal, pois a vida e a saúde são bens jurídicos constitucionalmente tutelados em primeiro plano. 3. A decisão que determina o fornecimento de medicamento não está sujeita ao mérito administrativo, ou seja, conveniência e oportunidade de execução de gastos públicos, mas de verdadeira observância da legalidade. 4. O bloqueio da conta bancária da Fazenda Pública possui características semelhantes ao seqüestro e encontra respaldo no art. 461, § 5º, do CPC, posto tratar-se não de norma taxativa, mas exemplificativa, autorizando o juiz de ofício ou a requerimento da parte a determinar as medidas assecuratórias para o cumprimento da tutela específica [...].

Daí não se ter notícia de pleito judicial sério, direcionado por cidadão diretamente contra o Estado (e muito por cidadão contra outro cidadão, ou entidades privadas), visando a dele obter moradia digna; visando a dele obter, lazer; a dele obter emprego.

No caso específico do direito fundamental à moradia digna (e talvez o mesmo ocorra no caso do direito ao lazer; do direito à segurança pública) nem mesmo os mais passionais defensores da eficácia jurídica e social dos direitos fundamentais têm admitido haver direito subjetivo do cidadão a atuar judicialmente contra o Estado visando a ser contemplado com moradia digna. Ora, então a eficácia normativa máxima e o atributo de vinculação imediata do Poder Público não são absolutos.

É impossível, nesse aspecto, não haver nova referência à obra de Ingo Wolfgang Sarlet, que parece refrear seu entusiasmo de outrora, para ressaltar que no específico caso do direito à habitação, as perspectivas positiva e prestacional não atingem o nível de permitirem o direito de postulação subjetiva e direta do particular contra o Estado, mas se realiza com a atuação legislativa e com políticas públicas, devidamente escalonadas segundo critério de prioridades, implementadas gradual e concretamente:

[...] a adoção de medidas legislativas, por si só não esgota as obrigações dos estados signatários do Pacto, impondo-se também o desenvolvimento de políticas concretas e a fixação de prioridades, a partir da relevância dos diversos direitos fundamentais sociais. Por outro lado, em que pese a exigência de uma implementação gradativa, já que inexigível uma solução imediata para o problema da efetivação dos direitos sociais, devem ser destinados recursos materiais pelo menos para a sua realização num patamar mínimo.<sup>42</sup>

Noutro momento, referindo-se ao grau de vinculação da Administração Pública aos direitos sociais prestacionais, é ainda mais claro:

Em se tratando de direitos sociais prestacionais, em regra contidos em normas de eficácia limitada, o efeito vinculante ainda será menor, na medida em que se cuida de preceitos dirigidos principalmente ao legislador, não se podendo esquecer que o grau de vinculação se encontra em estreita relação com o grau de densidade normativa da norma impositiva em questão. De qualquer modo, por menor que seja a eficácia vinculante, os órgãos administrativos encontram-se obrigados a considerar, no âmbito da

---

42 *Op. cit.*, p. 441.

discricionarieidade, as diretrizes materiais contidas nas normas de direitos fundamentais a prestações.<sup>43</sup>

Especialmente no primeiro excerto, é nítida é a alusão do autor à *cláusula* ou *princípio da reserva do possível*<sup>44</sup>, no sentido de que o direito à prestação positiva, ainda que reconhecida por norma constitucional, está subsumida não apenas à disponibilidade econômica do Estado, mas à razoabilidade da pretensão, que deve ser aferida nas circunstâncias de cada país e de cada momento histórico. Noutro trecho de sua valiosa obra, esclarece:

A prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o estado de recursos e tendo poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.<sup>45</sup>

Fernando Borges Mânica explora o tema com concisão e propriedade, situando a forma como o princípio tem sido invocado pela Administração Pública, e a forma como tem sido interpretado na atualidade:

A teoria da reserva do possível, portanto, tal qual sua origem, não se refere direta e unicamente à existência de recursos materiais suficientes para a concretização do direito social, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Entretanto, a interpretação e transposição que se fez de tal teoria, especialmente em solo pátrio, fez dela uma teoria da reserva do financeiramente possível, na medida em que se considerou como limite absoluto à efetivação de direitos fundamentais sociais (i) a suficiência de recursos públicos e (ii) a previsão orçamentária da respectiva despesa. Nessa perspectiva, segundo entendimento de alguns, a teoria da reserva do possível passou a ocupar o lugar que antes era ocupado pela teoria das normas programáticas, pela separação de poderes e pela discricionarieidade administrativa, no sentido de que, se antes se entendia

---

43 *Op. cit.*, p. 372.

44 A teoria da reserva do possível remonta ao Tribunal Constitucional Alemão, que na década de 1960 prolatou decisão paradigmática enfrentando demanda promovida por estudantes candidatos a vagas nas Faculdades de Medicina de Hamburgo e Munique, escoradas no artigo 12 da Constituição da Alemanha Ocidental que assegurava que *todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação*. A decisão repeliu o pleito dos candidatos não classificados, sob o fundamento de faltar razoabilidade ao pleito deduzido perante o Estado e a sociedade (BverfGE n. 33 S. 333).

45 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 265.

pela impossibilidade jurídica de intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, agora se entende pela ausência de previsão orçamentária. [...]. Atualmente, especialmente em decorrência de posicionamento forte da jurisprudência, a teoria da reserva do financeiramente possível tem sido afastada como panacéia apta a afastar a obrigatoriedade de efetivação dos direitos fundamentais sociais pelo Estado. É que as decisões têm exigido não a mera alegação de inexistência de recursos, mas a comprovação de ausência de recursos, também denominada exaustão orçamentária. A reserva do possível traduzida como insuficiência de recursos, também denominada reserva do financeiramente possível, portanto, tem aptidão de afastar a intervenção do Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais apenas na hipótese de comprovação de ausência de recursos orçamentários suficientes para tanto. Tal viés da teoria da reserva do possível é importante e deve ser entendido com o objetivo de vincular o direito à economia, no sentido de que as necessidades – mesmo aquelas relacionadas aos direitos sociais – são ilimitadas e os recursos são escassos. Esse postulado, fundamento da ciência econômica, deve ser levado em conta tanto na definição das políticas públicas quanto na decisão judicial no caso concreto. Entretanto, nesta última hipótese, a insuficiência de recursos deve ser comprovada. A situação não é de fácil concreção prática e tende a ocorrer, sobretudo, no âmbito municipal em questões que envolvam a construção de obras públicas.<sup>46</sup>

Já Ana Paula de Barcellos, tece crítica mordaz à escusa fácil da reserva do possível, quando em questão está um direito fundamental, *v.g.*, uma expressão do *mínimo existencial*. A citação torna-se mais interessante pelo fato de tratar do direito fundamental prestacional à educação, que à semelhança do direito fundamental prestacional à moradia, reflete um direito da personalidade, mas raramente representa uma ameaça imediata à vida humana. Gizou a jurista de escol:

Lembre-se aqui um ponto. O direito à educação fundamental é um elemento do *mínimo existencial*, compondo o núcleo da dignidade humana e, portanto, sendo oponível aos poderes constituídos. Imaginar que seu atendimento possa ficar na dependência exclusiva da ação, e dos humores, do Executivo – em equipar sua rede de ensino de maneira conveniente – e do Legislativo – em dispor sobre a concessão de bolsas de estudo em instituições privadas – é tornar totalmente sem sentido tudo que sem expôs até aqui, assim como o próprio Estado de direito constitucional. Ao Judiciário compete tutelar o *mínimo existencial* e isso pelos meios substitutivos que forem necessários e aptos para atingir tal fim. Por isso mesmo apenas se reconhece essa legitimidade ao judiciário quando se trata desse mínimo sem

---

46 MÂNICA, Fernando Borges. *Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas*. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, p. 169-186, jul./set. 2007.

o qual a própria dignidade resta violada, e não de toda a extensão dos efeitos ideais das normas que se relacionam com a dignidade.<sup>47</sup>

Sem embargo desse posicionamento, que sem nenhuma dúvida revela-se sedutor, é forçoso concluir que o país não detém condições de dar atendimento direto a todos os direitos sociais prestacionais, como, no caso do direito à moradia digna, por exemplo. É inato à discricionariedade do administrador público determinar onde aloca os recursos – que são limitados – para fazer frente à demanda social – ilimitada –. Por estarem em plano de igualdade, as necessidades vertidas em forma de direitos fundamentais sociais, em tese, conflitam entre si. Por serem insuficientes os recursos, é decisão política, e implica muitas vezes prestigiar um em detrimento do outro. Elida Séguin<sup>48</sup>, recorrendo à célebre teoria de Konrad Hesse, pontualmente adverte: *impende salientar que as questões constitucionais não são originalmente questões jurídicas, mas sim questões políticas.*<sup>49</sup>

Daí parecer mais plausível o comedimento de Ingo Wolfgang Sarlet ao entusiasmo de Ana Paula de Barcellos, de forma a se reconhecer que a obrigação estatal de dar concretude ao direito fundamental à moradia se aperfeiçoa, na vertente prestacional de forma mediata e lateral, seja pela edição de normas legais facilitadoras do acesso à moradia; seja pela implementação de políticas públicas orientadas para a construção de unidades habitacionais; seja pelo financiamento à indústria da construção civil e pelo financiamento para a aquisição da moradia para camadas populacionais mais carentes; seja também por medidas econômicas de incentivo, fomento e regulação da atividade empresarial desenvolvida da cadeia da construção / crédito / comercialização imobiliária.

Há vinculação do Poder Público, não resta dúvida, mas se trata de uma vinculação rarefeita, cuja ausência de densidade inibe a formação de um direito subjetivo pessoal à moradia, e *a fortiori* inibe o manejo de pretensão jurisdicional do cidadão em face do Poder Público, para dele obter, diretamente, moradia digna.

---

47 BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 263.

48

49 HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1991, p.9, *Apud*, SEGUIN, Elida. *Estatuto das Cidades*. Rio de Janeiro. Forense, 2002, p.33

Mas o direito fundamental à habitação, a exemplo de outros direitos fundamentais sociais, não se restringe a isso. Satisfazer-se com a vinculação meramente mediata, contida pelo princípio da reserva do possível, constitui reducionismo inaceitável. A admissão do direito à moradia adequada no elenco dos *mínimos existenciais* implica munir o cidadão de ferramentas de defesa contra atos oriundos de Órgãos Públicos ou de particulares consistentes em suprimir ou relegar a segundo plano o direito à moradia.

Deve ser considerada, portanto, outra vertente, na qual, diversamente do que se apregoa até o momento, o preceito constitucional vincula plenamente a toda a sociedade, verticalmente e horizontalmente, ou seja, vincula imediatamente tanto os Poderes Públicos, quanto os próprios particulares: trata-se da vertente defensiva dos direitos fundamentais sociais, inclusive do direito à moradia.

Há acentuada convergência na doutrina especializada sobre ser a acepção defensiva inata a todos os direitos fundamentais positivados no texto constitucional. Sempre que um bem jurídico com *status* de direito fundamental esteja ameaçado de injusta lesão – seja por entes públicos, seja por particulares – o cidadão tem direito de invocar, em sua defesa, a norma constitucional e sua força normativa.

Sobre as eficácias prestacional e defensiva do direito constitucional fundamental à moradia, a lição sempre valiosa de Sarlet:

[...] o que se verifica desde logo, é que tais compromissos apenas robustecem a constatação de que o direito à moradia apresenta uma face defensiva e prestacional, implicando um feixe complexo, conexo, diversificado de posições jurídicas fundamentais, com notas distintas até mesmo no âmbito interno da classificação em direitos negativos e prestacionais.<sup>50</sup>

No mesmo sentido, Luiz Edson Fachin, não apenas reconhecendo a existência, mas enunciando as dimensões que chama *negativa e prestacional*:

[...] negativa no sentido de que o Estado e os particulares têm o dever de se eximirem de ofensa à dignidade, em uma ordem de idéias protetiva; prestacional, na medida que há o dever de promoção da dignidade da pessoa. Ambas as dimensões se dirigem tanto às relações entre Estado e cidadãos quanto nas relações interprivadas.<sup>51</sup>

---

50 *Op. cit.*, p. 441.

Esse consenso doutrinário tem reflexos diretos na jurisprudência, especialmente dos Tribunais Superiores. Exemplos paradigmáticos são as decisões judiciais assegurando a defesa da moradia penhorada, por meio de processo de embargos de terceiro, articulado por membros da entidade familiar, não devedores da obrigação, como se infere, por amostragem, do julgamento proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº621399/RS, relatado pelo iminente Ministro Luiz Fux, com boa fundamentação e invocando inclusive a doutrina de Luiz Edson Fachin, assim ementada:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE FAMILIAR DE EXCLUSÃO DO BEM DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. É BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE, DÊS QUE O ÚNICO SERVIL À RESIDÊNCIA DA MESMA. RATIO ESSENDI DA LEI Nº 8.009/90. 1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo. 2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio "societas distat singulis", peculiaridade a ser aferida "cum granu salis" pelas instâncias locais. 3. Aferida à sociedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, "lex dixit minus quam voluit". 4. "In casu", a família foi residir no único imóvel pertencente à família e à empresa, a qual, aliás, com a mesma se confunde, quer pela sua estrutura quer pela conotação familiar que assumem determinadas pessoas jurídicas com patrimônio mínimo. 5. É assente em vertical sede doutrinária que "A impenhorabilidade da Lei nº 8.009/90, ainda que tenha como destinatários as pessoas físicas, merece ser aplicada a certas pessoas jurídicas, às firmas individuais, às pequenas empresas com conotação familiar, por exemplo, por haver identidade de patrimônios." (FACHIN, Luiz Edson. "Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo", Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 154). 6. Em conseqüência "(...) Pequenos empreendimentos nitidamente familiares, onde os sócios são integrantes da família e, muitas vezes, o local de funcionamento confunde-se com a própria moradia, DEVEM BENEFICIAR-SE DA IMPENHORABILIDADE LEGAL." [grifo nosso] 7. Aplicação principiológica do direito infraconstitucional à luz dos valores eleitos como superiores pela constituição federal que autoriza excluir da execução da sociedade bem a ela pertencente mas que é servil à residência como único da família, sendo

---

51 FACHIN, Luiz Édson. *Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana, e o Novo Código Civil: Uma Análise Crítica*, p.98.

a empresa multifamiliar. 8. Nessas hipóteses, pela “causa petendi” eleita, os familiares são terceiros aptos a manusear os embargos de terceiro pelo título que pretendem desvincular, o bem da execução movida pela pessoa jurídica. 9. Recurso especial provido.

Outro exemplo importante reside na interpretação atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de decisão monocrática prolatada pelo então Ministro Carlos Velloso no Recurso Extraordinário nº352940/SP, declarando a inconstitucionalidade do artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/1990<sup>52</sup>, norma legal essa também estampada no artigo 82 da Lei 8.245/1991<sup>53</sup>, ou seja, a exceção legal às dívidas oriundas de fiança de contrato de locação:

CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não- recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: “ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio”: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Deveras, lançando mão de regras de hermenêutica, o eminente jurista sustentou e asseverou que as exceções legais, muito especialmente àquela destinada à fiança prestada em contrato de locação, não refletiriam tratamento isonômico aos cidadãos, não tendo sido recepcionada pela Ordem Constitucional vigente, então, desde fevereiro de 2000. Asseverou ainda que dita norma constitucional é auto-aplicável, independentemente de regulamentação por ordenamento ordinário.

Naquela ocasião teve-se a oportunidade de tecer firme crítica ao posicionamento do Pretório Excelso, não por não reconhecer a vinculação vertical e horizontal do direito fundamental social à moradia quando invocado em vertente defensiva, e nem tanto pela dificuldade de vislumbrar auto-aplicabilidade ao disposto no artigo 6º da Constituição Federal, mas sim por entender que o próprio direito à habitação, considerado em sua perspectiva maior, de interesse da sociedade,

---

52 Ementa: *Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.*

53 Ementa: *Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes.*

restaria mais intensamente afetado com a proclamação da inconstitucionalidade do artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/1990, do que restaria afetado com a manutenção das penhoras sobre únicos bens imóveis residenciais de fiadores de contrato de locação. É que a fragilização das garantias de fiança locatícia já admitidas nos contratos de locação de imóveis urbanos celebrados desde outubro de 1991, na esteira do que assegurava o artigo 82 da Lei do Inquilinato, representaria – e de fato representou – refreamento da oferta de imóveis residenciais à locação e aumento do preço dos aluguéis, conseqüências diretas da potencialização do fator risco no sensível equilíbrio econômico da relação jurídico-contratual entre proprietários e inquilinos:

Não bastassem os contundentes argumentos de ordem técnica, não há como desprezar os efeitos nefastos que semelhante leitura projeta na sociedade brasileira, ao ponto de, paradoxalmente, mitigar o próprio direito à moradia. Simples entender: Tal orientação jurisprudencial, a exemplo do que ocorreu com a edição e interpretação distorcida da polêmica súmula 214 do Superior Tribunal de Justiça<sup>54</sup>, trazem insegurança ao mercado das locações, aumentando o risco de inadimplência e de insucesso na busca de créditos locatícios. Naturalmente, sendo maior o risco, maior será o valor do aluguel e maiores as exigências de garantia por parte de locadores, tornando a locação um produto caro e inacessível a grande faixa populacional. Noutras palavras, o cidadão que pretenda morar dignamente em uma residência alugada, por necessidade ou conveniência, enfrentará crescentes dificuldades para alcançar esse produto, já que o fator risco majora sensivelmente os valores locatícios praticados, escasseia a oferta de imóveis residenciais para locação, e torna exigíveis garantias mais burocratizadas e caras. A aceitação de uma fiança, nesse panorama, fará o mercado exigir que tanto garantes quanto locatários possuam perfis negociais tão imaculados em termos de renda, patrimônio, restrições creditícias, que a prestação de garantias seria até despicienda. Deveras, as normas legais quando editadas, são legitimadas pelo processo legislativo democrático, e refletem as necessidades e conveniências do país ao tempo de sua edição. Leva em conta não apenas o rigor jurídico, mas também o panorama sócio-econômico que as motivam e justificam. Nessa perspectiva, ao excepcionar a Lei 8009/90 da impenhorabilidade de bem de família, com as obrigações pecuniárias decorrentes de fiança locatícia, o legislador teve por inspiração a necessidade de incentivar a oferta de imóveis residenciais para locação, por ser isso interessante à nação naquele momento histórico, assim como ainda hoje o é. Dotar o potencial locador de garantias efetivas retrata uma política legislativa calculada para motivar a oferta no mercado de bens imóveis residenciais, que a fragilidade do Direito anterior aliada aos sucessivos e desastrosos planos econômicos, retraiu. Já orientações

---

54 Sumula 214 STJ: *O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu*. Sua aplicação pelos juízos de direito e tribunais, jogou por terra as garantias fidejussórias relativas ao período de prorrogação legal do contrato de locação.

jurisprudenciais como a presente, usualmente emanadas dos tribunais superiores, modificativas que são do direito positivo, não gozam dessa legitimidade e tampouco parecem levar em conta os aspectos sociais, econômicos e políticos que justificaram a edição das normas legais, que acabam por adulterar.<sup>55</sup>

O Supremo Tribunal Federal, posteriormente, modificou o entendimento, em decisão plenária conduzida pelo Eminentíssimo Ministro Cezar Peluso, relator do Recurso Extraordinário 407688 SP, reconhecendo, por sete votos contra três (votaram com o relator os Ministros Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Ellen Gracie, Marco Aurélio de Mello, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim; votaram contra os Ministros Eros Roberto Grau, Carlos Ayres Britto e Celso de Mello) que a exceção estampada no artigo 3º inciso VII da Lei 8.009/1990 e artigo 82 da lei 8.245/1991 não está em confronto com o texto constitucional pós Emenda 26/2000, sendo, portanto, plenamente legal e integrante do ordenamento jurídico. Eis a ementa:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

Embora a ementa do aresto não as tenha feito explícitas, as razões adotadas pela maioria dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça revelam motivadores de cunho econômico, muito próximos do que já se denunciava. O Ministro Cezar Peluso assim consignou em seu voto:

Daí se vê logo que não repugna à ordem constitucional que o direito social de moradia – o qual, é bom observar, não se confunde, necessariamente, com o direito à *propriedade imobiliária* ou *direito a ser proprietário de imóvel* – pode, sem prejuízo doutras alternativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implementado por norma jurídica de estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores. (...) a respeito

---

55 GALLI, Leandro, *Direito à Moradia e Penhora de Bem Imóvel Residencial de Fiador de Contrato de Locação: Enfim o Restabelecimento do Direito*. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental, Porto Alegre, ano 01, n. 04, pp. 78-85, fev-mar. 2006.

não precisaria advertir que um dos fatores mais agudos de retração e de dificuldade de acesso do mercado de locação predial está, por parte dos candidatos a locatários, na falta absoluta, na insuficiência, ou na onerosidade das garantias contratuais licitamente exigíveis pelos proprietários ou possuidores de imóveis de aluguel. Nem, tampouco, que acudir a essa distorção, facilitando celebração dos contratos, e com isso realizando, num dos seus múltiplos modos de positivação e de realização histórica, o direito social de moradia, é a própria *ratio legis* da exceção prevista no art.3º, inc. VII, da Lei n. 8.009, de 1990. São coisas óbvias e intuitivas.<sup>56</sup>

Independentemente das razões de mercado projetadas no âmbito do direito social à moradia, que parecem justificar de sobejo o sacrifício à propriedade imobiliária do fiador – ainda que única – em benefício do direito da coletividade, à habitação alugada, é certo que a invocação do direito à propriedade sob uma perspectiva defensiva, e de vinculação imediata, precipuamente do Estado, mas também de particulares, é perfeitamente possível.

---

56 É no mínimo instigante acompanhar o acalorado debate que se seguiu entre o Ministro Cezar Peluso e o Ministro Eros Roberto Grau, aquele por um viés econômico e este por um viés social, porém ainda assim encontrando, ambos, convincente amparo do texto magno. Eis um pequeno excerto: O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: (...) vou continuar porque vou dar a resposta exatamente a essa situação. A minha discordância do voto de Vossa Excelência é que não estou me apegando à lógica de mercado em meu voto, mas, sim, ao que diz a constituição. É nesse ponto que discordo de Vossa Excelência. O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR): temos visões diferentes da Constituição, Ministro. O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: - Na Constituição. Parto de um ponto de vista, Vossa Excelência partiu de outro O SENHOR MINISTRO CEZAR PELUSO (RELATOR): faço apenas uma ponderação. O voto, como sempre, muito brilhante do Ministro Eros Grau, não responde à argumentação de meu voto, pois sustento que o direito à moradia, como um direito social, abrange não apenas a tutela da moradia do proprietário do imóvel, mas o direito de moradia como tal, em sentido geral, isto é, até de quem não seja proprietário. O direito é amplo. Não se pode dizer que o artigo 6º só abrangeria os proprietários de imóvel. O direito de moradia é direito que deve ser reconhecido a ampla classe de pessoas que não têm propriedade de imóvel e portanto, devem morar sob alguma das outras formas, mediante os institutos que o ordenamento jurídico prevê para permitir essa moradia. Ora, o Estado pode concretizar, conformar esse direito de moradia com várias outras modalidades, de prestações, inclusive a de uma prestação do tipo normativo, como essa, ou seja, de estabelecer uma exceção à impenhorabilidade do bem de família num caso em que se exige garantia como condição de acesso ao mercado de locação a medida que restringiremos o conceito de direito de moradia, iremos restringir o acesso de muitas pessoas ao mercado de moradia, mediante locação, por que os locadores - como sabemos, e isso é fato público e notório – não dão em locação sem garantia, ou, então, exigem garantias que sobrecarreguem essa classe, que é a grande classe dos despossuídos. (...) O SENHOR MINISTRO EROS GRAU: -. Entendo, e Vossa Excelência perdoe-me, que não podemos fazer a leitura da Constituição para atender à lógica de mercado. Com isso é que não concordo. RE407.688-SP, extraído do sítio do Excelso Supremo Tribunal Federal em 29.04.2010, em <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=261768>>.

As bases lançadas pela posição do Ministro Carlos Velloso no seio do Excelso Supremo Tribunal Federal revelam haver solo fértil para a o chamamento do direito fundamental à moradia, de forma subjetiva, pelo cidadão, porém em sua dimensão defensiva, para a qual a norma constitucional protetora do direito à moradia tem eficácia jurídica (possibilidade de gerar efeitos que lhe são próprios) imediata, independentemente de regulamentação legislativa.

Já em sua dimensão puramente prestacional positiva, parece seguro concluir que a implementação do direito fundamental social à moradia é um ônus social a ser suportado pelo Poder Público constituído, que arrecada impostos e tem o dever de empregá-los em prol de seus cidadãos, inclusive e especialmente nos objetivos constitucionalmente definidos.

Não goza de credibilidade o raciocínio, sustentado por algumas vozes da doutrina, a partir de uma leitura algo distorcida da Lei Federal 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) de que também dos particulares seria o ônus social de prover a moradia digna.

Não é admissível, ao menos numa acepção positiva e prestacional do direito social à moradia, delegar ao cidadão brasileiro a obrigação de promover pessoalmente o direito à moradia de seu concidadão. Mais do que uma incoerência, seria premiar o Estado com a irresponsabilidade tranqüila; seria legitimar a inoperância do Poder Público. Levar o pensamento contrário a extremos importaria admitir-se que cada cidadão deve promover o direito ao lazer de seus concidadãos, ainda que ele próprio não goze de horas de diversão; promover o direito à saúde, ainda que ele próprio sofra com a inoperância do Sistema Único de Saúde (SUS); direito ao trabalho, ainda que ele próprio esteja desempregado ou mal empregado; direito à previdência, ainda que ele próprio jamais possa gozar de benefícios previdenciários; direito à educação, ainda que ele próprio não tenha logrado freqüentar ou concluir os estudos. Naturalmente tal linha de pensar sucumbe à prova infalível da experimentação.

A obrigação é precipuamente do Estado, e aperfeiçoa-se por meio de atividade legislativa infra-constitucional regulamentar da diretriz constitucional; por meio da implantação de programas governamentais coerentemente organizados para o financiamento da produção e da aquisição de bens imóveis residenciais; e finalmente por meio de medidas de regulação e fomento da atividade empresarial atuante no mercado da indústria e comércio de bens imóveis residenciais, para que

o próprio mercado sinta-se motivado a operar no segmento, contribuindo conseqüentemente para a erradicação do problema habitacional no país.

A vocação natural do mercado para a concretização do direito fundamental à moradia será objeto de mais detida análise adiante. Neste momento impende rematar asseverando que a regulamentação e o fomento da atividade empresarial imobiliária é o ponto mais próximo que a concretização do direito social à moradia, em dimensão positiva, pode tangenciar os particulares, pois se ao Estado é uma obrigação, ao mercado é uma oportunidade.

### 3. A ESSENCIAL CONTRIBUIÇÃO DO MERCADO PARA A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA DIGNA

A atividade empresarial constitui elemento motriz de maior relevo na multifacetada e complexa miscelânea social, posto responder pela circulação de riquezas, essenciais à vida e à sociedade. E se a atividade empresarial é dotada desse elevado grau de essencialidade, igualmente essencial é o domínio amplo e responsável do aparato jurídico que lhe informa e disciplina, lido sob um enfoque de comprometimento com a materialização do princípio maior da dignidade da pessoa humana, e da realização efetiva de justiça e inclusão social.

Dentre o volumoso feixe de atividades empresariais desenvolvidas no Brasil exercem papel de destaque aquelas ambientadas no mercado imobiliário, consubstanciado notadamente pela comercialização de bens imóveis residenciais urbanos. Isso ocorre por força de dois pilares bem definidos:

Primeiro: a aquisição do imóvel próprio – especialmente o primeiro – representa uma vitória ímpar ao homem; muito mais que uma realização patrimonial, trata-se da conquista de um referencial da vida, um verdadeiro *mínimo existencial* que lhe confere segurança, referência familiar, conforto, orgulho, e paz.

Segundo: as transações imobiliárias movimentam riquezas de forma substancial e deitam efeito expressivo na economia nacional, tanto na vida financeira dos cidadãos que vendem e compram, quanto em termos de macroeconomia, fazendo circular riquezas no circuito formado pelas instituições bancárias que financiam a indústria da construção civil; pela própria indústria da construção civil; pelas imobiliárias e corretoras que atuam na comercialização de bens imóveis novos e usados; pelas instituições bancárias que financiam a aquisição imobiliária por particulares; e pelos próprios particulares adquirentes, sem perder de vista os demais agentes econômicos que gravitam em torno dessa cadeia negocial, tais como tabeliães, registradores, advogados, corretores de imóveis, trabalhadores, e o fisco, arrecadando tributos ao longo de toda a cadeia negocial, não se limitando à incidência dos impostos sobre a transmissão de bens.

Assim, as transações imobiliárias geram dividendos que, antes de serem apenas econômicos, são, sobretudo, sociais.

Ainda que tardiamente, a ordem legislativa e as políticas públicas cederam ao reconhecimento e à materialização desse desiderato. Do ponto de vista legal e doutrinário, por exemplo, após o advento da Constituição Federal de 1988 com seu viés dirigente, e com os valores públicos projetados sobre o direito privado, refletidos no fenômeno da *constitucionalização do direito civil*, tornaram-se assentes não apenas a exigência de que a propriedade imobiliária e de que os contratos estejam em consonância com a chamada *função social*, mas também a conseqüente legitimidade de todo o cidadão aspirar concretamente à moradia digna, não necessariamente em imóvel próprio, mas preferencialmente, por ser essa, quiçá, a mais essencial de expressão da função social da propriedade.

Com propriedade afirma Francisco Cardozo Oliveira:

No ordenamento jurídico brasileiro, pelo menos a partir da Constituição de 1988, já não é mais possível isolar a propriedade de sua função social, de forma a reconhecer um suposto núcleo conceitual infenso à constitucionalização. A função social penetra na estrutura da propriedade de forma a que o exercício dos poderes proprietários não diz respeito apenas à relação do proprietário com a coisa, mas está subordinado a uma orientação finalística que considera o uso da coisa e a relação social e historicamente situada entre proprietários e não proprietários.<sup>57</sup>

Em sentido mais amplo, mas não menos pertinente, acerca da irradiação dos preceitos constitucionais sobre o direito civil e muito especialmente sob o direito contratual, observa Maria Celina Bodin de Moraes, prefaciando a obra *Teoria dos Contratos: Novos Paradigmas*, de Teresa Negreiros:

O processo de constitucionalização do direito contratual pode ser resumido, pois, em torno da subdivisão de seu centro valorativo: em lugar do indivíduo e de sua vontade soberana, põe-se a pessoa – sua dignidade e socialidade. Por outras palavras, em lugar da liberdade contratual, a solidariedade social. O direito contratual, tanto quanto qualquer outra disciplina jurídica, de direito civil ou não, tem a seu cargo a tarefa de tutelar a pessoa humana, nos termos em que o determina a Constituição Federal.<sup>58</sup>

---

57 OLIVEIRA, Francisco Cardozo. *Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 241.

58 MORAES, Maria Celina Bodin de. *Prefácio à Teoria dos Contratos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Nem a descoberta do direito à moradia como expressão do princípio da dignidade da pessoa humana, e nem tampouco a concepção de função social como elemento legitimador da propriedade e do contrato, surgiram no Direito brasileiro por obra do acaso ou por pura influência do direito alienígena. Derivaram de um processo evolutivo, jurídico sim, mas também social, cultural, e econômico, que é refletido, dentre outras evidências, na atuação recente do Poder Público, seja na esfera executiva, por meio de políticas públicas de incentivo e facilitação da aquisição imobiliária; seja na esfera legislativa por meio da intensa produção normativa concebida para aparatar tais políticas e popularizar os negócios jurídicos de compra e venda imobiliária.

É forçoso identificar, então, a presença de um movimento multifacetado e não reversível da sociedade brasileira e de suas instituições, no vetor de facilitar o acesso do cidadão à propriedade imobiliária, inclusive e especialmente os bens imóveis residenciais.

### 3.1. A REVELADORA EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

A necessidade de viabilizar moradia à sua recente população urbana, após o rompimento do paradigma rural da população brasileira, ocorrido por volta dos anos 1950, aliada à necessidade de fomentar o desenvolvimento urbano sob os enfoques do comércio e da indústria para dar sustentação a uma sociedade com tais características demográficas, fez com que o Poder Público, colocasse em prática, dentre outras, políticas facilitadoras de aquisição de bens imóveis, especialmente (mas não só) os de natureza residencial. As normas legais a seguir listadas – algumas delas de iniciativa do Poder Executivo – são emblemáticas dessa atividade, sendo notórias não só a busca de soluções à questão habitacional, mas também a utilização do mercado como ferramenta para a consecução de tal aspiração, essencialmente por meio de regulação às atividades empresariais afetas.

O marco mais importante reside na Lei Federal 4.380 de 21 de agosto de 1964<sup>59</sup> que, dentre outras políticas de natureza habitacional, instituiu o Sistema

59 Preâmbulo: *Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras*

Financeiro de Habitação (SFH) com declarado intento de facilitar a concretização de contratos imobiliários de interesse social. A experiência do Sistema Financeiro de Habitação não foi perfeita, óbvio, mas não se pode concluir tenha sido mal sucedida, pois inúmeras famílias tiveram acesso, efetivamente, ao imóvel próprio. Porém outros inúmeros brasileiros, que vieram se tornar inadimplentes por conta da distorção de mecanismos de correção e remuneração do capital derivados da citada norma legal, viram o sonho completamente frustrado.

Nesse mesmo viés vale referir o advento de três normas legais que respondem nitidamente ao mesmo objetivo de disciplinar e incentivar a atividade econômica de construção e/ou comercialização de bens imóveis em volume, necessária a dar sustentação ao Brasil urbano que se vinha desenhando.

A primeira delas, o Decreto-Lei 58/1937<sup>60</sup>, concebida para disciplinar as vendas de lotes em prestações, dadas as inúmeras fraudes que já naquele momento eram perpetradas em face da boa-fé e ingenuidade da recente população urbana.

A segunda foi a Lei Federal 4.561 de 16 de dezembro de 1964<sup>61</sup>, chamada *Lei de Condomínios e Incorporações*, da qual se extrai, ainda hoje, regras e diretrizes para disciplinar a atividade empresarial da incorporação imobiliária, permitindo a comercialização de unidades imobiliárias ainda em construção, instituindo patrimônio de afetação para a segurança dos adquirentes, e constituindo-se, em via conseqüente, solo fértil para contratos imobiliários voltados a regular essa compra, que geralmente se estabelece por pagamento fracionado do preço.

A terceira, igualmente legendária, foi Lei Federal 6.766 de 19 de dezembro de 1979<sup>62</sup>, chamada *Lei de Parcelamento do Solo Urbano*, substancialmente modificada pela Lei Federal 9.785 de 29 de janeiro de 1999<sup>63</sup> concebida para ordenar o espaço urbano destinado à habitação<sup>64</sup>. É de rigor registrar que o contrato de compromisso

---

*providências*

60 Ementa: *Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.*

61 Ementa: *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.*

62 Ementa: *Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências.*

63 Ementa: *Altera o Decreto-Lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941 (desapropriação por utilidade pública) e as Leis nºs 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (registros públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (parcelamento do solo urbano).*

64 Nas palavras de José Afonso da Silva, o parcelamento do solo urbano visa *a urbanificação de uma gleba, mediante sua divisão ou redivisão em parcelas destinadas ao exercício das funções*

de compra e venda foi grandemente aperfeiçoado por essa norma legal<sup>65</sup>, e as disposições sobre tal contrato, inscritas nos artigos 25 a 36, continuam em pleno vigor, se bem que lidas sob as atuais condicionantes do Código Civil Brasileiro, em seus artigos 1417 e 1418.

O advento da Constituição Federal de 1988, como já se registrou neste trabalho, manteve-se fiel ao propósito da acessibilidade à moradia e à propriedade imobiliária, tanto que assegurou o direito à propriedade, mas o atrelou indissociavelmente ao atendimento de sua função social, e foi além: por obra da Emenda Constitucional nº26/2000, trouxe o direito à moradia ao seu pequeno rol de direitos fundamentais.

Quiçá procurando corrigir as distorções do Sistema Financeiro de Habitação, o legislador editou a Lei Federal 9.514 de 20 de dezembro de 1997<sup>66</sup>, criando o Sistema Financeiro Imobiliário (SFI). Dentre outras inovações cuja comprovação de eficácia está a depender da experiência, ainda recente, referida norma de direito positivo introduziu a alienação fiduciária de bens imóveis em garantia, aperfeiçoada depois pela Lei Federal 10.931 de 02 de agosto de 2004<sup>67</sup> que, para fins de instituição dessa modalidade de garantia, viabilizou negociação imobiliária por meio de contratos particulares com força de escritura pública.

Impossível negar referência à Lei Federal 10.257 de 10 de julho de 2001 – o *Estatuto da Cidade* – destinada a regulamentar o uso da propriedade urbana, dando concretude ao preceito constitucional de ordenar o pleno desenvolvimento

---

*elementares urbanísticas*. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. ERT, São Paulo: 1981.

65 Lei 6766/1979: Art. 25 - São irretroatáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros. Art. 26 - Os compromissos de compra e venda, as cessões ou promessas de cessão poderão ser feitos por escritura pública ou por instrumento particular, de acordo com o modelo depositado na forma do inciso VI do art. 18 e conterão, pelo menos, as seguintes indicações (...) § 6º Os compromissos de compra e venda, as cessões e as promessas de cessão valerão como título para o registro da propriedade do lote adquirido, quando acompanhados da respectiva prova de quitação.

66 Ementa: Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.

67 Ementa: Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências.

das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, *estabelecendo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental*<sup>68</sup>.

No dia 10 de janeiro de 2002, restou publicada no Diário Oficial da União a Lei Federal 10.406/2002<sup>69</sup> - o Código Civil Brasileiro - que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2003, um ano após sua publicação. Inspirado pelo mesmo desiderato de socializar o acesso ao bem imóvel, o Código Civil Brasileiro fez atualizar e melhor normatizar a possibilidade de aquisição da propriedade imobiliária mediante pagamento fracionado do preço, dotando vendedores e compradores de mecanismos legais de mais simples inteligência e aplicabilidade prática.

Erigiu o direito à aquisição imobiliária, derivado do contrato de compromisso irretratável de compra e venda, a uma condição de destaque, emprestando-lhe contornos de direito real, o que fez por meio de seus artigos 1225, 1417 e 1418 (direitos do promitente comprador).

Retirou de uso o vetusto *pacto comissório* para dar vez e destaque às cláusulas ou condições resolutivas expressas como sucedâneo muito mais eficiente. Assim, por meio dos artigos 121, 474, e 475, tornou possível que as partes, mesmo usando de pagamento fracionado do preço, lavrem e firmem escritura pública de compra e venda, imperando condição resolutiva expressa segundo a qual, não pago o preço na forma e no prazo convencionado, a compra e venda simplesmente se desfaz.

Por meio da parte final do artigo 108, a Lei Substantiva buscou facilitar e desonerar os negócios jurídicos de compra e venda imobiliária de interesse das camadas sociais de menor renda, dispensando a forma pública para negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais, e cujo valor não supere trinta vezes o maior salário mínimo regional brasileiro.

Finalmente, a título ilustrativo, vale mencionar a Lei Federal 11.196 de 21 de dezembro de 2005, derivada da Medida Provisória 252/2005<sup>70</sup>, por trazer incentivo fiscal à venda e compra de bens imóveis residenciais, isentando do imposto de

---

68 Artigo 1º parágrafo único da Lei 10.257/2001.

69 Preâmbulo: *Institui o Código Civil*.

70 Na publicidade oficial: *MP do Bem*.

renda o ganho auferido por pessoa física residente no Brasil na venda de imóveis residenciais, desde que o produto da venda fosse empregado na aquisição de outro(s) imóvel (is) residencial (is) localizados no Brasil, no interregno de 180 dias (artigo 39).

Viu-se então que houve efetivamente produção legislativa ao longo dos últimos cinquenta anos, visando a normatizar o negócio jurídico de compra e venda imobiliária, e a criar mecanismos facilitadores do acesso dos brasileiros a bens imóveis urbanos próprios, especialmente os residenciais. Depois, houve produção legislativa buscando aperfeiçoar os referidos negócios jurídicos, dotando seus personagens de segurança mínima para dele tomarem parte, porém sempre ambientado no mercado, e fazendo uso de ferramentas econômicas, que representa, em verdade, regulação e incentivo.

No presente momento histórico, o compromisso é diverso, e muito mais desafiador: reside na percepção de que já não basta conceber mecanismos legais instrumentais do negócio jurídico de compra e venda imobiliária; é necessário agora propiciar meios para atender a demanda imobiliária, e mais importante, atuar concretamente para que todo o cidadão brasileiro possa vir fazer parte dessa demanda; que mesmo as camadas populacionais urbanas de menor renda – os ditos excluídos – passem a integrar o rol dos cidadãos capazes de almejar a aquisição de seu bem imóvel, e mais uma vez o mercado credencia-se a fornecer tal solução, senão, veja-se:

### 3.2. AS SOLUÇÕES DE MERCADO

A observação e a experimentação do mercado imobiliário permitem contemplar, de um lado, um segmento econômico absolutamente próspero e envolvente de valores nunca inexpressivos, na perspectiva da cadeia negocial da construção, comercialização, e crédito imobiliário; e por outro lado um distanciamento que beira a absoluta inacessibilidade ao bem imóvel próprio, por parte de uma expressiva parcela da sociedade brasileira, considerada pobre.

É certo que não somente a moradia em imóvel próprio atende ao comando constitucional. Também a moradia em imóvel alugado, cedido gratuitamente,

ocupado a qualquer outro título (lícito) está em consonância com a ordem constitucional, desde que revele condições dignas de moradia. Porém, pela importância pessoal, social, e econômica, a moradia em imóvel próprio é meta a ser almejada por todos os cidadãos. Basta ver que do ponto de vista subjetivo e individual, a aquisição da casa própria é fenômeno investido da elevada carga moral, de aquisição de uma referência existencial; E do ponto de vista coletivo, econômico, não se pode ignorar que qualquer alienação imobiliária envolve valores não desprezíveis, não somente em termos de preço, mas de impostos; de honorários de corretores de imóveis; de emolumentos notariais e registrais, e demais atividades laterais

A envergadura e complexidade do problema; a pouca (até pouco tempo atrás, nenhuma) movimentação político-administrativa do Estado para enfrentamento dessa chaga social; a crença firme de que a atividade empresarial (geradora de emprego, renda, impostos, desenvolvimento tecnológico, desenvolvimento social) é a mais eficiente e, quiçá, a única força apta para prover desenvolvimento social e melhora das condições de vida de todo um país, permite identificar no mercado o viés para dar resposta a esta questão, que além de ser justo anseio de qualquer pessoa humana, é garantia constitucional e direito fundamental.

Porém, somente a atividade empresarial exercida eticamente, de forma orientada para a produção, para o desenvolvimento econômico, tecnológico, e conseqüentemente social é a atividade empresarial cara à nação. A especulação – aí entendida em sua mais ampla acepção, financeira, imobiliária, cambial, acionária, etc. – não é socialmente útil e nem bem vinda. Então, o ambiente mercadológico absolutamente livre, entregue a forças econômicas aleatórias, variáveis por manipulação de tantos elementos econômicos, e não raro eminentemente especulativo, provavelmente não se prestará à missão de prover o problema habitacional com soluções próprias.

De outro prisma, o empresariado tende a alocar seus investimentos e suas atividades guiados pelo norte de melhor rentabilidade. É natural e legítimo que seja assim. No mercado imobiliário a indústria da construção civil atua livremente, construindo empreendimentos comerciais ou residenciais; nos empreendimentos residenciais, escolhe livremente direcionar seus recursos e ações a público consumidor de classe alta, média, ou popular, guiados exclusivamente pela bússola econômica, ou seja, pelos melhores resultados econômicos. Ora bem, se os

postulados constitucionais da ordem econômica, dentre eles o da livre iniciativa, vedam uma interferência estatal direta na atividade empresarial, impondo a incorporação e a construção de empreendimentos imobiliários residenciais destinados à camada populacional de menor renda, ou mesmo proibindo a construção de empreendimentos de perfil grande e luxuoso, num ambiente social de demanda por imóveis pequenos e simples, parece óbvio que a atuação estatal deve ser lateral, não de imposição ou de vedação, mas de *incentivo* e *regulação*.

Apontar a chamada *solução de mercado* como receita para ajudar na erradicação do problema habitacional, não basta. É mister trazê-la para o plano empírico; decompô-la; compreendê-la. Implica delinear no que consiste; apontar-lhe os fundamentos; e compará-la com outra solução teoricamente possível, a fim de testar-lhe a utilidade não apenas acadêmica, mas prática e útil à sociedade.

A solução de mercado consiste, objetivamente, em que as atividades econômicas de construção e de comercialização de bens imóveis residenciais novos e usados concentrem-se em imóveis de padrão destinados a famílias com renda mensal familiar de até três / quatro salários mínimos, que atualmente não chegam a aspirar a aquisição imobiliária; Os postos de trabalho diretos e indiretos derivados desse esperado aquecimento da construção civil, da comercialização imobiliária serão naturais geradores de renda, de forma mais volumosa do que ocorre na atualidade. É que ao invés da construção e comercialização de poucas unidades de alto padrão e com grande margem de lucro, o mercado tenderá à construção de um grande número de unidades habitacionais menores e mais simples, mais baratas, e potencialmente de mais fácil comercialização.

Ora bem, a renda gerada aos trabalhadores envolvidos direta ou indiretamente nessa cadeia empresarial poderá ser precisamente a renda necessária à própria aquisição imobiliária, dependente apenas de mais um importantíssimo fator a integrar essa equação: o crédito.

De se indagar, então, como orientar o mercado financeiro a integrar essa rede econômico-empresarial, financiando a construção e a compra de imóveis por essa camada populacional que fora, até então, relegada a plano secundário de interesse?

Além das medidas regulatórias é absolutamente essencial que os agentes financeiros possam contar com o funcionamento do Poder Judiciário no combate efetivo e eficiente à inadimplência; que possam esperar do Estado juiz uma

previsibilidade responsável em decisões judiciais prolatadas em processos judiciais promovidos em combate à inadimplência.

Noutra oportunidade, já se denunciou esse problema:

O que não se concebe, por representar um mal maior à coletividade, é a tutela paternalista do inadimplente, manifestada ainda que de forma oblíqua pela jurisprudência cada vez mais flexível. O que não se concebe é o cerceio injusto; diria, mesmo, predatório, dos recursos de direito material e processual de que dispõe o credor para ver adimplida a obrigação. Isso, naturalmente, se a obrigação tiver sido assumida em condições legítimas (respeitados os valores da transparência, ampla informação, boa-fé, equilíbrio; função social do contrato, etc.). O reiterado descumprimento das obrigações negociais, tem o nefasto efeito de potencializar o fator risco na atividade empresarial; sendo maior o risco, naturalmente, maior o custo, pois aquele é diretamente considerado no processo de precificação; maior o custo, mais distantes ficam de seus destinatários finais os bens da vida. Se esse bem da vida é essencial à existência humana digna, o vetor axiológico maior da dignidade da pessoa humana é igualmente violado, só que em escala; em dimensão absolutamente maior, privando não uma pessoa ou uma família, mas todo um grupo social de bem ou serviço essencial à existência digna. A inadimplência traz inexoravelmente encarecimento do crédito; e se o Poder Judiciário não responde adequadamente, com ferramentas eficientes, à demanda contra a inadimplência, duas conseqüências sociais são certas: o mercado busca reforços de garantia, dificultando acesso ao bem da vida a quem mais precisa, já que o cidadão comum nem sempre tem acesso à fiança bancária, à garantia hipotecária, pignoratícia, etc.; e o mercado busca alternativas procedimentais viáveis para alcançar eficiência, tais como os juízos arbitrais, e os procedimentos que envolvam execução extrajudicial, como por exemplo mais recorrente, a execução de crédito garantido por alienação fiduciária imobiliária.<sup>71</sup>

O Banco Mundial, órgão fomentador daquilo que se convencionou chamar *economia de mercado*, elabora periodicamente relatórios sobre os Poderes Judiciários, destacando-se especialmente o de número 17 de 1997 e o de número 24 de 2002, além do documento técnico 319 S ou *O Setor Judicial na América Latina e no Caribe: Elementos de Reforma*. Segundo os especialistas do Banco Mundial, para o bom desenvolvimento da economia de mercado, é indispensável que um país reúna os seguintes valores: acessibilidade, credibilidade, eficiência, transparência, independência, previsibilidade, proteção à propriedade privada, e respeito aos contratos.

---

71 GALLI, Leandro. *A Crise da Jurisdição e o Desrespeito às Obrigações Negociais*. In *Crise da Jurisdição, Plenitude Institucional e Efetividade*, Volume II, Coordenação ao de Luiz Eduardo Gunther e Willians Franklin Lira dos Santos : Curitiba, *Juruá*, 2009, pp. 263-276.

Ana Paula Lucena Silva Candéas elaborou primoroso estudo a respeito, cuja transcrição de justifica:

A preocupação de alguns economistas e investidores refletida nos documentos do Banco Mundial, é a de que o Judiciário seja previsível e eficiente, reduzindo a margem de risco, garantindo o cumprimento dos contratos, proferindo decisões não politizadas, nem desestabilizadoras da confiança de investidores. Por seu turno os magistrados estão impregnados dos valores do Estado, valores democráticos sob uma perspectiva de justiça: no processo de formação de seu convencimento, o juiz busca restabelecer o equilíbrio das partes em particular usando o princípio da equidade no julgamento dos contratos. [...] Como um clima favorável aos investimentos privados necessita de um ambiente de estabilidade e previsibilidade para os negócios, o Banco impulsiona a reforma do Estado – e em particular do Judiciário – para garantir essa previsibilidade sobretudo em matéria contratual. [...] Nesse quadro o Judiciário é instituição chave para a manutenção desse ambiente quando decide de maneira previsível e quando obriga a cumprir os contratos. [...] Para o Banco Mundial o Estado deve atuar como um vetor de certezas. Na opinião do Organismo, se um Estado muda freqüentemente de regras, ou não esclarece as regras pelas quais ele próprio se guia, as empresas e os indivíduos não podem ter certeza hoje do que amanhã será lucrativo ou não lucrativo, lícito ou ilícito. Nesse caso tendem a adotar estratégias arriscadas para se protegerem contra um futuro incerto – ingressando, por exemplo, na economia informal, ou enviando capital ao exterior – prejudicando a economia mundial.<sup>72</sup>

Um esclarecimento faz-se necessário: à compreensão dessa vertente é fundamental conservar-se sereno e refratário a preconceitos e distorções. Não se defende aqui um Poder Judiciário submisso ou cordato, e somente os ignorantes ou os mal intencionados baralham esses conceitos. Defende-se aqui um Judiciário bem estruturado física e funcionalmente; um Judiciário forte e cômico de seu papel maior na dinâmica nacional. Não é papel do Judiciário atuar paternalisticamente, legitimando escusas ao cumprimento das obrigações; ao mesmo tempo em que deve tutelar o equilíbrio contratual; o fim social dos contratos; a boa fé na celebração e na execução dos negócios jurídicos, deve ter pulso firme em tornar efetivas as disposições legais e convencionais concebidas sob as luzes principiológicas da perspectiva civil-constitucional do momento presente.

Então, em apertada síntese, tem-se que a chamada *solução de mercado* pode apresentar-se como a atuação empresarial prevalente na construção e

---

72 CANDEAS, Ana Paula Lucena Silva. Artigo *Valores e os Judiciários. Os valores recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários Nacionais*. Revista Semestral da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB – n. 13/2004, pp. 18, 20, 23, e 31.

conseqüente comercialização de bens imóveis destinados a classe social de baixa renda, que, por seu turno, gerará empregos diretos e indiretos e gerará renda, capaz de, quiçá, ser empregada na própria aquisição imobiliária. O elemento crédito é essencial para a viabilidade dessa dinâmica, tanto para a construção quanto para a aquisição imobiliária, e o mercado pode oferecer tal solução, bastando que possa dispor de regras claras e eficientes para combate àquilo que considero seja o maior dificultador e encarecedor do crédito: a inadimplência.

A orientação da atividade industrial e comercial para o segmento de bens imóveis residenciais de perfil popular, assim como a concessão de crédito para a atividade empresarial e para a aquisição do produto por aquela camada populacional mais carente e, a rigor, destinatária primeira da garantia constitucional de acesso à moradia, dependem de marcos regulatórios, esses sim de responsabilidade do Estado.

Ferramentas fundamentais para esse desiderato são a *extrafiscalidade* e a *renúncia fiscal*; o uso dos *bancos oficiais para a concessão de crédito* desburocratizado e a custo baixo, o que tenderia a impor aos bancos privados redução dos custos de seus serviços financeiros para concorrer com bancos oficiais; e a concepção de ferramentas jurídicas para *combate eficiente e rápido à inadimplência contratual*; e o *investimento direto e maciço em infra-estrutura urbana* (arruamento, iluminação pública, saneamento, transporte eficiente, escolas, unidades de saúde, e segurança pública) nas regiões adrede selecionadas segundo plano diretor das cidades, são a justa medida da intervenção regulatória estatal, a partir do que o mercado terá as mais plenas condições de dar valiosa contribuição à demanda social por moradia à população baixa renda.

Agora, um necessário exercício de experimentação empírica: por que soluções de mercado e não soluções de Estado? Se a administração pública brasileira é internacionalmente reconhecida por sua habilidade arrecadatária, por que não verter simplesmente essa arrecadação à construção de moradia de baixo custo para população de baixa renda, financiando diretamente a aquisição.

Por vários motivos: primeiro porque, salvo honrosas exceções, quando o Estado desenvolve atividade empresarial, desenvolve-a mal. Além de estar sempre sujeita ao problema da corrupção endêmica no Brasil, a atividade empresarial estatal – mormente no segmento tratado por este trabalho – está infensa ao benéfico ambiente concorrencial; segundo porque a experiência mundial revelou a

insuficiência do Estado empresário e as muitas vantagens da privatização da empresa pública; Terceiro porque, ainda que assim não fosse, a simples construção e financiamento da aquisição de imóvel próprio, a exemplo do que muito se fez nos anos 70 e 80 não é solução auto-sustentável. De nada adianta construir e vender fracionadamente, ainda que a preço subsidiado, a quem não dispõe de renda para pagar; não adianta construir milhares de residências idênticas em chamados “conjuntos habitacionais” longínquos, sem infra-estrutura e sem uma economia local que fixe o morador à região e gere meios de subsistência. Estar-se-á criando outro problema, ainda maior: a exclusão social: bolsões de pobreza e isolamento nos quais, ausente o Estado, impera a violência e o crime organizado.

Além disso, o modelo de Estado paternalista e provedor costuma ter o traço comum do populismo, da ignorância e manipulação do povo, da estagnação tecnológica, do estancamento do desenvolvimento social sustentável, e, não raro, do totalitarismo.

Por tais razões, e por entender que o problema habitacional é excessivamente complexo e de dimensões sobremaneira grandes para ser delegado apenas e simplesmente ao Estado, não obstante a Carta Constitucional insista, em seu artigo 6º, em delegar-lhe a missão, a contribuição da atividade empresarial é fundamental para dar solução ao problema, o que é possível ocorrer, sem renúncia do lucro e à viabilidade econômica, cabendo ao Estado ter a sensibilidade e a vontade política de regular e fomentar os segmentos econômicos antes elencados.

O direito fundamental à moradia está estampado com todo o destaque no corpo constitucional, e o princípio da vedação ao retrocesso não permite dali removê-lo da mesma forma como foi inserido. Resta então à Administração Pública ensejar meios de sua concretização, que pode ocorrer exitosamente por meio de marcos regulatórios bem refletidos e editados.

#### 4. AS BASES CONTRATUAIS NA PERSPECTIVA CIVIL-CONSTITUCIONAL

A ciência jurídica, e notadamente o direito privado, vivencia um dos raros momentos a que estão sujeitas as áreas do conhecimento humano, consubstanciados por uma marcante mudança de perspectiva axiológica, e de ruptura completa com certo paradigma, para um conseqüente enlace com outro, calcado em valores diversos e não raro, há pouco, inimagináveis.

A referência é obviamente dirigida ao processo de gradativa aproximação do Direito Civil aos valores publicistas, genuinamente informativos do Direito Constitucional, este tomado em sua mais moderna forma, de *Constituição-dirigente*<sup>73</sup>, em superação à *Constituição-garantia* que permeou os primeiros movimentos constitucionalistas.

Essa visível tendência de humanização dos princípios de direito privado; a releitura publicizada de seus institutos; a despatrimonialização dos contratos, e tantas outras mudanças de perspectiva que saltam aos olhos dos operadores do Direito não podem ser estudadas isoladamente, mas, antes, reclamam uma visita a seus primórdios, em busca de um sentido para essa transformação.

Também na leitura da movimentação histórica no entorno do direito privado e de suas duas principais vertentes – a *propriedade* e a *vontade*<sup>74</sup> –, reside a explicação para o panorama atual, de extremas funcionalização e relativização dos aludidos institutos, como que num reajuste axiológico; um *acerto de contas* com os valores norteadores das vida civil, em que o *ser* volta a preceder o *ter*.

---

73 A expressão foi cunhada por José Joaquim Gomes Canotilho, em 1982, em sua obra pioneira *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra Editora, 1982.

74 Manifestação da vontade enquanto componente intrínseco, elementar e essencial do contrato.

Enfim, trata-se de uma ruptura cultural da maior importância; uma mudança de perspectiva tão clara, a exemplo daquela que a humanidade conheceu no Século XVIII, que bem se poderia falar em um *neo-iluminismo jurídico*.<sup>75</sup>

#### 4.1. DO PRIMADO DA VONTADE ABSOLUTA, À VONTADE FUNCIONALIZADA

Tanto a hiper-valorização da autonomia da vontade, de matriz liberal-burguesa, ambientada a partir do século XVIII<sup>76</sup>, quanto a reação que se viu no início do século XX<sup>77</sup> têm nítida justificação nos acontecimentos históricos, situados na

---

<sup>75</sup> A expressão *neo-iluminismo* tem sido empregada, em sentido lato, por alguns, para designar um movimento intelectual orientado para o resgate de valores humanistas e democráticos, e da primazia do bem estar das pessoas, a exemplo do que o movimento iluminista do Século XVIII. O fenômeno vivenciado pelos principais institutos de direito privado, relidos sob uma perspectiva de resgate do humanismo, permitem ousar uma relação de semelhança ao ideal (neo) iluminista. Interessante texto extraído da *internet*, de autoria desconhecida, que parece ser um *manifesto neo-iluminista*, evidencia essa similitude de propósitos, cada qual, naturalmente em sua respectiva seara. Diz o texto: *O neo-iluminismo ou "novo esclarecimento" é um movimento intelectual renovador da sociedade cuja proeminência culmina na total restituição do termo revolução uma vez que esta quando legítima não é imposta por força alguma, mas aceita pela compreensão de todos. Tal termo fora usado indevidamente ao longo dos tempos, caindo na obscuridade do senso popular, como narrativa de toda revolta, muitas delas violentas analogamente a proporção de seu fracasso. Sua proposta decorre unicamente do interesse pela evolução da humanidade e de sua preservação, da preservação do meio ambiente, da ordem estabelecida e dos direitos fundamentais na promoção do progresso individual e coletivo. Seu objetivo é transformar a realidade dos países pobres e emergentes, dissociando-se de frentes políticas, ou interesses econômicos, uma vez que enraizada no homem por sua conduta e consciência, agindo como uma frente visionária que busca a renovação da democracia, a redução das desigualdades e evolução do ser em todos os aspectos. Sua atuação como dita "a humanidade" não se restringe unicamente a um espaço delimitado, compreendido como província, cidade, ou nação, priorizado os países pobres e emergentes, em grande maioria, habitantes do hemisfério sul. Sua influência buscará, pela valorização do conhecimento, seja em vigor da arte, ciência ou filosofia a busca do aperfeiçoamento interno como forma de sublimar os males externos, sólidos e objetivos. Pela valorização do ser e de suas atividades, independentemente de credo ou nacionalidade. Nosso objetivo único é o progresso da humanidade, sem imposições ou restrições de espécie alguma. Desejamos e proporcionaremos aos que caminham (sic) sobre a terra a oportunidade de crescer no máximo aproveitamento de suas capacidades, agregando valor ao meio e por conseqüente ao Estado, dissociando-nos de partidos ou forças ideológicas. É o neo-iluminismo um vetor de harmonia coletiva, de reestruturação das nações abaladas por diversos fatores, a evolução particular, a preservação dos direitos humanos e a soberania de todos os Estados [...].* <<http://neo-iluminismo.blogspot.com>>, acessado em 13.05.2010.

<sup>76</sup> Historicamente, após a revolução francesa de 1789, com a cessação dos privilégios da monarquia absolutista, e conseqüente supervalorização da vontade enquanto expressão da liberdade, a serviço dos interesses sócio-econômicos burgueses.

<sup>77</sup> Historicamente, após a grande depressão de 1929, com a quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, e as conseqüentes políticas sociais implantadas a partir de 1932, pelo então presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt - *New Deal*. A partir das idéias do teórico John Maynard Keynes, para chegar ao que ficou conhecido por *Welfare State* ou *política do bem estar social*.

partir da revolução francesa de 1789<sup>78</sup>. De fato, referido movimento histórico foi um dos notáveis frutos da doutrina iluminista<sup>79</sup> que se fermentava no século XVII para eclodir no século XVIII. A insurreição burguesa rompeu com o Direito anterior, que a serviço de regimes monárquicos absolutistas, não era permeado pelo valor igualdade. A desigualdade entre pessoas era legítima e plenamente aceitável, de tal forma que tanto Clero quanto Nobreza gozavam de privilégios derivados, ainda, do que restara da estrutura feudal da Idade Média. Nesse cenário, típico da França medieval, camponeses e comerciantes eram a grande maioria, e embora estes últimos viessem gradualmente acumulando riquezas, mercê da organização em corporações e comunidades<sup>80</sup>, não dispunham de direitos políticos quaisquer, e principalmente, não dispunham do direito à aquisição da propriedade.

Nas entrelinhas da estrutura sócio-política da época, o fortalecimento econômico da burguesia emergente era mal visto, e ocorria de forma, muitas vezes, clandestina. A intolerância com uma classe burguesa economicamente pujante e ansiosa pelo acúmulo lícito de riquezas e pelo poder político foram os ingredientes

---

78 A revolução francesa de 1789 é o nome dado ao conjunto de acontecimentos que, entre [5 de Maio de 1789](#) e [9 de Novembro de 1799](#), alteraram o quadro político e social da [França](#). Ela começa com a convocação dos [Estados Gerais](#) e a Queda da Bastilha e se encerra com o golpe de estado do 18 Brumário de [Napoleão Bonaparte](#). Em causa estavam o [Antigo Regime](#) (*Ancien Régime*) e a autoridade do [clero](#) e da [nobreza](#). Foi influenciada pelos ideais do [Iluminismo](#) e da [Independência Americana \(1776\)](#). Está entre as maiores [revoluções](#) da história da humanidade. A Revolução é considerada como o acontecimento que deu início à [Idade Contemporânea](#). Aboliu a [servidão](#) e os direitos [feudais](#) e proclamou os [princípios universais](#) de "[Liberdade](#), [Igualdade](#) e [Fraternidade](#)" (*Liberté, Egalité, Fraternité*), frase de autoria de [Jean-Jacques Rousseau](#). Para a França, abriu-se em 1789 o longo período de convulsões políticas do século XIX, fazendo-a passar por várias repúblicas, uma ditadura, uma monarquia constitucional e dois impérios. <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o Francesa](http://pt.wikipedia.org/wiki/Revolu%C3%A7%C3%A3o_Francesa)> acessado em 14.05.2010.

79 Immanuel Kant, reconhecido ícone da Escola Iluminista, é autor de clássica definição: *O Iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles que se encontram incapazes de fazer uso da própria razão independentemente da direção de outrem. É-se culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência do entendimento mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Sapere aude! Tem coragem para fazer uso da tua própria razão!* - esse é o lema do Iluminismo.

80 Na [França do Antigo Regime](#) (*Ancien Régime*) e durante a [Revolução Francesa](#), o termo *Terceiro Estado* (fr. *tiers état*) indicava as pessoas que não faziam parte do [clero](#) (*Primeiro Estado*) nem da nobreza (*Segundo Estado*). Desses termos veio o nome medieval da assembléia nacional francesa: os [Estados Gerais](#) (fr. *Etats Généraux*), análogo ao [Parlamento britânico](#) mas sem tradição constitucional dos poderes parlamentares: a [monarquia](#) francesa reinava [absoluta](#). <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Terceiro\\_Estado](http://pt.wikipedia.org/wiki/Terceiro_Estado)> acessado em 13.05.2010.

cuja combinação e ebulição fizeram eclodir a Revolução Francesa de 1789. Note-se então que não se tratou de uma revolução essencialmente popular, mas sim de insurreição servil aos ideais econômicos burgueses, que astutamente valeram-se da Escola Iluminista para angariar legitimidade, por nela vislumbrar o fio condutor perfeito para representar seus ideais de liberdade (para comerciar e amealhar riquezas) e igualdade (para também ter direito à propriedade). Daí o lema célebre *Liberté, Egalité, Fraternité*.

A faceta da igualdade aspirada pelos ideais revolucionários, associada com o vetor liberdade, era a igualdade política, a fim de que a propriedade pudesse ser transferida; passada das mãos dos então decadentes membros da baixa nobreza e do baixo clero, para as mãos daqueles que já vinham apresentando pujança econômica. 'E da tradição francesa, desde a codificação napoleônica, que a propriedade imobiliária se transfere por contrato, e não pela formalidade registral. Por conseguinte, a coluna vertebral no novel sistema deslocou-se da posição (*status*) social, para o contrato. Daí a importância premente assumida pelo contrato para a ordem jurídica pós-revolução. Simples compreender: quem pode contratar? Todo aquele que detém liberdade para isso. O contrato assumiu, desde então, a condição de ícone da liberdade individual e do emprego da razão, em sua acepção *jusnaturalista*, cuja bandeira serviu, igualmente, à Revolução Francesa.

Bruno Torquato de Oliveira Naves faz uma clara e fundamentada exposição a respeito:

Com o jusnaturalismo a obrigatoriedade dos contratos é reforçada como regra fundada na própria razão e que deve prevalecer nos direitos nacionais, pois o homem é o senhor de seus atos, indivíduo autônomo que não deve se submeter a nenhuma autoridade exterior. Assim o contrato seria a submissão às normas criadas pelo próprio indivíduo, sendo portanto legitimada pela vontade das partes, que livremente pactuavam. São essas as idéias que serão inseridas nos códigos modernos pelos iluministas. A burguesia, como forma de manter o Estado afastado de suas atividades assume o jusnaturalismo racionalista como fundamento do Direito e a vontade é eleita Omo fundamento da sociedade moderna – a formação do Estado à fundamentação do Direito. Assim, tanto o direito público quanto o direito privado viram o surgimento do dogma da vontade em seu alicerce, o contrato como fundamento da sociedade capitalista.<sup>81</sup>

---

81 *Op. cit.*, p.233.

Daí a compreensão de como os dogmas da autonomia da vontade - *pacta sunt servanda* - e da intangibilidade da propriedade deitaram raízes tão profundas no direito privado ocidental, chegando ainda fortes à pós-modernidade. O argumento é extremamente simples, lógico, e na mesma proporção, sedutor: ora, se a pessoa humana é livre, e se celebrar contrato é um ato de expressão dessa essencial liberdade, não seria crível que contratasse aquilo que não lhe fosse vantajoso; a função social do contrato, então, residia na liberdade garantida e reafirmada pela celebração contratual. A seguir essa lógica, retilínea, porém, como se verá, incompleta, a idéia de revisão dos pactos careceria de total sentido, porque, no dizer de Fouillé<sup>82</sup>, *toda justiça é contratual, e o que se diz contratual se diz justo*.

A compreensão dessa lógica – inquestionável à época e tão relativizada na atualidade – é premissa fundamental: a rigidez contratual que se viu presente pelo menos até o primeiro quartel do século XX, amparava-se no caráter absoluto da vontade; na autonomia inalienável que a liberdade humana (jusnaturalista e iluminista) conferia à pessoa. A essência teórica dessa construção é de que, livre, a pessoa somente disporia de parte de suas riquezas se a convenção respectiva fosse-lhe essencialmente boa. Não faria sentido a pessoa, livre em seu julgamento, comprometer-se voluntariamente naquilo que não fosse de seu interesse. Se justo, porque revisar; modificar o justo? Porque relativizar a manifestação da vontade?

Natural, então, que o momento mais importante, na dinâmica contratual fosse, até recentemente, o da formação dos contratos, pois se a pessoa era livre para contratar, e efetivamente contratava, da reunião de vontades surgia uma nova e diversa vontade, distinta da vontade única dos contraentes: a *vontade contratual*. Depois de contratado, não havia mais liberdade para não cumprir o contrato, pois não mais estava em ação a vontade dos contraentes, mas a do contrato, e os pactos são concebidos para serem cumpridos (*pacta sunt servanda*). A função social do contrato era revelada pela manifestação da vontade, livre, sem qualquer ressonância na dinâmica de sua execução.

Por derivação dessa estrutura conservacionista da vontade privada, que não conhecia função social na finalidade ou na execução dos contratos, mas só

---

82 FOUILLÉ, Alfred Jules Emile (1838-1912), foi um dos criadores do organicismo, tentando criar uma terceira força capaz de combinar as idéias de contrato com as de organismo social e misturando biologismo e psicologismo, bem como determinismo com vontade livre, num sincretismo e ecletismo bem galicista. Fonte: <[http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/autores/franceses/1838.\\_fouille.htm](http://www.iscsp.utl.pt/~cepp/autores/franceses/1838._fouille.htm)>, acessado em 15.05.2010.

encontrava sentido na expressão, se relacionada com a liberdade exercida para a formação dos contratos, assistiu-se no Ocidente aos movimentos de codificações e constituições: Os códigos, como verdadeiras cartilhas de direitos e obrigações, destinados à sociedade e aos particulares; e as constituições, ainda mais relevantes, como freios do exercício do poder, com objetivos de estruturar o Estado e principalmente o objetivo deliberado de inibir ingerência por parte dos detentores do poder nos negócios da vida privada, pavimentando ambiente mercantil de neutralidade.

Não há como negar que o Código de Napoleão<sup>83</sup> voltou-se demais para os interesses da ideologia burguesa, de engessamento das estruturas sócio-econômicas e de imutabilidade dos contratos. A burguesia, a quem era totalmente simpática a idéia de imutabilidade dos pactos, e, portanto, do prestígio máximo à

83 Veja-se, adiante, boa resenha do ambiente sócio-político em que se deu a outorga do Código Civil Francês de 21.03.1804, donde se extraem também os principais fundamentos ideológicos do mesmo: *Bonaparte deseja codificar as regras da sociedade e reconstruir o tecido social, depois da destruição do sistema vigente durante o Antigo Regime. Voltaire dizia que, cruzando a França, ele trocava mais vezes de leis que de cavalos. À véspera de revolução, havia na França cerca de 366 pequenos códigos, agrupados em dois grandes sistemas: ao Norte, vigia o Direito costumeiro, germânico (semelhante ao direito anglo-saxônico); ao Sul, o Direito derivado do Direito romano e do Direito canônico (parecido com o adotado no Brasil). A tudo isto se juntavam os decretos reais e os 14.000 decretos lançados pela Revolução. O Código era uma antiga aspiração revolucionária, mas não havia o mínimo de condições políticas e sociais para empreender sua elaboração, até que, em 12 de agosto de 1800, Napoleão encarregou Cambacérès de supervisionar a Comissão encarregada do Código, presidida pelo jurista Tronchet. Os cinco grandes princípios jurídicos que presidiram sua redação foram: 1- unidade do direito – um só direito, aplicado a todos em todo o território francês; 2- unidade da fonte jurídica - somente o Estado tem competência de elaborar as leis e os decretos, cabendo aos tribunais apenas interpretá-las; 3- caráter completo do direito - todos os novos litígios devem ser regulados por um só e mesmo direito; 4- independência do direito - princípio obediente ao Espírito das Leis enunciado por Montesquieu 5- evolução do direito - o direito deve adaptar-se à modificação das mentalidades. No dia 21 de março de 1804, após quase quatro anos de reuniões e discussões, das quais o Primeiro Cônsul por vezes participa ativamente, entra em vigor o Código Civil, que une as conquistas revolucionárias ao Direito pré-existente. O Código consagra alguns princípios básicos e mesmo corriqueiros nos dias de hoje: igualdade de todos perante a lei, separação entre Estado e Igreja, casamento civil, direito ao divórcio, liberdade de culto e de profissão, direitos iguais de todos os filhos na sucessão causa mortis. É um código burguês: o casamento encontra-se incluído dentre os modos de aquisição da propriedade, protegida de todas as formas. O direito das obrigações evolui das relações feudais, ente senhor e servo, para as modernas relações contratuais, celebradas entre iguais. Curiosamente, Bonaparte cria uma obra-prima e não entende seu alcance, pois proíbe-lhe a interpretação: para ele, tudo se achava claro, dispensando a hermenêutica. A Justiça, ministrada em nome do povo, é um dos pilares do novo Estado. Os juízes, magistrados profissionais, em princípio inamovíveis, são eleitos pelos cidadãos; estabelece-se o instituto do júri. Em março de 1800, Bonaparte procede a uma reforma judiciária pela qual são eleitos os juízes de paz, com jurisdição e competência reduzidas.* Fonte <<http://seaworker.vilabol.uol.com.br/nbh.htm>>, acessado em 13.05.2010.

autonomia da vontade, via nos juízes um personagem maldito; um agente do *Ancien Regimen* - a velha ordem jurídica -, que no passado foram inclinados à defesa dos privilégios da nobreza, e que naquele momento histórico estavam dispostos a imiscuírem-se naquilo que os particulares, na esteira da liberdade e da autodeterminação, e a serviço do sistema capitalista de acumulação e circulação de riquezas, haviam convencionado.

A ordem jurídico-legislativa estava, então, a serviço dessa forma de pensar, para preservar servilmente as conquistas da revolução. O poder concedido pela lei ao juiz era restrito, impondo ao Judiciário a missão de interpretar literalmente a lei (dizer a vontade da lei) e impor o cumprimento dos contratos não honrados. Não lhe era dado revolver os motivadores anteriores à sua celebração.

Esse fenômeno, essa forma de limitar a função dos juízes ficou conhecida mo a *Escola da Exegese*, ou *Escola dos Glosadores*, ou *Escola Filológica*, dominante na França e na Bélgica, na metade do século XIX, segundo a qual o juiz não deve ir além da interpretação literal da lei, esta sim, merecedora de prestígio por ser expressão da razão e por incorporar os valores revolucionários da sociedade da época. Por ela, era vedado ao juiz modificar o sentido da lei, cabendo-lhe apenas dizê-la: Era o juiz um ser sem vontade, no famoso dizer de Montesquieu:

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente". Ainda completa: "O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.<sup>84</sup>

Em reação, na mesma época, na Alemanha, conheceu-se a *Escola Histórica*, segundo a qual a legislação deveria ser aplicada e acordo com a sociedade, os fatos, o momento histórico. A Alemanha relutou em adotar uma codificação, justamente porque os Códigos engessariam a sociedade. Achavam ser inconciliável com diversidade cultural com uma só lei. Daí o Código Civil alemão ter, como se sabe, varias cláusulas abertas.

---

84 MONTESQUIEU, Charles de. *O Espírito das Leis*. Fonte Wikipédia, a Enciclopédia Livre, acessado em 15.05.2010. <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_de\\_Montesquieu](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_de_Montesquieu)>.

Na linha ideológica do Código de Napoleão e da influência que projetou sobre culturas do continente europeu e de outras partes do mundo, a autonomia contratual serviu à perfeição aos reclamos da economia no advento da revolução industrial, estendendo-se, perversamente, ao contrato de trabalho. E é precisamente na revolução industrial que o gérmen da relativização da autonomia da vontade foi lançado.

Explica-se: também nas relações de *venda* da mão de obra, entendia-se presente o dogma da autodeterminação. O trabalhador podia contratar o que bem entendesse, com quem bem entendesse, e ao preço e condições que bem entendesse, inclusive e especialmente sua força de trabalho. Despiciendo dizer que a disparidade manifesta - e acentuada em determinados momentos - entre oferta e a demanda por mão de obra, fez da liberdade de autodeterminação uma figura fictícia, sem ressonância na realidade.

A insuficiência desse modelo não tardou a revelar-se, pois a igualdade proclamada pela Revolução Francesa e encampada com vigor pelo Código de Napoleão era apenas formal; apenas um pano de fundo para a fluência comercial; a liberdade era apenas de *status* não se diferenciando as pessoas por sua condição de nobre ou de plebeu, mas não era – e isso se acentuou em poucos anos – econômica. A escassez dos mais mezinhos meios de sobrevivência logo desnudou uma realidade em que a classe de trabalhadores alheava a valores módicos, sua força de trabalho à burguesia então extremamente fortalecida. E dada a exuberância de mão de obra disponível, em contraste às não tão vastas oportunidades de trabalho, empobreceu e praticamente escravizou os ditos cidadãos livres.

Viu-se então, pela primeira vez, que a autodeterminação só revelaria justiça se economicamente também iguais fossem seus agentes.

Coube ao sindicalismo do final do século XIX, bebendo nas fontes da doutrina socialista, o papel de fio condutor para o gradativo enfraquecimento do dogma da liberdade revelada pela autonomia a vontade, porquanto não mais era possível escamotear a diferença abismal entre a realidade proletária e a norma pura. Estavam lançadas as primeiras sementes da necessidade de uma igualdade substancial, e não meramente formal; do intervencionismo estatal na seara da autodeterminação, de sorte a conservar uma liberdade efetiva na manifestação da vontade. O solo mais fértil para tal intervenção foi o das relações de trabalho, em

cujos contratos mais afloravam as desigualdades, a opressão do homem pelo homem.

É interessante citar uma das mais genuínas reações à idéia de igualdade e liberdade contratual, pós-revolução francesa, no manifesto comunista de Karl Marx, de 1848:

A burguesia, onde ascendeu ao poder, destruiu todas as relações feudais, patriarcais, idílicas. Rasgou sem compunção todos os variegados laços feudais que prendiam o homem aos seus superiores naturais e não deixou outro laço entre homem e homem que não o do interesse nu, o do insensível pagamento em dinheiro. [...] Afogou a sagrada reverência da exaltação devota, do fervor cavalheiresco, da melancolia sentimental do burguês filistino, na água gelada do cálculo egoísta. Resolveu a dignidade pessoal no valor de troca, e no lugar de um sem-número de liberdades legítimas e estatuídas colocou a liberdade única, sem escrúpulos, do comércio. Numa palavra, no lugar da exploração encoberta com ilusões políticas e religiosas, colocou a exploração seca, direta, despuorada, aberta.<sup>85</sup>

A atividade regulatória, orientada deliberadamente para o resgate da autonomia da vontade em sua acepção essencial, de igualdade substancial e não apenas formal, ganhou força imediatamente após a Primeira Guerra Mundial, pois fortes economias européias dela saíram gravemente debilitadas, com inflação e distorções econômicas que inviabilizavam o cumprimento dos contratos. Na França surgiram as primeiras decisões modificativas do conteúdo dos contratos, amparadas na cláusula *rebus sic stantibus*<sup>86</sup>.

A ela seguiu-se a grande depressão dos anos 30, deflagrada pela quebra da bolsa de valores de Nova Iorque de 1929 e que se estendeu por toda a década

---

85 <<http://www.marxists.org/portugues/marx/1848/ManifestoDoPartidoComunista/index.htm>> acessado em 24.01.2010.

86 Em tradução livre: *enquanto as coisas permanecerem assim*, numa alusão a que os contratos devem ser respeitados e cumpridos, enquanto o panorama fático em seu entorno conservar-se estático.

seguinte, desnudando de vez a insuficiência da doutrina liberal do *Laissez Faire*<sup>87</sup>. Era a vez do *Welfare State*<sup>88</sup>.

As medidas intervencionistas do Estado na economia e, por conseguinte, na autonomia privada, ficaram patentes e sua necessidade não mais foi questionada seriamente. O final da Segunda Guerra Mundial, não somente por razões econômicas, mas também em razão às graves atrocidades praticadas contra a vida humana, teve o condão de suscitar forte teorização acerca da primazia da tutela da dignidade da pessoa e dos valores democráticos, que ganhou força nas décadas libertárias de 60 e 70, influenciando ordens constitucionais de várias partes do mundo, que representa, hoje, especialmente no ocidente, o viés de humanização das relações jurídicas.

De fato, no Brasil, a experiência em matéria contratual modificou-se substancialmente a partir da Constituição Federal de 1988. Viu-se, desde então, uma aproximação do direito civil como um todo – mas notadamente em matéria contratual – do texto constitucional<sup>89</sup>. Esta constitucionalização implicou em humanização do contrato, ao qual foram agregados valores antes ausentes, e agora de presença obrigatória nas relações jurídicas obrigacionais convencionais.

---

87 *Laissez faire, laissez aller, laissez passer*. Expressão cunhada por Marquês de Argenson por volta de 1751 para referir-se a uma filosofia econômica que defendia a existência de [mercado livre](#) nas trocas comerciais internacionais, ao contrário do forte [protecionismo](#) baseado em elevadas [tarifas alfandegárias](#) que se sentia na altura. Em sentido amplo é utilizada na atualidade para denominar o ideário econômico liberal.

88 *Estado de Bem Estar Social*. Trata-se de uma organização [política](#) e [econômica](#) em que o [Estado](#) atua como agente da promoção social e da organização da ordem econômica. Nesta orientação, o Estado é o agente regulamentador de toda vida e saúde social, política e econômica do país em parceria com sindicatos e empresas privadas, em níveis diferentes, de acordo com a nação em questão. Cabe ao *Estado do Bem Estar* garantir serviços públicos e proteção à população. O *Welfare State* deita raízes num cenário sócio-econômico que tinha por atores a crise econômica dos anos 30; as medidas de intervenção econômica propostas por Franklin Delano Roosevelt em seu *New Deal*; a doutrina do economista britânico John Maynard Keynes em revisão dos fundamentos do liberalismo clássico de Adam Smith. Estendeu-se, nos Estados Unidos da América – principal ícone do capitalismo mundial – até a década de 1970, quando teve vez o período chamado de neo-liberalismo.

89 Como noticia Teresa Negreiros: [...] nos círculos acadêmicos nacionais, a escola civil-constitucional despontou com um artigo de Maria Celina Bodin de Moraes, publicado em 1991, e que se intitulava precisamente *A Caminho de um Direito Civil – Constitucional*, veiculado na revista *Direito, Estado e Sociedade* n. 01, 2ª Edição jul.-dez.1991, Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, p.59-73.

## 4.2. A FUNÇÃO SOCIAL NOS CONTRATOS, NA ATIVIDADE EMPRESARIAL E NA PROPRIEDADE

A releitura funcionalizada da autonomia da vontade e da propriedade se afigura o tema mais relevante e palpitante da atualidade do Direito civil brasileiro, não apenas pelas mutações conceituais sofridas ao longo dos últimos sessenta anos, que foram profundas e por muitas ainda não compreendidas à plenitude, mas também por ser a evidência mais robusta e visível de que o direito civil já não é o mesmo; de que o direito privado sofreu e ainda vem sofrendo um determinante e irreversível processo simbiótico com princípios de ordem constitucional e diretrizes oriundas do direito público, cedendo espaço para a relativização de princípios antes intangíveis; resignando-se ante a complexidade das relações negociais; reconhecendo sua insuficiência para enfrentar e disciplinar a voracidade da dinâmica obrigacional, em preservação de um ambiente ideal de liberdade e equanimidade; e buscando, enfim, reinventar-se em sintonia com a globalização cultural e econômica que o cerca e ameaça; e compatibilizar-se com a celeridade vertiginosa de um mundo multifacetado e, sobretudo, complicado.

A transformação gradual e progressiva do direito privado, mormente nas relações negociais, revela um verdadeiro ponto de mutação<sup>90</sup> com abandono de uma ótica reducionista e cartesiana, inaugurando uma fase de manifesta e irrefreável aproximação de conceitos e princípios tendentes a afrouxar as fronteiras entre os ditos *direito privado* e *direito público*, humanizando aquele.

A ordem jurídica como um todo, e designadamente o direito civil ganhou roupagem constitucional; passou a ser lido pelas lentes dos princípios fundamentais

---

90 Impossível não fazer uma associação com a obra de Fritjof Capra, que leva o mesmo nome, na qual o filósofo tece reflexões sobre a insuficiência do modelo cartesiano e segmentado do mundo e de seus processos, buscando evidenciar por diversos prismas (econômico, científico, político, antropológico, etc.) estar-se vivendo uma mutação de paradigma, um enlace com padrões holísticos de compreender o mundo e seus processos como um todo, entrelaçado e complexo, que relaciona a um viés feminino e nutriente compatível com o elemento *yin* da filosofia chinesa, em oposição ao viés masculino e dominador, que relaciona com o elemento *yang*. Esse holismo bem se identifica nas ciências jurídicas, com a perda de importância da segmentação teórica entre direito público e privado, com a incorporação de valores originalmente públicos nas relações interpessoais, revelando, enfim que o Direito é um todo e sua redução a partes pretensamente infensas aos princípios humanistas (*yin*) não se coaduna à complexidade e completude da ciência jurídica.

da Ordem Constitucional. A Constituição, agora, *normativa*<sup>91</sup>, evoluiu da abstrata condição de fonte subsidiária e conformadora de lacunas da interpretação jurídica, para assumir função de verdadeiro ápice do ordenamento, porquanto as normas programáticas e aquelas definidoras de direitos e garantias fundamentais passaram a vincular substancialmente o legislador, o administrador público, e, por vezes, o próprio cidadão. E, ao ocupar-se de forma tão detida da ordem econômica e financeira, é possível concluir que também se permitiu influenciar por temas antes relegados exclusivamente à seara do direito privado.

Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos enfatizando essa nova roupagem do texto constitucional, com a habitual propriedade contextualizam:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição européia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. Daí porque as Cartas brasileiras sempre se deixaram inflacionar por promessas de atuação e pretensos direitos que jamais se consumaram na prática. Uma história marcada pela insinceridade e pela frustração. [...] A legalidade constitucional, a despeito da compulsão com que se emenda a Constituição, vive um momento de elevação: quinze anos sem ruptura, um verdadeiro recorde em um país de golpes e contra-golpes. Ao longo desse período, destituiu-se um Presidente, afastaram-se Senadores e chegou ao poder um partido de esquerda, sem que uma voz sequer se manifestasse pelo desrespeito às regras constitucionais. Nessa saudável transformação, não deve passar despercebido o desenvolvimento de uma nova atitude e de uma nova mentalidade nas Forças Armadas. E a efetividade da Constituição, rito de passagem para o início da maturidade institucional brasileira, tornou-se uma idéia vitoriosa e incontestada. As normas constitucionais conquistaram o status pleno de normas jurídicas, dotadas de imperatividade, aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. Mais do que isso, a Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e se interpretam todas as normas infraconstitucionais. A Lei Fundamental e seus princípios deram novo sentido e alcance ao direito civil, ao direito processual, ao direito penal, enfim, a todos os demais ramos jurídico. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolveu, no Brasil, a nova interpretação constitucional.<sup>92</sup>

---

91 Como explicam Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, a expressão remete à aula inaugural proferida por Konrad Hesse na Universidade de Freiburg em 1959 (*O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, em <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/31274/submission/review/31274-34847-1-RV.pdf>>) acessado em 12.05.2010.

A Carta Constitucional de 1988, em especial no capítulo destinado à ordem econômica (artigos 170 a 181) incorpora os valores humanistas referidos no tópico anterior, notadamente ao garantir a livre iniciativa para o exercício de qualquer atividade econômica lícita, condicionando-a, contudo, aos compromissos de harmonização com a função social da propriedade e do contrato; à valorização do trabalho; ao respeito aos direitos do consumidor; respeito ao meio ambiente; redução das desigualdades; repressão ao abuso de poder econômico<sup>93</sup>.

Vale o socorro da lição de Giovanni Ettore Nanni e sua feliz avaliação acerca do contrato na atualidade. Disse:

A autonomia privada recebe, então, influência direta da constituição federal, tutelando-se primordialmente a dignidade da pessoa humana e o objetivo fundamental da República que é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Em razão a socialidade que é inferida dessa idéia, é concebida a relação jurídica fundamental, em proteção ao personalismo ético da pessoa humana, recebendo também a autonomia privada tutela constitucional ao ser garantida a livre iniciativa como princípio da ordem econômica. Surge então um novo quadro, pelo que são emolduradas quatro figuras de aplicação imperiosa nas relações jurídicas obrigacionais, quais sejam, a função social do contrato, a boa-fé, a liberdade contratual e o enriquecimento sem causa. Todas essas figuras corroboradas pela concepção do direito civil constitucional, recebendo aplicabilidade prática, representam a plena absorção do moderno pensamento que decorre do desenvolvimento do direito civil.<sup>94</sup>

Há consenso na doutrina no sentido de que todas as normas de direito fundamental, prestacionais ou de defesa, são vinculativas por força do artigo 5º §2º da Constituição Federal. O legislador está vinculado à sua efetivação, por meio de atividade legiferante voltada a concretizá-los; e o administrador público está vinculado pelos direitos fundamentais, a adotar políticas implementadoras de direitos

---

92 BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS Ana Paula de. *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*. p. 2-3.

93 Vale destacar o artigo 174 e seu parágrafo 1º., em que sua função reguladora resta mais explícita: Art. 174. *Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. § 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.*

94 *Op. cit.*, p.223.

fundamentais sociais; e bem assim os juízes e tribunais estão igualmente vinculados pelos direitos fundamentais, devendo zelar por sua eficácia, seja pelo viés da organização dos tribunais; pelo viés das garantias procedimentais insertas na carta constitucional; seja, principalmente, pelo viés do controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Também há manifesta predominância doutrinária asseverando a ampla liberdade de iniciativa econômica no Brasil, como expoente da natureza democrática de sua organização política e social.

Humberto Teodoro Júnior, discorrendo sobre a busca de um ponto de equilíbrio entre intervencionismo e preservação dos princípios da ordem econômica constitucional, assegura:

É forçoso concluir que nosso Estado se acha estruturado constitucionalmente à base de compromissos notórios com a autonomia da vontade (art. 5º., caput, e inciso II), com a garantia da propriedade privadas (arts. 5º., inciso XXII, e 170, caput), e com a justiça e a segurança das relações jurídicas (valores supremos conforme o preâmbulo da carta Magna).<sup>95</sup>

Pois é justamente no campo de confluência entre esses dois sustentáculos constitucionais que se situa a atividade contratual na atualidade, pois se serve das prerrogativas do sistema capitalista para livremente conformar seus interesses com interesses de terceiros em busca da satisfação de suas necessidades, mas o faz de forma orientada, tutelada por premissas constitucionais, as quais não são mais de ordem informativa, principiológica, mediata, mas de ordem concreta, imediata, normativa.

É relevante a advertência que Eros Roberto Grau tece para delimitar o significado da *livre iniciativa*, e sua indissociável com outro vetor constitucional: a *valorização do trabalho*:

O conceito da livre iniciativa, porém – quero retornar a este ponto –, é bem mais amplo do que aquele cujo perfil acabo de debuxar. Importa deixar bem vincado que a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas como empresa, mas também pelo trabalho. A constituição ao contemplar a livre iniciativa, a ela só opõe, ainda que não a exclua, a iniciativa do Estado; não a privilegia, assim, como bem pertinente apenas à empresa. É que a

---

95 TEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do Consumidor, a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do Código e Defesa do consumidor e os princípios gerais de direito civil e do direito processual civil*, Forense, 2000, p. 17.

livre iniciativa é um modo de expressão do trabalho, do trabalho livre – como observa Miguel Reale Júnior – em uma sociedade livre e pluralista. Daí porque o art. 1º., IV, do Texto Constitucional – de um lado – enuncia como fundamento da República federativa do Brasil o *valor social* e não as virtualidades individuais da livre iniciativa, curando contudo no sentido de que o primeiro seja valorizado. [...] de mais a mais, assim como a liberdade contratual não é adversa ao modo de produção socialista, tal qual já anteriormente observei, também não o é a livre iniciativa, como aqui concebida. A liberdade, amplamente considerada, – insisto neste ponto –, a liberdade real, material, é um atributo inalienável do homem, desde que o conceba inserido no todo social, e não exclusivamente em sua individualidade (homem social, associado aos homens, e não homem inimigo do homem).<sup>96</sup>

A constitucionalização do direito civil, em matéria contratual – e com ela o afrouxamento do absolutismo da vontade e a funcionalização do contrato e da propriedade – ficaram de todo evidentes com o advento da Lei 10.406/2002, incorporando valores sociais essenciais, que passaram a permear, informar e não raras vezes limitar a autodeterminação e a atividade contratual<sup>97</sup>. E antes dele, a Lei 8.078/90, em sua proteção contratual (artigos 46 a 54)<sup>98</sup>, já fazia regular fortemente a atividade econômica e seu principal agente – o contrato – sempre visando a conservar um a igualdade substancial entre as partes contratantes, como seja, tutelando a parte considerada mais frágil na relação jurídica de consumo.

---

96 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 13ª Ed. 2008, p. 206-209.

97

Vale transcrever os artigos 421 a 425, sem precedentes no Código anterior, dada sua relevância, destacando-se os deveres de probidade e boa-fé não só na formação mas também no cumprimento dos contratos; a função social do contrato; e a nulidade das cláusulas de renúncia: Art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato*; Art. 422. *Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*; Art. 423. *Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente*; Art. 424. *Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio*; Art. 425. *É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código*.

98 Vale transcrever os artigos 46 a 48 da Lei 8078/1990, por inaugurarem a proteção contratual deliberada, via direito positivo, na ordem jurídica brasileira: Art. 46. *Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigam os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance*; Art. 47. *As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor*; Art. 48. *As declarações de vontade constantes de escritos particulares, recibos e pré-contratos relativos às relações de consumo vinculam o fornecedor, ensejando inclusive execução específica, nos termos do art. 84 e parágrafos*.

Claudia Lima Marques, com precisão, entoa:

Nessa superação do individualismo, valorizam-se os direitos fundamentais e as diferenças dos grupos de contratantes, pois impõe o novo Código Civil a função social dos contratos (art. 421), uma interpretação a favor do aderente nos contratos de adesão (art.423), a natureza social da posse a facilitar o usucapião para moradias (arts. 1.238, 1.239, 1.240 e 1.242) e regulamenta a função social da propriedade (art. 1.228 par.1º.), devendo, assim, a socialidade refletir a prevalência dos valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundamental da pessoa humana.<sup>99</sup>

Também Giovanni Ettore Nanni ilustra esse cenário de irrefreável evolução como nítido o processo de ruptura com o paradigma do absolutismo da vontade, fiel ao dogma burguês de que *o que se diz contratual diz justo*, para inauguração de uma fase outra, nova, em que a *autonomia da vontade* é superada pela *autonomia privada*, informada e limitada por valores constitucionais; por *interesses gerais* de feição supra-individual, sempre à luz do princípio constitucional maior da dignidade humana. Afirma:

Por isso destacamos no trabalho a imobilidade atual do direito civil obrigacional, que merece ser reestudado frente ao que se denomina direito civil constitucional, decorrente da aplicação direta da Constituição Federal no direito civil. Para isso se faz necessária a assimilação da transição que ocorreu da autonomia da vontade para a autonomia privada, alterando-se fundamentalmente o ângulo de visão, orientando-se pelos valores constitucionais em que é inserida a pessoa humana no centro do ordenamento jurídico e das relações jurídicas.<sup>100</sup>

Vive-se, em suma, um momento de deslocamento de centro valorativo, que em velocidade impetuosa abandonou uma perspectiva precipuamente individualista e patrimonialista construída ao longo de três séculos, para inaugurar, em pouco mais de duas décadas, uma perspectiva humanista, ancorada na solidariedade, na coletividade, e na dignidade humana.

Teresa Negreiros não dissimula seu entusiasmo ao definir o momento histórico do direito civil, asseverando:

<sup>99</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *A Chamada Nova Crise do Contrato e o Modelo de Direto Privado Brasileiro: Crise de Confiança ou de Crescimento do Contrato?* in *A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual*, p. 39, RT.

<sup>100</sup> *A Evolução do Direito Civil Obrigacional: a Concepção do Direito Civil Constitucional e a Autonomia da Vontade para a Autonomia Privada*, in *Cadernos de Autonomia Privada*, p.157.

O que há de revelador, extraordinário e específico no panorama evolutivo do direito civil é a natureza e a abrangência das mutações surgidas: seu âmbito é especialmente profundo – deslocamento do centro valorativo do sistema da liberdade do indivíduo em direção à dignidade da pessoa e à solidariedade social –, e seu espectro é especialmente amplo – redefinição das relações de direito civil com outros ramos, designadamente com o direito constitucional –; o que, em última instância, significa que tais mutações de refletem na própria identidade deste ramo do direito. E mais: a profundidade e a amplitude acentuam-se ainda como uma especificidade da revolução histórica do direito civil, quando confrontadas com as aspirações de neutralidade e estabilidade idealizadas pelo empreendimento codificador. Em uma palavra, assiste-se ao que a historiografia das revoluções científicas denomina *corte epistemológico*, ou *mudança de paradigma*.<sup>101</sup>

Esse *deslocamento de centro valorativo* sofrido pelo direito civil projeta seus efeitos mais evidentes nos institutos da *propriedade* e no *contrato*, por serem, esses, os dois institutos referenciais do direito privado, expoentes da liberdade conquistada a duras penas frente ao absolutismo estatal entre o fim da baixa idade média e meados da idade moderna, e por serem, paradoxalmente, os mesmos institutos desvirtuados na contemporaneidade para instrumentalizar a exploração do homem pelo homem, mediante apropriação de riquezas e de meios de produção por poucos, em detrimento de muitos relegados à pobreza e à exclusão social.

Vale, uma vez mais, registrar o confiável magistério de Teresa Negreiros:

Todos esses marcos do direito civil projetados nas codificações foram pouco a pouco, sem exceção, sendo superadas ao longo do século XX. A começar pela função social da propriedade, passando pela função social do contrato – os dois pilares conceituais e ideológicos do direito civil.<sup>102</sup>

A dicotomia direito público / direito privado que até pouco era havida por verdade absoluta, ensinada e repetida acriticamente na academia com envergadura de dogma, perdeu importância não apenas teórica, mas também prática.

Pietro Perlingieri, uma das pioneiras e mais serenas vozes da doutrina alienígena a trabalhar a perspectiva civil-constitucional, já registrava o insatisfatório reducionismo da dicotomia:

---

101 *Op. cit.*, p. 41.

102 *Op. cit.*, p. 7.

O direito civil não se apresenta em antítese ao direito público, mas é apenas um ramo que se justifica por razões didáticas e sistemáticas, e que recolhe e evidencia os institutos atinentes com a estrutura da sociedade, com a vida dos cidadãos, como titulares de direitos civis. Retorna-se às origens do direito civil como o direito dos cidadãos, titulares de direitos frente ao estado. Neste enfoque, não existe contraposição entre o privado e o público, na medida em que o próprio direito civil faz parte de um ordenamento unitário. [...] o estudo do Direito não deve ser feito por setores pré-constituídos, mas por problemas, com especial atenção às exigências emergentes como, por exemplo, a habitação, a saúde, etc. Os problemas concernentes as relações civilísticas devem ser colocados recuperando os valores publicísticos ao Direito Privado, e os valores privatísticos ao Direito Público. Resta a ser individuada uma nova sistematização do direito. Há de se superar, de qualquer modo, a mentalidade para a qual o Direito privado é liberdade de cada um de cuidar, por vezes arbitrariamente dos próprios interesses, enquanto que o Direito Público, manifestação da autoridade e da soberania, dispõe de estruturas e serviços sociais para permitir ao interesse privado a sua livre e afetiva atuação<sup>103</sup>.

Também Juarez Freitas, no desiderato de apregoar o uso de interpretação tópico-sistemática para solucionar as antinomias (que diz, aparentes) do sistema jurídico, pautada pelos mesmos valores axiológicos primos estampados no texto constitucional, afirma da irrelevância da fronteira entre esferas pública e privada do Direito, lembrando serem suas disparidades apenas de ordem funcional, dada a unicidade essencial do sistema jurídico:

Prosseguindo com o ânimo de elencar possíveis efeitos da interpretação lógico-sistemática, devidamente assimilada, convém aduzir que seu exercício conduz à transcendência da dicotomia rígida e algo anacrônica entre o Direito Público e o Direito Privado – dicotomia essa que, na perspectiva adotada, não apresenta maior consistência em face da superação de abordagens unilaterais e em virtude da compreensão de que o sistema jurídico é um só, compreensão facilitada, sobremaneira, pelo fenômeno da constitucionalização do Direito. Neste panorama, o Direito Privado e o Direito Público – nada obstante persistirem importantes diferenças funcionais (exemplo: maior ou menor grau de transparências das relações jurídicas), que não podem ser esmaecidas por inteiro, sob pena de se reeditarem lamentáveis equívocos “patrimonialistas” – precisam encontrar seus fundamentos mais profundos no bojo da constituição, uma vez que, a rigor, implícita ou explicitamente, qualquer seara deve ser vista como campo nobre de incidência e de concretização das regras e dos princípios constitucionais. Dito de um outro modo, todo e qualquer ramo do Direito mostra-se, como sublinhado em capítulo anterior, campo de incidência da Constituição, e bem por isso restou afirmado que, em determinado aspecto, toda interpretação sistemática é também interpretação constitucional. [...] A diferença, pois, dos ramos do público e do

---

103 *Op. cit.*, p. 55-56.

privado não radica na eventual subordinação, tampouco se deixa explicar satisfatoriamente, pelas teorias do direito especial, sequer pelas teorias dos interesses em causa, do sujeito, nem pela teoria dos níveis (*zweistunfentheirie*). No máximo, constata-se o predomínio dos princípios, nada mais. Havendo antinomia entre normas de Direito Público e de Direito Privado, tudo tende a se dissipar com a hierarquização de determinado bloco de princípios aplicados topicamente, ou seja, recorrendo-se à diretriz capaz de, no plano mais alto, sobrepujar a antinomia, a qual não se equaciona apenas no plano do domínio semântico, mas pragmático, reconhecidos princípios comuns e especializados.<sup>104</sup>

O abrandamento das fronteiras entre público e privado, derivado da percepção – algo óbvia, porém latente por séculos – de que o Direito e o sistema jurídico são unos, evidencia-se à saciedade no enfraquecimento do primado da vontade enquanto expressão maior da liberdade individual, no rompimento com a intangibilidade dos pactos; na relativização dos contratos antes inoponíveis a terceiros não contratantes; e, sobretudo, na presença do elemento função social, que a despeito da discricção com que é suscitado no Código Civil de 2002 (apenas em dois artigos), desdobra-se em múltiplas perspectivas e penetra profundamente no contrato, na propriedade, e em todas as relações jurídicas zarpadas desses dois institutos.

A relativização da *autonomia da vontade*, a partir de então concebida apenas como *autonomia privada* é um ícone dessa variação de perspectiva. Por seu acesso tem-se patente, hoje, a possibilidade de regulação, limitação, e revisão dos contratos após sua celebração, temperando a obrigatoriedade dos pactos na mesma proporção da essencialidade de seu objeto e da fragilidade de um dos pólos contratantes;

A *funcionalização dos contratos e da propriedade* – que deriva do mesmo afrouxamento do dogma do absolutismo da vontade – modulando seu exercício à plena consonância com os princípios constitucionais vinculativos do legislador, do administrador público, e notadamente dos particulares, é outra evidência das mais claras, como bem averba Judith Martins Costa, lembrando que a despeito da franciscana menção do Código Civil Brasileiro / 2002, a função social estende-se às relações jurídico-empresariais como um todo:

---

104 FREITAS, Juarez. *A interpretação Sistemática do Direito*, 3ª edição, 2002, Malheiros, pp.225-227.

O princípio da função social, ora acolhido expressamente no Código Civil (arts. 421 e 1.228 § 1º) constitui, em termos gerais, expressão da socialidade no Direito Privado, projetando em seus *corpora* normativos e nas distintas disciplinas jurídicas a diretriz constitucional da solidariedade social (CF, art. 3º, III, *in fine*). Conquanto expresso no Código em tema de propriedade contrato, o princípio manifesta-se também no Direito da Empresa: conjugando os fatores da produção (trabalho, capital e recursos humanos) e os agentes do processo econômico (consumidor, trabalhador e empresário), as empresas têm indiscutivelmente dimensão *transindividual* ou *comunitária*. Assim, embora o silêncio do Código sobre a função social ao regular do Direito da Empresa, não há dúvidas obre sua base constitucional e sistemática.<sup>105</sup>

Assim, a manifestação da autonomia da vontade enquanto expressão da liberdade para tomar parte em uma celebração contratual só tem vez se estiver em consonância com o elemento função social. E este, por seu turno, não se restringe a um papel conformador, mas vai além, segundo abalizada opinião Judith Hofmeister Martins-Costa:

Seguindo a perspectiva estrutural e funcional constataremos de imediato que o art.421 indica três sendas que vale a pena trilhar: a) vem colado ao princípio da liberdade de contratar, inaugurando a regulação em, caráter geral, do Direito dos contratos e situando-se como princípio desse setor; b) refere-se à função social como limite da liberdade de contratar; e c) situa a função social como fundamento da mesma liberdade. [...]

E as explica, de *per sí*:

Se formos fieis à descoberta de Sófocles, concluiremos que a liberdade está no coração do Direito Civil, que é o direito das pessoas que vivem na *civitas* em comunidade. O problema está no modo de entender-se essa liberdade. Não se tratam ao meu ver, nem de uma liberdade consentida, nem de uma liberdade exercida no vazio, mas de uma *liberdade situada* a liberdade que se exerce na vida comunitária, Isto é: o lugar onde imperam as leis civis. Essa clivagem fundamental já estava em Sófocles, acima lembrado. Daí a imediata referência, logo após a liberdade de contratar, à função social do contrato; daí a razão pela qual liberdade e função social se acham entretecidos, gerando uma nova idéia de autonomia (privada) solidária. [...] Nesse sentido há uma oposição entre função social e liberdade contratual. E há, por força dessa oposição, a delimitação de um espaço de eficácia do princípio da liberdade de contratar, qual seja, o papel da função social é monocórdio, atuando somente como limite e gerando deveres negativos.

---

105 COSTA, Judith Hofmeister Martins-Costa. *Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos*, in *O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro*, Coordenação de Alexandre dos Santos Cunha, Quartier Latin, p. 219.

Não se pense, porém, que esse papel não seja relevante. Conquanto o conhecidíssimo há pelo menos um século, em termos teóricos, a inserção no Código Civil do Art. 421, em caráter geral, permite ultrapassar o esquema regra-exceção que por longo tempo dominou a teoria dos contratos. Agora, percebe Almeno de Sá, o pensamento contratual de “tutela” deixa de ser visto como uma exceção, para passara ser compreendido e atuado como um princípio não apenas dirigido a certos sujeitos jurídicos, definidos pelo status ou pertença grupal, mas antes um princípio próprio do direito contratual geral. [...] assim, a função social não opera apenas como um limite externo é também elemento integrativo do campo de função da autonomia privada no domínio da liberdade contratual.<sup>106</sup>

Entretanto, a funcionalização da propriedade e do contrato não deve representar cerceio da livre iniciativa, do empreendedorismo e *a fortiori* da atividade empresarial, pois a relação há de ser de confluência, conformação. Ao contrário de demonizá-las, cabe ao ordenamento jurídico regulá-las, orientá-las sob inspiração dos princípios civil-constitucionais, atribuindo-lhes a legitimação derivada de sua harmonização com os valores atuais.

A lúcida advertência é de Perlingieri:

Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa (art. 2º Const.) o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento. E isso não se realiza somente finalizando a disciplina dos limites à função social. Esta deve ser entendida não como uma intervenção “em ódio” à propriedade privada, mas torna-se “a própria razão pela qual o direito de propriedade foi atribuído a determinado sujeito”, um critério de ação para o legislador, e um critério de individuação da normativa a ser aplicada pelo intérprete chamado a avaliar as situações conexas à realização de atos e atividades do titular. [...] Do inteiro quadro constitucional deriva que a propriedade privada não pode ser esvaziada de qualquer conteúdo e reduzida à categoria de propriedade formal, como um título de nobreza. Ela representa não um desvalor, mas um instrumento de garantia do pluralismo e de defesa em relação a qualquer tentativa de estatalismo. Se os estatutos proprietários são diversos em relação aos objetos, aos sujeitos, às destinações e mesmo após patrimônios e às circunstâncias concretas, não existe um conteúdo mínimo da propriedade; existem sim conteúdos mínimos de cada estatuto proprietário que é necessário individuar através de uma análise atenta. A propriedade, não importa que aspecto tenha, não se pode exaurir em uma mera forma, mas necessita de um conteúdo.<sup>107</sup>

---

106 Op. Cit. p. 222; 234; e 236.

107 Op. Cit., pp. 226, e 230-231.

É como bem referiu Gustavo Tepedino, sobre a ótica da boa-fé, situando os quatro pilares conformadores da atividade empresarial e econômica de um modo geral, de forma afinada com o paradigma social que lhe é inato. Salta aos olhos o reconhecimento do valor social da livre iniciativa, que não pode ser, sob nenhum pretexto, amesquinhada:

O dever de interpretar os negócios conforme a boa-fé objetiva encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); 2. O valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (art. 3º, I, CF); 3. A igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Os dois primeiros encontram-se inseridos no Texto Maior, como fundamentos da República, enquanto os últimos são objetivos da República.<sup>108</sup>

Fique claro, portanto, que a incorporação de valores humanistas e solidaristas ao direito civil não representa e nem deve ser confundido com um retrocesso ao molde em que tudo provinha do Estado, sem espaço para a liberdade de iniciativa e de propriedade, embora algumas vezes, lamentavelmente, pareçam com isso se afinar. E talvez essa seja a mais árdua e nobre missão delegada pelo legislador constituinte aos estudiosos e operadores da ordem jurídica: encontrar ponto de equilíbrio harmonioso no qual sejam realmente asseguradas a livre iniciativa, a propriedade privada, e a liberdade do desenvolvimento do trabalho – por serem valores inafastáveis de uma sociedade que vise ao desenvolvimento sustentado –, porém com substituição da matriz axiológica patrimonialista encadeada precipuamente na propriedade, por uma matriz existencialista, ancorada na dignidade humana.

A obra de Luciano Benetti Timm, por ser um conhecido adepto da escola da análise econômica do direito, é um bom exemplo da direção a ser rumada pelos doutrinadores e operadores do sistema jurídico. Embora partindo do viés de mercado, que evidentemente melhor se ambienta no liberalismo e na menor intervenção Estatal na economia, sustenta com propriedade a possibilidade de conciliação entre os vetores axiológicos, asseverando, no mesmo sentido, que:

---

108 TEPEDINO, Gustavo. *Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002*.

[...] busca-se através de normas jurídicas, estimular formas obrigatórias de cooperação, de solidariedade entre a comunidade, fundamentalmente para viabilizar a convivência, a paz social, dirimir conflitos latentes. Criam-se, portanto, mecanismos de distribuição de benefícios sociais da vida comum. O Direito social quer gerar justiça, permitindo a acumulação capitalista, mas evitando alguns impactos negativos, que colocariam em risco a coesão social.<sup>109</sup>

Bruno Torquato de Oliveira Naves, em igual sentido, averbando com destaque a preservação da autonomia privada:

As partes, de comum acordo, determinam deveres e obrigações que assumirão, produzindo modificações em seus patrimônios. No entanto isso só ocorre quando não há situação de vulnerabilidade de uma parte em relação à outra, pois, em contrário, a legislação irá conferir proteção especial ao patrimônio da parte mais fraca. Repetimos: isso não importa em diminuição da autonomia, mas adequação da autonomia de ação à autonomia crítica segundo GADAMER, adequação de conduta de ação ao horizonte do contraente.<sup>110</sup>

E, em sentido muito próximo:

O direito encontra obstáculos, exatamente no que concerne ao afastamento da interpretação abstrata dos princípios para que a sua aplicação seja efetiva. O grande óbice do direito tem sido o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, interferindo o mínimo possível, na liberdade dos indivíduos, concedendo aos seres humanos as rédeas das suas próprias vidas, sem a intromissão demasiada do estado do estado nas escolhas e atos do dia a dia.

Dada a vastidão e a atualidade do tema, é natural que a doutrina especializada dele se ocupe com muita intensidade, porém nem sempre pela mesma perspectiva. Acentuado número de autores, inclusive na rica doutrina portuguesa, defendem ferrenhamente uma intervenção forte, além, mesmo, da regulação. Dito de outra forma: a diversidade de enfoques é saudável, pois do

---

109 TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: Ensaios sobre o Mercado, e a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

110 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Da quebra da autonomia liberal à funcionalização do direito contratual*, in *Direito Civil: Atualidades II. Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais*. Del Rey, p.241.

processo dialético ganha a própria ciência; e ganha a sociedade, porém o debate será tanto mais proveitoso quanto mais infenso estiver das razões de cunho ideológico.

É de rigor, portanto, conservar a serenidade e a temperança dos argumentos, de sorte a não incorrer no equívoco de demonizar os valores liberais caros à livre iniciativa, por trazer consigo a grave conseqüência de desmotivar, ao ponto do insuperável, a atividade empresarial. Nessa linha de compreensão, hostilizar o mercado e a livre iniciativa por razões de natureza ideológica, além de pouco útil à ciência e à sociedade, pode implica conseqüências sociais danosas, de desencorajamento do empreendedorismo, tão necessário ao desenvolvimento econômico, e aos benefícios que tal desenvolvimento proporciona.

Teresa Negreiros, por exemplo, costuma criticar de forma bastante enfática o ideário liberal, e por vezes parece tangenciar perigosamente o campo puramente ideológico. O excerto dá boa noção da crítica:

Ademais as políticas neoliberais e redução do papel do Estado, expressas pela implementação de processos de privatização e “flexibilização”, esvaziam os valores solidaristas – associados à crise do Estado de Bem-Estar Social – favorecendo o recrudescimento de ideais individualistas, que hoje são ainda reforçados pelos apelos da globalização.<sup>111</sup>

Cláudia Lima Marques, outrossim, manifesta orientação notoriamente publicista e intervencionista, quiçá derivada de sua vasta produção intelectual na área do direito do consumidor, no qual a ingerência estatal é muito presente, como se infere claramente do seguinte excerto:

Como já afirmei, a nova concepção de contrato é uma concepção social deste instrumento, jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas em que também, e principalmente, os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e em que a condição social e econômica das pessoas nele envolvidas ganha em importância. Nas palavras visionárias de Morin, “l’homme n’apparaît plus come La seule efficiente du droit, mais il deviente la cause finale”. À procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito privado destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger

---

111 *Op. cit.*, p.287.

determinados interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas e a boa-fé das partes.<sup>112</sup>

A despeito disso, é interessante sua percepção extremamente sensível ao delinear o problema dos contratos na pós-modernidade (*pós-modernidade aprofundada*, no dizer da autora). Sem embargo do viés intervencionista de sua obra, é fato que parece estar, em termos críticos, um passo adiante da maioria da produção científica nacional que em geral orbita o *lugar-comum* de debater a absorção de princípios constitucionais pelo direito civil. De fato, observa a jurista gaúcha viver-se uma crise de confiança, não mais endocontratual, mas externa ao contrato, habitante da subjetividade de quem contrata:

Esta crise tem um fundamento externo à dogmática contratual, que é a crise de confiança típica da atual fase aprofundada da sociedade pós-moderna. Essa crise de confiança nos instrumentos atuais da teoria geral dos contratos traz a necessidade de desenvolver uma dogmática nova, com preocupações mais sociais a fim de alcançar a proteção dos consumidores nos contratos regulados prioritariamente pelo Código de Defesa do Consumidor e a justiça nas relações jurídicas equilibradas entre dois civis e entre dos comerciantes, nos contratos agora regulados prioritariamente pelo Código Civil de 2002. [...] efetivamente parece-me que a fase atual da pós-modernidade está a necessitar uma resposta de valorização do paradigma da confiança, pois nossos tempos parecem fadados ao aumento dos litígios e da desconfiança entre agentes econômicos (classes e instituições) com reflexos claros no direito privado. [...] A doutrina brasileira concorda com a necessidade de um *novo paradigma*, ou pelo menos uma teoria geral nova, para os contratos de consumo. Aqui os paradigmas ou metanarrativas são dois, como pretendo explicar, agora, em diálogo: boa-fé e confiança. [...] Parece-me, porém, que a confiança (*fides*) relaciona-se mais com a socialidade sem a valoração da conduta (ética ou não), do que com os resultados (efeitos e reflexos) sociais (dano injusto, declaração, confiança e expectativas legítimas despertadas no mercado). Por socialidade entende Miguel Reale “o objetivo do Código Civil de superar o manifesto caráter individualista da lei vigente [CC/1916], feita para um [ais eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo. Hoje em dia vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%. Daí o predomínio do social sobre o individual<sup>113</sup>.

O tema é instigante, e por certo será merecedor de reflexão e debate na Academia, pois situa o problema do contrato não mais em sua formação, ou na sua

---

112 *Op. cit.*, pp.27-28.

113 *Op. Cit.* 38-39.

interpretação, ou mesmo em sua execução, mas desloca-o para o plano cultural dos contratantes e da sociedade do qual provém. Reafirma o dever de cooperação entre partes contratantes que devem ser, antes de mais nada, parceiros em busca da realização de um objetivo comum. São sementes do que se poderia chamar de uma nova *vontade contratual*, não mais aquela de matriz liberal-burguesa derivada do princípio da intangibilidade dos pactos, mas uma versão reinventada, funcionalizada, decorrente da confluência franca de interesses e da colaboração comum e honesta para sua concretização.

Ana Prata, se bem que se expressando com mais temperança, também defende incisivamente um forte intervencionismo nos contratos, especialmente os laborais, ancorando-se da assertiva de que, em matéria contratual, quem não tem condições de manifestar vontade validamente, não está exercendo a liberdade humana prevista pelas constituições. Daí concluir que a regulação estatal não é inconstitucional, desde que não proíba a livre iniciativa. Esta pode e deve existir, desde que atenda à função social que se materializa no emprego da atividade empresarial como instrumento de progresso coletivo: aumento da produção e dos meios de produtividade; aumento da satisfação de necessidades individuais e coletivas; obtenção de uma ordem social mais equilibrada e menos desigual; tutela constitucional dos direitos do consumidor.

Importa transcrever:

[...] isto é: a iniciativa econômica privada tem de visar, primeiramente, um objectivo que é o progresso colectivo, que necessariamente se sobrepõe e não se confunde com os objectivos privados do empresário. Ainda assim, o seu exercício tem de situar-se dentro dos quadros definidos pela constituição, pela lei e pelo plano, ou seja, para além das imposições positivas, sofre as limitações negativas que a circunscrevem.<sup>114</sup>

Joaquim de Souza Ribeiro, jurista contemporâneo de primeira grandeza, aborda o princípio da liberdade contratual, sob uma perspectiva que denomina *problema dos contratos*. Segundo ele os pactos desenvolvem o papel na sociedade de regular em parte as relações entre as pessoas, cabendo ao ordenamento jurídico os aspectos residuais, até por não ter condições de regulamentar todos os interesses inerentes à vida privada.

---

114 PRATA, Ana. *A Tutela Constitucional da Autonomia Privada*, Almedina, p.203.

Assim, o contrato não se desenvolve num vazio legislativo, mas entremeado e informado pelo direito positivo, o que lhe garante que ordem jurídica e autodeterminação coexistam numa relação de paralelismo e complementaridade; Nesse viés é legítima a existência de limites à autodeterminação impostos pela lei, a saber: o atendimento ao interesse público, assim entendidos não os interesses do Estado em si, mas os interesses supra-individuais, que doutrina francesa denomina *ordem pública de direção*; a tutela da personalidade e do núcleo da liberdade individual, aí se situando a regulação consistente em garantia mínima de equivalência de prestações; e a tutela dos interesses daqueles que por sua condição fragilizada têm tolhido o seu poder de autodeterminação.

É alentador notar que a despeito de sua formação publicista, até pela tradição socialista de Portugal pós regime totalitário de Salazar, o autor manifesta extremo zelo pela preservação da livre iniciativa e da atividade empresarial, sugerindo manter em foco atento no limite entre a intervenção estatal e o fomento da atividade empresarial e do empreendedorismo, notadamente em segmentos de importância estratégica ao país:

Na medida em que esteja preservada a liberdade de celebração – excluindo, portanto, os casos de obrigação de contratar – os sujeitos podem sempre furtar-se a esse regime, não celebrando os contratos em causa. Isso mesmo tem que ser ponderado pelas entidades que traça a política legislativa, pois uma regulação demasiado restritiva pode desincentivar excessivamente os agentes de ma desejável, em si, operação negocial. No domínio das intervenções tuteladoras, designadamente, medidas limitativas que não sejam, de uma maneira ou de outra absorvíveis pelo mercado, podem conduzir à sua paralisação ou letargia, com efeitos perversos para uma categoria de sujeitos que se pretendia tutelar (ou, dentro dela, para uma certa classe ou espécie de sujeitos, mormente para os que buscam acesso ao mercado). Esse fenómeno tem sido detectado, por vezes mais ou menos independentes, sobretudo ao que se refere ao mercado de trabalho e habitacional.<sup>115</sup>

É que nos países de tradição jurídica romano-germânica, de um modo geral, há muito se vêm reafirmando a incorporação de valores constitucionais e de ordem pública no direito civil e principalmente nos contratos, sem que isso represente propriamente um cerceio ao princípio da autodeterminação, mas antes uma

---

115 RIBEIRO, Joaquim de Souza. *O Problema do Contrato: As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual*, Almedina, 1999, p. 224.

legitimação dessa liberdade negocial, pois se prestam a assegurar que a vontade possa ser validamente externada, mesmo nos contratos massificados, impessoais e dinâmicos – tão comuns à pós-modernidade –, e mesmo por pessoas fragilizadas sob o ponto de vista jurídico e econômico, assegurando equivalência das prestações; e assegurando a perfeita compreensão do conteúdo da vontade externada e de seus efeitos.

A compreensão das causas e da extensão deste processo de reinvenção do contrato e da propriedade, devidamente funcionalizados, se constitui em privilegiado observatório do direito privado ideal, ágil na circulação de riquezas, tecnologias, oportunidades; fomentador da atividade empresarial, mas também humano e não neutro ante a exclusão social, a hipossuficiência, e demais efeitos da globalização

E fato, a intervenção estatal (administrativa, legislativa, ou judicial) nesses institutos deve pautar-se pela justa medida da necessidade de conservação da liberdade substancial, pois ultrapassar esse limite pode implicar – e não raro implica – desmotivar a atividade empresarial, cuja vitalidade para o desenvolvimento sustentável de uma sociedade é inquestionável.

Como já se pôde acentuar, noutras oportunidades, a essencialidade da atividade empresarial para um desenvolvimento social e econômico sustentável, decorre do fato de ser esta a principal geradora de empregos, renda e riquezas; ademais é pagadora de tributos, e é agente irradiadora de benefícios sociais os mais diversos. Diferentemente dos programas governamentais assistencialistas e demagógicos, que cessam quando determinado grupo político deixa o Poder, a atividade empresarial integra um mecanismo auto-sustentável, que se retroalimenta constantemente na perspectiva da cadeia: emprego – renda – consumo – demanda – produção – emprego. Sem a segurança jurídica proporcionada pelo respeito aos contratos, duas odiosas conseqüências provavelmente advirão: não haverá suficiente fomento de atividades econômicas essenciais à economia e ao desenvolvimento sustentável do país; e os produtos e serviços derivados das atividades econômicas como um todo, desenvolvidas pela iniciativa privada, sofrerão sensível encarecimento, por restar a eles agregado o fator risco.

Dentro da modesta pretensão desta exposição, parece conclusão segura que a evolução verificada na autonomia privada ao longo dos séculos - não sem lutas e sofrimento - é conquista cara da humanidade, e como tal deve ser cuidadosamente defendida. A promoção de um ambiente social e econômico em que a igualdade

substancial esteja presente é missão constitucional do Estado, mas também é obrigação dos cidadãos, e se presente estiver, a manifestação da vontade será mais legítima, e os contratos serão tanto mais justos e benéficos à coletividade.

Vale o alerta, sempre com respeito às opiniões contrárias, que uma intervenção demasiado forte do Poder público sobre os contratos e sobre a propriedade, mormente naqueles que refletem atividade empresarial, estará a conceber, talvez o maior dos obstáculos já apontados contra a iniciativa privada, e as atividades produtivas, o que, considerado em escala, pode redundar em estancamento do empreendedorismo no país, e em um retrocesso infame à condição de dependência do *Super-Estado*, provedor, com natural tendência ao totalitarismo.

## **5. O CONTRATO DE COMPROMISSO IRRETRATÁVEL DE COMPRA E VENDA IMOBILIARIA: FUNCIONALIDADE NA PERSPECTIVA DE ACESSO A MORADIA**

### **5.1. IDENTIFICAÇÃO COM A REALIDADE BRASILEIRA**

A função social, na vertente constitucionalizada que se vem sustentando, encontra significação não somente numa aceção exclusivamente condicionante do exercício da atividade contratual e da propriedade privada, mas também nas

perspectivas de legitimação e de essencial justificativa do exercício de tais prerrogativas privatísticas. Com isso se pretende afirmar que o contrato e a propriedade privada não apenas dependem fundamentalmente de estarem desenvolvendo função social, mas também que seu exercício na ordem jurídica – a liberdade para contratar e amealhar patrimônio – conquanto assegurados pela Ordem Constitucional, só serão legítimos e justificados se estiverem consonantes com os valores humanistas que na atualidade permeiam as relações entre particulares, derivados da matriz axiológica maior, da dignidade da pessoa humana.

O negócio jurídico<sup>116</sup> de compromisso irrevogável<sup>117</sup> de compra e venda<sup>118</sup> tem o condão de atar, com admirável vocação, as duas pontas da questão constitucional posta: reúne a laços fortes o exercício do direito de propriedade e a atividade contratual de um lado, aos vieses de funcionalidade e socialidade de outro, seja pela extrema facilidade de sua contratação; seja pela popularidade e acessibilidade derivada de sua simples formalização; seja por sua versatilidade e conseqüente difusão em praticamente todos os níveis sociais; seja por seu caráter instrumental do fracionamento do preço na aquisição imobiliária; seja pelo prestígio que, a despeito da simplicidade de sua celebração, vem recebendo do direito positivo brasileiro, há várias décadas.

Orlando Gomes assevera a simplicidade da contratação do compromisso de compra e venda, como uma das causas da profunda disseminação da modalidade no Direito brasileiro:

A possibilidade de ser reduzido a escrito particular era repelida para alguns autores. Prevaleceu no entanto a opinião contrária. A utilidade prática do contrato de compromisso de compra e venda reside precisamente em ser

---

116 Ver-se-á adiante tratar-se, o compromisso irrevogável de compra e venda, do próprio negócio jurídico, e não de fase preliminar de negócio jurídico de compra e venda.

117 Aos propósitos do trabalho, em termos de funcionalidade e socialidade, interessa particularmente o compromisso de compra e venda no qual não se tenha pactuado direito a arrependimento.

118 Ou o *compromisso de venda*, como prefere Orlando Gomes no intento de traçar linhas distintivas em relação ao contrato preliminar de compra e venda. Textualmente sua advertência: *Poder-se-ia denominar esse negócio jurídico distinto pela expressão compromisso de venda, a fim de evitar a confusão reinante na doutrina, com repercussão na jurisprudência. Costuma-se chamá-lo de promessa irrevogável de venda, valendo a qualificação como nota distintiva, que não conduz à sua verdadeira natureza jurídica.* (GOMES, Orlando. *Contratos*, 25ª Edição, Rio de Janeiro, 2002, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Forense, p. 242.)

um negócio jurídico que tem sua plena eficácia independentemente de forma solene, seria inútil circuito.<sup>119</sup>

Enfim, as facilidades de enlaçar-se contratualmente para a transferência da propriedade imobiliária por meio do compromisso de compra e venda fez desse instituto um contrato absolutamente democrático e imbuído de elevada carga de função social, como afirma de forma bastante perspicaz José Osório de Azevedo Júnior, destacando ainda a brasilidade de suas feições:

O compromisso de compra e venda teve e ainda tem enorme aplicação nos negócios imobiliários sejam eles relativos a imóveis loteados ou não. Seja pela liberdade de sua forma, seja por facilidade de ordem tributária, seja por sua engenhosidade intrínseca – que permite garantias sólidas ao transmitente, ao mesmo tempo em que concede poderes amplos ao adquirente, – o certo é que esse contrato parece ter encontrado entre nós seu *habitat* natural, sendo utilizado e trabalhado com incrível freqüência por todos os interessados, como corretores, empresários, advogados, juristas, juízes, políticos e administradores. Talvez até se pudesse afirmar que é o *mais brasileiro* dos contratos de direito civil, não pelas suas origens, mas pela freqüência de utilização entre nós.<sup>120</sup>

O compromisso de compra e venda teve, no Brasil, três fases evolutivas bem distintas, que refletem o desenvolvimento do próprio instituto e sua receptividade pelo mercado.

Foi admitido na década de 1930, por inspiração do Direito uruguaio, ganhando forma legislativa por meio do Decreto-Lei 58 de 10.12.1937<sup>121</sup>. Tal norma legal destinava-se a disciplinar a comercialização de bens imóveis rurais ou urbanos, em lotes, mediante oferta pública, para aquisição por meio de pagamento fracionado ou financiado do preço.

O Diploma estabeleceu inédita prerrogativa do compromissário comprador de exigir a conclusão do negócio jurídico de venda e compra, mediante a outorga da respectiva escritura pública ou de sua compulsória adjudicação por sentença judicial (artigo 16). Antes do advento de tal regramento, o arrependimento por parte do

---

119 GOMES, Orlando. *Contratos*, 25ª Edição, Rio de Janeiro, 2002, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, Forense, p. 252.

120 AZEVEDO JR, José Osório de. *Compromisso de Compra e Venda*, 4ª edição, São Paulo, 1998, Malheiros, p. 17.

121 Ementa: *Dispõe sobre o loteamento de terrenos para pagamento em prestações.*

vendedor era possível, sem que o comprador pudesse ir além do pleito indenizatório. Estabeleceu, também, meios de conferir publicidade e oponibilidade perante terceiros, mediante averbação dos respectivos instrumentos contratuais (artigo 5º).

Maria Helena Diniz, a respeito, pontua:

A fim de proteger o bem estar coletivo e a segurança da ordem social coibindo essa séria de abusos, o Decreto-Lei 58, de 10 de dezembro de 1937, conferiu ao compromissário comprador direito real sobre o lote compromissado pondo termo às chamadas “arapucas” de vendas de imóveis loteados, em prestações, muitas vezes denominados “loteamentos fantasmas” [...] Com a lei n. 649 de 11 de março de 1949, foi, efetivamente criado o direito real de promessa de venda, alterando o art. 22 do Decreto -Lei n.58/37, ao dispor em seu artigo 1º. que “os contratos sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma ou mais prestações, desde que inscritos em qualquer tempo, atribuem aos compromissários direito real, oponível a terceiros e lhes confere o direito de adjudicação compulsória.”<sup>122</sup>

É particularmente reveladora das preocupações da ordem jurídica com o segmento econômico que naquele momento se desenvolvia a passos largos, a leitura dos *considerandos* do mencionado diploma legal:

Considerando o crescente desenvolvimento da loteação de terrenos para venda mediante o pagamento do preço em prestações; Considerando que as transações assim realizadas não transferem o domínio ao comprador, uma vez que o art. 1.088 do Código Civil permite a qualquer das partes arrepender-se antes de assinada a escritura da compra e venda; Considerando que êsse dispositivo deixa praticamente sem amparo numerosos compradores de lotes, que têm assim por exclusiva garantia a seriedade, a boa fé e a solvabilidade das empresas vendedoras; Considerando que, para segurança das transações realizadas mediante contrato de compromisso de compra e venda de lotes, cumpre acautelar o compromissário contra futuras alienações ou onerações dos lotes comprometidos; Considerando ainda que a loteação e venda de terrenos urbanos e rurais se opera frequentemente sem que aos compradores seja possível a verificação dos títulos de propriedade dos vendedores; DECRETA [...]

O retro-citado preâmbulo da norma legal dá a medida da própria realidade sócioeconômica brasileira da época, posto ter sido claramente concebida para possibilitar a aquisição imobiliária de bens imóveis urbanos loteados em condições facilitadas, atendendo a uma demanda por moradias à recente população urbana, que gradualmente abandonara a vida no campo, ou em pequenos povoados,

<sup>122</sup> DINIZ, Maria Helena. *Tratado Teórico e Prático dos Contratos*, Volume I, 3ª Edição, São Paulo, 1999, Saraiva, p. 282.

migrando para os grandes centros urbanos brasileiros, como registra Orlando Gomes:

Oriundo de necessidade que se acentuaram com a difusão dos loteamentos de terrenos, e, em seguida, da construção de edifícios de apartamentos, o contrato de promessa de venda cedo revelou sua utilidade prática pelos interesses que, por seu intermédio, passaram a ser regulados e por sua própria causa típica. Mediante lei especial recebeu consagração no direito positivo, adquirindo os traços que, inspirador na política legislativa de proteção aos adquirentes de terrenos, se generalizaram, para uma de suas modalidades – a promessa irretratável.<sup>123</sup>

Daí se vislumbrar uma natural identidade com o viés de acessibilidade ao imóvel urbano, às camadas populacionais desprovidas de meios econômicos de adquirirem-nos à vista. Ao tempo em que não se cogitava, no Brasil, função social, e muito menos se concebia condicionar a atividade empresarial e a propriedade imobiliária ao seu cumprimento, o compromisso irretratável de compra e venda lançou inéditas sementes de uma regulação do exercício contratual e de uma preocupação com socialização da propriedade.

Com pequena alteração promovida pela Lei 649 de 11.03.1949<sup>124</sup>, e referências re-afirmativas pelas importantes leis 4.591/1964<sup>125</sup> e 4.380/1964<sup>126</sup>, o

---

123 Op. Cit. p. 244.

124 Ementa: *Autoriza o poder executivo a dar nova redação ao artigo 22 do decreto-lei 58, de 10 de dezembro de 1937, que dispõe sobre as escrituras de compromisso de compra e venda de imóveis loteados.*

125 Ementa: *Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Artigo 35 § 4º: Descumprida pelo incorporador e pelo mandante de que trata o § 1º do art. 31 a obrigação da outorga dos contratos referidos no caput deste artigo, nos prazos ora fixados, a carta-proposta ou o documento de ajuste preliminar poderão ser averbados no Registro de Imóveis, averbação que conferirá direito real oponível a terceiros, com o conseqüente direito à obtenção compulsória do contrato correspondente.*

126 Ementa: *Institui a correção monetária nos contratos imobiliários de interesse social, o sistema financeiro para aquisição da casa própria, cria o Banco Nacional da Habitação (BNH), e Sociedades de Crédito Imobiliário, as Letras Imobiliárias, o Serviço Federal de Habitação e Urbanismo e dá outras providências.*

Artigo 69: *O contrato de promessa de cessão de direitos relativos a imóveis não loteados, sem cláusula de arrependimento e com emissão de posse, uma vez inscrita no Registro Geral de Imóveis, atribui ao promitente cessionário direito real oponível a terceiro e confere direito a obtenção compulsória da escritura definitiva de cessão, aplicando-se, neste caso, no que couber, o disposto no artigo 16 do Decreto-lei n. 58, de 10 de dezembro de 1937, e no artigo 346 do Código do Processo Civil.*

regramento dos compromissos de compra e venda de imóveis urbanos e rurais permaneceu essencialmente preservado até o ano de 1979, quando se deu o advento da Lei 6.766 de 19.12.1979<sup>127</sup>, que pode ser identificado como o marco de uma segunda fase evolutiva dos compromissos de compra e venda no direito brasileiro.

É que, por força do objetivo precípuo de disciplinar o parcelamento e a comercialização exclusivamente do solo urbano, a referida norma legal acabou por desnudar o direito do compromissário comprador à adjudicação compulsória independentemente do registro imobiliário do instrumento contratual respectivo, ato este formal e essencial para a conferência de oponibilidade perante terceiros, mas prescindível ao efeito de abrir vias à aquisição forçada da propriedade em caso de recusa do compromitente vendedor (artigo 25).

A partir da instituição da norma legal, a carga de definitividade dos compromissos de compra e venda para os quais não se tenha pactuado direito a arrependimento, assim como sua proximidade com a propriedade, revelou-se à plenitude. Dada a relevância do tema para efeitos de situar o compromisso irretratável de compra e venda como contrato em si mesmo, distanciando-se da natureza de pacto preliminar, e relegando para as escrituras de compra e venda papel não mais do que meramente instrumental, o assunto será retomado à frente, com mais vagar e aprofundamento.

A terceira fase pode ser identificada no advento da Lei 10.406/2002 – o Código Civil Brasileiro – no qual o legislador houve por bem reconhecer, de forma expressa e isenta de dúvidas, o *status* de direito real à aquisição do imóvel objeto de compromisso irretratável de compra e venda (artigo 1225). Mas também entendeu devido condicionar a própria concepção do direito real de aquisição ao prévio registro imobiliário do contrato (artigos 1417 e 1418).

## 5.2. NATUREZA JURÍDICA E REGISTRO IMOBILIÁRIO

---

127 Ementa: *Dispõe sobre o Parcelamento de Solo Urbano e dá outras providências.*

A extrema disseminação popular, de um instituto jurídico de feito eminentemente técnico acarretou, como sói acontecer, desvirtuamento de suas características elementares e confusões conceitual e prática de toda ordem. Ver-se-á oportunamente que o legislador pátrio foi um dos responsáveis pela celeuma generalizada, senão por ele próprio ter faltado ao dever de coerência científica, certamente por ter faltado ao dever de clareza redacional nos sucessivos Diplomas que, ao longo dos últimos setenta anos, propuseram-se a disciplinar a matéria.

De fato, é de bom tom principiar a investigação científica situando e distinguindo seu objeto das demais figuras a ele assemelhadas, jurídica ou empiricamente, as quais são tomadas, não raro, umas pela outras, sem nenhum critério, o que evidentemente expõe os contraentes ao risco de não verem gerados os efeitos jurídicos adequados e desejados.

Nesse desiderato registra-se desde logo que a modalidade contratual estudada, considerada emblema de funcionalidade e socialidade, ao lado de sua plena identificação com os interesses do mercado, é o compromisso irretratável de compra e venda, com imissão na posse, e gerador de direito real à aquisição após quites o preço, impostos e demais despesas de transferência.

Também releva lembrar a conceituação e a eficácia dos direitos reais, mormente o legislador de 2002 haver elencado no rol de seus direitos reais, os direitos do promitente-comprador. A lição de A. Santos Justo, com o rigor conceitual inato à boa doutrina portuguesa, vem em socorro e, projetada no contrato de compromisso irretratável de compra e venda imobiliária que aqui se estuda, facilita sobremaneira a compreensão da opção legislativa, de categorizar de real os direitos do promitente comprador, e não o contrato do qual derivam. Diz o mestre de além-mar:

[...] definimos o direito real como o poder directo e imediato sobre uma coisa que a ordem jurídica atribui e uma pessoa para satisfazer interesses jurídico-privados nos termos e limites legalmente fixados. [...] Ao poder directo e imediato que o titular de um direito real tem sobre a coisa objeto do seu direito corresponde a obrigação de todas as pessoas o respeitarem, nada devendo fazer que possa impedir ou dificultar seu exercício. São, portanto, direitos de exclusão (*iura excludendi*) e sua eficácia é *erga omnes*. Esta característica é uma das razões determinantes do princípio da

tipicidade ou *numerus clausus*, e dela deduzem-se outros como a seqüela e a permanência.<sup>128</sup>

Não obstante autores como Wilson de Souza Campos Batalha, Darcy Bessone de Oliveira Andrade, Frutuoso Santos, Silvio Rodrigues<sup>129</sup>, dentre muitos outros, tenham se dedicado ao tema, mormente a partir da década de 1950, assiste a Orlando Gomes o mérito de, pioneiramente, ter se devotado com profundidade ao estudo científico do compromisso de compra e venda, enxergando cedo, à luz da doutrina estrangeira, os problemas dogmáticos e teóricos da modalidade contratual que caíra no gosto do mercado. Também José Osório de Azevedo Júnior, com seu já clássico *Compromisso de Compra e Venda*<sup>130</sup> a partir da década de 1970 tem sido referência segura na investigação do tema.

Num sistema jurídico como o brasileiro, em que a propriedade imobiliária se transmite pela transcrição do título aquisitivo de domínio no álbum imobiliário<sup>131</sup>, por forma, em regra<sup>132</sup>, pública, é intuitivo vislumbrar nos contratos imobiliários não revestidos de tais solenidades uma natureza meramente preparatória da escritura pública de venda e compra, que, nessa acepção, diga-se, simplista, representaria o contrato principal. O próprio Código Civil Brasileiro, em uma leitura apressada e

---

128 JUSTO, A. Santos. *Direitos Reais*, Coimbra, 2002, Coimbra Editora, p.12 e 15.

129 Respectivamente, *Loteamentos e Condomínios, 1959; Da Compra e Venda; Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóveis Não-Loteados, 1951; Direito das Coisas, 1972, Apud, AZEVEDO JR, José Osório de. Compromisso de Compra e Venda, 4ª edição, São Paulo, 1998, Malheiros, p. 19.*

130 Malheiros, 1ª Edição de 1979.

131 Diferentemente, por exemplo, do Direito Francês, em que se transmite pelo contrato, como informa Ruy Rosado de Aguiar Júnior: *O Código de Napoleão aceita o consensualismo para a transmissão da propriedade, sem a necessidade de tradição efetiva. No Brasil a transferência da propriedade dos bens móveis depende da tradição; a dos imóveis de registro do título aquisitivo. Temos um sistema que mais se assemelha do Direito alemão.* (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Os Contratos nos Códigos Civis Francês e Brasileiro*. <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/8404/7970>>.

132 Diz-se *em regra* porque, no Direito atual, a aquisição de bens imóveis de valor igual ou inferior a trinta vezes o maior salário mínimo nacional, dispensa a forma pública, sendo o próprio contrato particular de compra e venda passível de registro imobiliário, com efeito de transferência de domínio. É a dicção do artigo 108 do Código Civil Brasileiro: Art. 108. *Não dispondo a lei em contrário, a escritura pública é essencial à validade dos negócios jurídicos que visem à constituição, transferência, modificação ou renúncia de direitos reais sobre imóveis de valor superior a trinta vezes o maior salário mínimo vigente no País.*

parcial sugere tal conclusão, ao estabelecer idêntica lógica jurídica em seus artigos 463 e 464 para disciplinar o contrato preliminar, e em seus artigos 1417 e 1418 para disciplinar os direitos do promitente comprador.

Contudo, as coisas assim não se passam.

O desenvolvimento do instituto desde seus primórdios até o momento presente revela que pelo menos uma das variações da modalidade contratual em debate suplantou a condição de ato preliminar, para assumir a condição de ato jurídico autônomo e capaz, em si mesmo, de proporcionar a transferência da propriedade imobiliária, na medida em que transmite de plano os seus mais elementares e essenciais atributos, e dota seu titular de meios de fazer prescindível a própria escritura pública de compra e venda.

Então, pode-se estruturar o negócio jurídico de *compromisso* ou de *promessa*<sup>133</sup> de compra e venda, em regra, como modalidade de contrato preliminar, de cujas peculiaridades intrínsecas derivarão sua condição de contrato preliminar *próprio* ou *impróprio*. Estes últimos correspondem à referida variação mais evoluída, extrapolando a condição de dependência e acessoriedade, para representar contrato definitivo em si mesmo. Orlando Gomes anota:

A promessa de venda identificada por essas peculiaridades seria contrato preliminar impróprio, isto é, negócio jurídico diferente do contrato propriamente preliminar, que, verdadeiramente, não consistiria em promessa recíproca de contratar. Para distingui-lo da promessa de venda propriamente dita, poder-se-ia denominá-lo compromisso de venda.<sup>134</sup>

Os contratos preliminares próprios são os chamados *pactum de contrahendo* no qual as partes alinhavam as diretrizes de negócio jurídico a ser celebrado no futuro, em regra, vinculados a condição ou termo. Para a finalidade de conclusão do negócio jurídico principal, as partes são chamadas a manifestarem vontade válida,

---

133 As expressões não são ontologicamente idênticas, como bem ressaltam Orlando Gomes e José Osório de Azevedo Júnior, porém são aqui empregadas de forma propositalmente alternativa, numa acepção de abrangência máxima, de gênero, para em seguida delinear suas espécies. É cautela que se faz especialmente recomendável em virtude de o Código Civil Brasileiro de 2002 ter empregado a expressão *promessa de compra e venda*, enquanto a dogmática especializada há muito se empenha em asseverar a autonomia do *compromisso*, em contraposição à relação de dependência e acessoriedade entre *promessa* de compra e venda e contrato (escritura) de compra e venda.

134 Op. Cit. p.243.

uma vez mais, porém com conteúdo volitivo mais denso do que manifestaram antes<sup>135</sup>, por ocasião da celebração do contrato preliminar próprio. Vê-se aqui, com clareza, que a eventual não conclusão do contrato principal, advindo o temo ou se implementando-se a condição, representa violação da obrigação de natureza pessoal, situando-se no plano geral da inexecução das obrigações, e rendendo efeito, por isso, em regra, à resolução em perdas e danos.

A obrigação final é de fazer (celebrar o contrato), e uma vez inadimplida, *tende a gerar*<sup>136</sup> direito ao arbitramento de compensação pecuniária, se esta já não estiver pré-fixada por força de arras penitenciais, em contrato preliminar para o qual se tenha estipulado possibilidade de arrependimento.

Muito diferente se passa com os contratos preliminares impróprios, *verbi gratia* o compromisso irretratável de compra e venda imobiliária. Nestes, por se fazer presente a circunstância de sua irretratabilidade, e por ter sido opção política do legislador pátrio atribuir-lhe força jurídica de direito real à aquisição forçada no caso de inércia ou recusa do comprometente vendedor, desde que quites preço e despesas de transferência (e segundo alguns, desde que registrado junto ao álbum imobiliário), o chamado *contrato principal* é desprovido de densa carga volitiva, perdendo relevância material e mesmo funcional.

Sua natureza jurídica sofre, então, fundamental transmutação, assumindo plenas feições de contrato principal, de efeitos reais<sup>137</sup> materialmente autônomo em relação à escritura pública de compra e venda, e portador de eficácia jurídica de envergadura capaz de fazer prescindir, em situações extremas, a própria outorga da escritura de compra e venda, porquanto lhe é reservado o direito de obter junto ao Estado juiz providência equivalente, a saber, sentença de suprimento da escritura pública.

É certo afirmar que ao outorgar a escritura de compra e venda nada mais faz o vendedor senão ratificar vontade que exarara anteriormente, e, o mais importante:

<sup>135</sup> Se é que, ao firmarem contrato preliminar, de fato, emitiram alguma forma de vontade.

<sup>136</sup> Preferimos afirmar que *tende a gerar* e não que *gera* direito ao arbitramento de compensação pecuniária, pois, a despeito da mais absoluta coerência científica da construção segundo a qual contratos preliminares próprios resolvem-se em perdas e danos e contratos preliminares impróprios geram direito ao cumprimento do contrato, e, tratando-se de compra e venda imobiliária, geram direito real de aquisição, o Código Civil de 2002 preferiu equiparar as duas figuras, disciplinando-os de forma idêntica, que se depreende de simples leitura dos artigos 463/464 e 1417/1418.

<sup>137</sup> O próprio direito real à aquisição.

vontade já externada de forma e satisfatória e definitiva, quando da celebração do compromisso irretratável de venda e compra.

Barbosa Lima Sobrinho foi dos que pioneiramente ousou identificar definitividade na vontade externada quando do compromisso de venda, e por conseguinte, a perda de importância do ato escritural, discursando:

[...] na forma atual do compromisso de compra e venda irretratável, com a exigibilidade da escritura e a inscrição do contrato, o consenso futuro é perfeitamente dispensável, e pode ser substituído por uma sentença judicial, ou por uma procuração irrevogável concedida ao próprio comprador. O segundo contrato, mesmo quando seja lavrado, não resulta de um novo consenso; limita-se a obedecer a uma obrigação já definitiva, irretratável e exigível. *É uma prestação de fato e não uma alienação.* Quanto aos direitos reais transferidos, são os mesmos, nos dois casos, e a escritura definitiva já não encontra nenhum direito real pra transferir, pois que posse, uso, gozo, disponibilidade da propriedade – a famosa “federação de direitos constitutivos do domínio” – tudo já foi objeto do primeiro contrato e já foi atribuído ao compromissário comprador. Chegamos assim ao absurdo de denominar contrato de compra e venda ao ato que efetiva uma obrigação de fazer, e compromisso de compra e venda ao que transfere todos os direitos reais sobre a coisa, que é objeto da transação.<sup>138</sup>

Também o magistério do mestre Orlando Gomes socorre, por sua clareza e objetividade:

As partes não se obrigam a dar o consentimento, eis que já foi dado, mas unicamente repeti-lo no instrumento próprio, na escritura pública indispensável. A assinatura deste instrumento é, simplesmente, a reprodução, sob forma pública, do primeiro negócio. Decorrem os efeitos do compromisso, que se apresenta, por conseguinte, como negócio jurídico definitivo, sem ter, obviamente, o cunho preliminar próprio dos pré-contratos, como o entende do Direito Fiscal.<sup>139</sup>

José Osório de Azevedo Júnior é feliz em enunciar a função lateral, de mera garantia, que se atribuiu ao domínio quando reservado pelo vendedor nos contratos de compromisso irretratável de venda e compra imobiliária mediante pagamento fracionado do preço:

---

138 SOBRINHO, Barbosa Lima. *As Transformações da Compra e Venda*. P.91, Apud AZEVEDO JÚNIOR, José Osório, *Op. cit.*, p. 22.

139 *Op. cit.*, p. 243.

O que se observa, então, é que o domínio em si mesmo foi utilizado apenas com finalidade de garantia (como acontece na venda com reserva de domínio e na alienação fiduciária), o que quer dizer que – no negócio entre as partes – o domínio perdeu sua posição de relevo, ficando apenas como garantidor do crédito. E, à medida em que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade junto ao compromitente vendedor, isto, é, aquela pequena parcela do poder de dispor, como que vai desaparecendo até se apagar de todo. Uma vez quitado o compromisso, os poderes elementares do domínio estão – em substância – inteiramente consolidados no direito do compromissário comprador, nada mais restando ao compromitente vendedor do que a obrigação (inexorável) de assinar uma escritura.<sup>140</sup> [...]

Disso deflui, com simplicidade, que a obrigação final nos chamados *contratos preliminares impróprios*, e especialmente no compromisso irretratável de compra e venda de bens imóveis não mais é simplesmente de *fazer* (celebrar o contrato principal), mas de *dar* (o domínio, por via solene, e em sua plenitude, visto que ao celebrar o compromisso, anteriormente, já dera os mais importantes elementares do domínio, exceto a forma solene).

José Osório de Azevedo Júnior, afirma com segurança:

A nós nos parece que o contrato de compromisso de compra e venda gera, fundamentalmente, uma obrigação de dar, uma obrigação de fazer, e uma vez inscrito, acarreta o surgimento de um direito real em favor do compromissário comprador.<sup>141</sup> [...] A obrigação de dar é assumida pelo compromitente vendedor no momento capital do negócio, isto é, por ocasião da assinatura do contrato, quando ocorre a única manifestação de vontade das partes.<sup>142</sup>

Clovis do Couto e Silva, também já o dizia: *Alem da obrigação de fazer, irradia o contrato a obrigação de dar posse. O credor pré-contratante possui hoje direito à posse do imóvel. Essa obrigação notoriamente é de dar.*<sup>143</sup>

---

140 *Op. cit.*, p.21.

141 *Op. cit.*, p. 26.

142 *Op. cit.*, p. 27.

143 SILVA, Clóvis V. do Couto. *A Obrigação com Processo*. São Paulo, 1976, p. 162, *Apud* AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. *Op. cit.*, p. 22.

Cada vez menos audíveis, na doutrina, vozes sustentando que a obrigação final, mesmo nos contratos irretratáveis, é de fazer. São poucas, mas existem, como se pode depreender do texto de Hércules Aghiarian, para quem:

Trata-se, contudo, em certo nível, inegavelmente de direito pessoal ou obrigacional, dado que a pretensão consiste em opor o direito à escritura definitiva ao titular do domínio, obrigado a fazer (*jus in persona*), e não à excussão direta sobre o bem (*jus in re*), independentemente da prestação de outrem, a par da antecipação da eficácia de direitos reais, quanto ao tratamento, em sede de natureza jurídico-imobiliária. Por certo, como se tem utilizado a terminologia adequada, trata-se de obrigação de fazer. Devendo-se lembrar, a todo o instante, que, no direito imobiliário brasileiro, a propriedade imóvel não se adquire com a simples tradição (não havendo o que se dar), mas pela transcrição do título, decorrente de um fazer específico (art.530, I, CC).<sup>144</sup>

E sendo obrigação de dar, o inadimplemento abre largas vias ao direito de exigir entrega do próprio objeto contratual, e não a aplicação das conseqüências e penalidades do inadimplemento de obrigações pessoais. Trata-se do direito real à aquisição, que é efeito direto do contrato de compromisso irretratável de venda e compra, ou, no dizer de Hércules Aghiarian a *antecipação da eficácia de direitos reais*<sup>145</sup>

Essa exigência, deduzida em Juízo, consiste na ação de adjudicação compulsória passível de gerar sentença judicial apta a substituir o próprio ato escritural, se preenchidos os requisitos legais: irretratabilidade; quitação do preço; e, segundo alguns, o registro imobiliário.

Vale, porém, a menção de ser bastante disseminado no Poder Judiciário brasileiro o emprego de sucedâneos processuais impróprios, a saber, a execução de obrigação de fazer com liturgia prevista pelos artigos 639 a 641 do Código de Processo Civil Brasileiro<sup>146</sup>; e a ação de cumprimento de obrigação de fazer com rito

---

144 AGHIARIAN, Hércules. Curso de Direito Imobiliário. Rio de Janeiro, 1997, p.92, Lumes Juris.

145 *Op. cit.*, p.91.

146 Art. 639 - *Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado*; Art. 640 - *Tratando-se de contrato, que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte, que a intentou, não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível*; Art. 641 - *Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.*

previsto pelo artigo 461 e parágrafo primeiro Código de Processo Civil Brasileiro<sup>147</sup>, nas situações nas quais estava ausente algum de seus requisitos legais; nos compromissos de compra e venda de imóveis não loteados, rurais, ou desprovidos de registro. Diz-se impróprio porque ambos os ritos disciplinam a obrigação de fazer, e razões de ordem dogmática não permitem conclusão outra, senão a de que a obrigação é de dar. Daí se poder concluir que, na necessidade de emprego de sucedâneo processual, a medida mais apropriada reside na ação para entrega de coisa, prevista pelos artigos 621 e seguintes do mesmo Digesto Processual<sup>148</sup>, que paradoxalmente é a menos utilizada.

Bem se vê que as considerações até o momento tecidas tangenciam sucessivamente o problema do registro imobiliário do compromisso irretratável de compra e venda, enquanto elemento necessário a caracterizar o contrato como de efeitos reais, e necessário para abrir vias à adjudicação compulsória.

É questão cuja latência não mais pode ser represada.

A despeito de sucessivos Diplomas legais terem pretendido sistematizar, aclarar e disciplinar a matéria, é fato que jamais foram de suficiente nitidez terminológica e, conseqüentemente, jamais houve consenso doutrinário e jurisprudencial a respeito.

No Decreto-Lei 58/1937, embora o artigo 16 assevere a prerrogativa distintiva de uso da ação de adjudicação compulsória em face de vendedor que se recuse a outorgar a escritura pública definitiva, desde quites o preço e demais impostos de transferência (sem outras condicionantes), os artigos 22 e 23<sup>149</sup>, em despreziosa

---

147 Art. 461 - *Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.*

§ 1º - *A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.*

148 Art. 621 - *O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo, será citado para, dentro de 10 (dez) dias, satisfazer a obrigação, ou, seguro o juízo (art. 737, II), apresentar embargos.*

149 **Art. 22.** *Os contratos, sem cláusula de arrependimento, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua [constituição](#) ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos [16](#) desta lei, [640](#) e [641](#) do [Código de Processo Civil](#). (Redação dada pela Lei nº [6.014](#), de 1973).* **Art. 23.** *Nenhuma ação ou defesa se admitirá, fundada nos dispositivos desta lei,*

sede de *disposições finais*, estabeleceram a exigência de registro como condição para a sua oponibilidade perante terceiros e, de forma infeliz, para a própria adjudicação forçada.

Construiu-se, a partir de então, em reação, rica orientação doutrinária no sentido de que o registro deveria ser entendido tão só como requisito para a oponibilidade perante terceiros, e não para o manejo de ação de adjudicação compulsória, e, *a fortiori*, não para a constituição de direito real (ou de efeitos reais ao direito pessoal, como preferem alguns). Essa elucubração científica foi encampada pela própria Lei 6766/1979, em seu artigo 25<sup>150</sup>, considerada pelos teóricos o triunfo da natureza real do contrato em si, e não de seu reflexo e não obrigatório registro público.

Arnaldo Rizzardo, renomado comentarista da Lei de Parcelamento do Solo Urbano, foi um dos que primeiro deu terminante leitura ao pré-falado artigo 25, lecionando precisamente no sentido da dispensabilidade do registro pra efeitos de adjudicação forçada:

O artigo 25 da Lei 6.766 veio fornecer apoio à interpretação acima (dispensabilidade do registro). Em seu conteúdo, dentro de uma redação defeituosa, dá o efeito específico, e parece único, do registro: confere direito real oponível a terceiros. É o objetivo do registro imobiliário a oponibilidade. Não se coloca o registro como condição para a adjudicação compulsória.<sup>151</sup>

Foi nesse cenário que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 239 de 28.06.2000, de clareza meridiana e de inegável coerência: *O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis*, em rota de colisão com orientação tradicional e firme do Supremo Tribunal Federal, bem estampada na Súmula 167 de 1963, para a qual: *não se aplica o regime do dec. Lei 58, de 19.12.37, ao compromisso de compra e venda não inscrito no registro imobiliário, salvo se o promitente vendedor se obrigou sem apresentação de documento comprobatório do registro por ela instituído.*

150 Art. 25. *São irrevogáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuem direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.*

151 RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de Compra e Venda e Parcelamento de Solo Urbano- Lei 6.766/79*. Porto Alegre, 1980.

a efetuar o registro, e na Súmula 413 de 1964, para a qual: o *compromisso de compra e venda de imóveis, ainda que não loteados, dá direito à execução compulsória, quando reunidos os requisitos legais*. Os requisitos legais eram a vedação ao arrependimento e o registro do contrato.

Finalmente ao tempo do advento do Código Civil Brasileiro, quando a celeuma parecia estar em vias de pacificação, e já se conheciam julgados esporádicos oriundos do próprio Supremo Tribunal Federal no sentido de abrandar a exigência de registro, o legislador surpreendeu negativamente a ordem jurídica nacional, tornando expresso e aparentemente sem meios de questionamentos de ordem exegética, a exigência do registro imobiliário para exercício do direito real à aquisição forçada.

Ao mesmo tempo em que veio reconhecer expressa e deliberadamente ao compromisso de compra e venda a condição de Direito real, o que se deu ao recepcionar o *direito do promitente comprador de imóvel* no rol exaustivo de seu artigo 1.225<sup>152</sup>, condicionou a própria aquisição do direito real de aquisição ao prévio registro imobiliário do contrato, como se infere dos artigos 1417 e 1418<sup>153</sup>.

A atribuição de *status* real ao compromisso de compra e venda é reveladora, e traz a reboque conseqüências teóricas e práticas as mais importantes, que o legislador, faltando, agora, ao dever de aderência, descuroou-se.

Ora, se há direito real à aquisição, é porque o contrato de compromisso de compra e venda, no qual o preço tenha sido integralmente pago, é o contrato final, e não um contrato preliminar. O novel Código Civil perdeu oportunidade propícia de reafirmar sua autonomia e definitividade elencando-o como espécie contratual apta a ensejar transferência de domínio, a exemplo do que fez com a “compra e venda” (artigos 481-532); permuta (artigo 533); doação (artigos 538-564) no Título VI do Livro I (Direito das Obrigações), e também perdeu o ensejo de aniquilar, vez por

---

152 Art. 1.225. São direitos reais: I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; **VII - o direito do promitente comprador do imóvel**; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; X - a anticrese; XI - a concessão de uso especial para fins de moradia; XII - a concessão de direito real de uso.

153 Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador **direito real à aquisição do imóvel**; Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

todas, a tendência equivocada de tipificá-lo como modalidade de contrato preliminar, cuja disciplina é similar, e habita o mesmo Código nos artigos 463 e 464<sup>154</sup>.

Rumou na contramão de toda a produção doutrinária e jurisprudencial concebida desde o Decreto-Lei 58/1937, referendada pela Lei 6766/1979, que se construiu no sentido de identificar no requisito “registro do compromisso de compra e venda” utilidade apenas para a finalidade de publicidade e oponibilidade *erga omnes*, e não uma providência essencial para haver compulsória adjudicação imobiliária em caso de mora ou recusa do compromitente vendedor em outorgar escritura pública respectiva.

Em seu artigo 1417, condicionou de forma absoluta o nascimento do direito real à aquisição ao prévio registro do compromisso de compra e venda no Cartório de Imóveis. Já em seu artigo 1418, cala-se eloqüentemente, assegurando o direito a pleitear judicialmente a aquisição compulsória, a quem já seja titular de direito real à aquisição; e este, por sua vez (o direito real à aquisição), adquire-se, a pautar-se pelo artigo antecedente, com o registro.

Então, o legislador poderia ter sido claro, mas não foi. É o fado da pouca clareza redacional que parece assombrar todos os diplomas legislativos concebidos para reger o compromisso de compra e venda.

Alentam as sábias palavras de Lafayette, pronunciadas ainda no Século XIX, encorajando ousar dizer que o Direito vai além das imperfeições e da estagnação legislativa:

As pessoas pouco familiarizadas com os estudos jurídicos acreditam que o Direito Civil, preso à letra dos textos, não é capaz de progresso, senão por via de reformas legislativas. Este modo de ver é incorreto. Certo, os textos não podem ser alterados senão por decretos do Poder Legislativo, mas a formação científica do direito caminha perpetuamente, não obstante a imobilidade da lei. O direito objetivo, isto é, os textos, as fontes, encerram princípios reguladores; esses princípios, porém, entregues à lógica dos jurisprudencistas e à casuística da prática, desabrocham de conseqüências em

---

154 Art. 463. *Concluído o contrato preliminar, com observância do disposto no artigo antecedente, e desde que dele não conste cláusula de arrependimento, qualquer das partes terá o direito de exigir a celebração do definitivo, assinando prazo à outra para que o efetive. Parágrafo único. O contrato preliminar deverá ser levado ao registro competente.*

Art. 464. *Esgotado o prazo, poderá o juiz, a pedido do interessado, suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, salvo se a isto se opuser a natureza da obrigação.*

conseqüências, tomam os mais largos desenvolvimentos e recebem aplicações surpreendentes.<sup>155</sup>

Em sentido muito próximo do que afirmou Léon Duguit:

*Soy de aquellos que piensan que el derecho es mutcho menos la obra del legisladoe que es producto constante y espontâneo de los hechos. Las leues positivas, los Códigos, pueden permanecer intactos en sus textos rigidos: poco importa; por la furza de las cosas, bajo la presión de los hechos, de las necesidades prácticas, se forman constantemente instituciones juridicas nuevas.*<sup>156</sup>

O legislador errou. O registro não torna o direito do compromitente comprador, quem tem seu preço pago, e cujo contrato não contempla possibilidade de retratação, mais ou menos real. Os efeitos reais dessa modalidade de compromisso de compra e venda advém de seus elementares, muito mais do que de sua previsão legislativa.

O direito real à aquisição deriva do fato de as partes externarem, quando da celebração do compromisso irretratável de compra e venda, vontade compacta, de eficácia máxima, que bem poderia ter sido externada no ato da escritura de compra e venda, não fosse pela circunstância marginal de não ser conveniente a um ou ambos os contraentes a prática do ato escritural. Essa conveniência pode ser o fracionamento do preço, mas também pode residir em um sem número de situações fáticas sem necessária relação com a integralização do preço.

Nada impede, e, aliás, é sobremaneira comum, que comprador e vendedor instrumentalizem o negócio jurídico e compra e venda por meio de compromisso irretratável, não obstante o pagamento à vista e conseqüente quitação do preço. Como negar ao compromissário comprador que não obstante tenha quitado à vista a aquisição imobiliária, não tenha celebrado desde logo escritura pública, direito real à obtenção futura da escritura? Que lógica há nisso?

---

155 PEREIRA, Lafayette Rodrigues, *Direito das Coisas*, Rio de Janeiro, 1877, Apud AZEVEDO JR, José Osório de. *Compromisso de Compra e Venda*, 4ª edição, São Paulo, 1998, Malheiros.

156 DUGUIT, Leon. *Las Transformaciones Generales del Derecho*. Editorial Heliasta. 1ª. Edição, p. 171, in < <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=565&p=2>> acessado em 05.06.2010.

Não é de se admirar, assim, que a comunidade jurídica questione com veemência o dispositivo legal, e sustente com autoridade a irrelevância do registro para a finalidade de aquisição do direito real à propriedade.

Essa é, por exemplo, a abalizada lição de Marco Aurélio Bezerra de Melo e Rui Rosado de Aguiar Filho:

Sabemos que as pessoas, quanto mais simples, menos atenção dão à forma e à exigência de regularizar seus títulos. A experiência revela que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis normalmente não são registrados. Não há nenhum óbice em atribuí-lhes eficácia entre as partes, possível mesmo a ação de adjudicação, se o imóvel continua registrado em nome do promitente vendedor.<sup>157</sup>

O Enunciado 95, da Primeira Jornada de Direito Civil do Conselho Federal de Justiça assim concluiu:

O direito à adjudicação compulsória (art. 1.418 do novo Código Civil), quando exercido em face do promitente vendedor, não se condiciona ao registro da promessa de compra e venda no cartório de registro imobiliário (Súmula n. 239 do STJ).<sup>158</sup>

É curial registrar, nessa toada, um segundo grande equívoco no qual incorreu o legislador de 2002, ao disciplinar o compromisso de compra e venda. Ao regradar o contrato preliminar em seus artigos 462 a 466, atribuiu-lhe efeitos idênticos aos que atribuiu aos contratos irretratáveis de compromisso de compra e venda, mutilando, assim, a robusta construção dogmática concebida e aprimorada por décadas para dissociar o compromisso irretratável de compra e venda, dos simples pré-contratos, promessas.

De fato, ontologicamente, a partir do Código Civil de 2002, se irretratáveis e registrados, tanto o contrato preliminar quanto o compromisso de compra e venda se equivalem, gerando, ambos, direito à celebração do contrato principal. Então, se o direito à aquisição da forçada era a nota de “real” dos compromissos de venda e compra irretratáveis (dos direitos do promitente comprador, no dizer do Título IX do Livro III), hoje já não mais o é. Também o simples pré-contrato, registrado e

---

157 AGUIAR JÚNIOR, Rui Rosado de; MELO, Marco Aurélio Bezerra, Revista Âmbito Jurídico, in <<http://www.ambito-juridico.com.br/pdfsGerados/artigos/6748.pdf>> acessado em 05.06.2010.

158 In <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=69](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=69)> acessado em 05.06.2010.

irretratável, gera direito à celebração compulsória do contrato definitivo, ou seja, no caso de venda e compra de imóveis, à aquisição imobiliária por meio de sentença translativa de domínio.

É oportuna a crítica sincera tecida por Nelson Rosenthal:

A nosso visor, o Código Civil não foi feliz ao filiar o contrato de promessa de compra e venda à modalidade do contrato preliminar. Basta pensar que ao tempo do adimplemento integral das prestações pelo promissário comprador, a propriedade que remanesce em poder do vendedor é apenas um resíduo formal do registro, pois as potencialidades materiais da coisa já se encontram a serviço do comprador. Duas conseqüências do regime são particularmente ingratas: a) o encarecimento do preço para a aquisição da propriedade, pois novos custos surgirão da necessidade de outorga de uma segunda escritura, agora de compra e venda; b) o próprio desinteresse do comprador em outorgar a escritura definitiva ou mesmo o seu falecimento ao transcurso do pagamento, o que implica na necessidade de ajuizamento de ação de outorga de escritura ou ingresso com pedido de alvará em inventário, o que demanda desperdício de tempo e custos, na própria contramão da diretriz da operabilidade, tão cara a Miguel Reale.<sup>159</sup>

Nesse cenário não é demasiado ousado duvidar que o legislador venha rever, cedo ou tarde a atual disciplina tanto na acerca da indevida identidade de tratamentos conferidas a contrato e a pré-contrato, quanto, principalmente, no tocante à indispensabilidade do registro, até pela persistente orientação jurisprudencial que insiste em brotar do Superior Tribunal de Justiça.

### 5.3. SUPERIORIDADE FUNCIONAL EM FACE DE SEUS SUCEDÂNEOS CONTRATUAIS

Apesar da imperfeição da sistemática legal vigente, é certo que o compromisso irretratável de compra e venda, de fato, guarda grande identidade com

---

159 ROSENTHAL, Nelson. *A Promessa de compra e venda no Código Civil de 2002*. In < [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vz7h4DQDMtUJ:www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ROSENTHAL\\_COMPR\\_A.doc+a+promessa+de+compra+e+venda+no+codigo+civil+de+2002&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vz7h4DQDMtUJ:www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ROSENTHAL_COMPR_A.doc+a+promessa+de+compra+e+venda+no+codigo+civil+de+2002&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br) > acessado em 06.06.2010.

a sociedade brasileira, e efetivamente se afigura a modalidade contratual mais eficiente e disseminada na compra e venda imobiliária.

Notadamente quando se trata da aquisição imobiliária mediante pagamento fracionado do preço, o compromisso irretratável de compra e venda é o instrumento convencional de mais simples contratação; o que mais eficientemente confere garantias a comprador e vendedor; ao menor custo; e, ao menos até o advento do Código Civil Brasileiro, quando imperava a dispensabilidade do registro, o que proporcionava essas conveniências de forma menos burocratizada.

À constatação desta assertiva, basta confrontá-lo com as três principais modalidades de instrumentação disponíveis para a compra e venda mediante pagamento fracionado do preço, a saber, a compra e venda com estabelecimento de condição resolutive expressa; a compra e venda com garantia de alienação fiduciária imobiliária; e a compra e venda com recursos de financiamento imobiliário, garantido por pacto adjeto de hipoteca<sup>160</sup>. Ver-se-á que das demais modalidades, nenhuma assegura equilíbrio de garantias entre os contraentes, tal como o compromisso de compra e venda faz. Nenhuma é dotada da funcionalidade que o democrático e popular compromisso irretratável de venda e compra possui em si mesmo.

A primeira modalidade posta em comparação é a compra e venda imobiliária com o estabelecimento de condição resolutive expressa, prevista pelos artigos 121, 474 e 475 do Código Civil Brasileiro<sup>161</sup>, e adotada pelo mercado em sucessão do vetusto *pacto comissório*.

Suas deficiências, em comparação com o compromisso irretratável de compra e venda, se iniciam pela impossibilidade de adotar, em regra, a forma particular. Assim, exceto se o valor da compra e venda for inferior a trinta vezes o menor

---

160 Vale transcrever o artigo 17 da lei 9514/1997 ao disciplinar as garantias possíveis nos contratos de financiamento imobiliário: Art. 17. *As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por: I - hipoteca; II - cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis; III - caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis; IV - alienação fiduciária de coisa imóvel. § 1º As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos [...].*

161 Art. 121. *Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto; Art. 474. A cláusula resolutive expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.*

salário mínimo regional – o que raramente ocorre –, a forma pública é de rigor, nos precisos termos do artigo 108 do Código Civil Brasileiro. E cuidando-se de escritura pública de compra e venda, é indispensável para a constituição e transmissão do direito real, segundo dicção do artigo 1227 do mesmo Código<sup>162</sup>, o registro imobiliário, para o qual concorrem custas e emolumentos de escrituração, imposto sobre a transmissão de bens inter vivos; taxas<sup>163</sup>, despesas com a obtenção de certidões obrigatórias; e custas e emolumentos com o registro imobiliário, onerando sobremaneira a operação imobiliária ao comprador, não raro já premido pela escassez de recursos que lhe impediram de adquirir o bem imóvel à vista.

Mas também ao vendedor a compra e venda a prazo com estabelecimento de condição resolutive revela-se, no mais das vezes, arriscada. É que o negócio jurídico de venda e compra é ultimado no ato, com a outorga de escritura pública de compra e venda, sem ultimada estar a contrapartida contratual, qual seja, a recepção integral do saldo do preço. Vale dizer que, no caso de inadimplemento da obrigação pecuniária, a missão do vendedor será a de obter judicialmente sentença de cancelamento do registro imobiliário, antes mesmo de postular a reintegração da posse e demais consectários rescisórios.

Impende considerar, ademais, que tendo transferido não só posse, mas também domínio em plenitude ao comprador, inviável será a inserção, pelo vendedor, de cláusula de vedação à introdução de benfeitorias, ou de sua indenizabilidade e afastamento do direito de retenção condicional da indenização. Abundam no cotidiano forense processos judiciais com escopo de rescisão de compra e venda por implementação de condição resolutive, tramitando por muitos anos, mercê da apuração pericial de benfeitorias; enfrentamento de embargos de retenção; e muitas vezes redundando na frustração na retomada da posse imobiliária por falta de condições econômicas do vendedor de indenizar previamente benfeitorias, não raro, duvidosas.

Nessa perspectiva a superioridade prática do compromisso irretratável de compra e venda é de todo evidente: ao comprador pela desnecessidade de usar da

---

162 Art. 1.227. *Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (artigos 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.*

163 No Estado do Paraná incide a taxa “funrejus” – Fundo de Reparcelamento do Poder Judiciário, criado pela Lei 12.216 de 15.07.1998.

forma pública, e despender dos vultosos recursos consecutórios do ato escritural, notadamente se não o levar a registro imediato; ao vendedor porque, havendo inadimplemento do pagamento do preço, seja por força do Decreto-Lei 58/1937 e da Lei 6766/1979 para o caso dos imóveis loteados; ou por força da Lei 649/1949 e Decreto Lei 745/1969 para o caso dos não loteados, sua pretensão será precipuamente a de reintegração de posse e de composição das verbas rescisórias, sem a necessidade de deduzir pretensão constitutiva negativa, sabidamente complexa e demorada.

Outra modalidade contratual a ser posta em comparação com o compromisso irretratável de compra e venda, e que vem ganhando considerável volume no mercado imobiliário, mormente nos contratos financiados por instituições bancárias, é a compra e venda imobiliária com garantia de alienação fiduciária imobiliária, disciplinada especialmente pela lei 9.514/1997<sup>164</sup>.

Pelo negócio jurídico de alienação fiduciária imobiliária, o devedor (na hipótese, o comprador) transfere ao credor (na hipótese, o vendedor, ou o agente financeiro financiador da compra), com escopo de garantia, a propriedade resolúvel do imóvel, que permanecerá no patrimônio do credor até o pagamento da obrigação. Tal contrato, que pode ser celebrado por pessoas físicas e jurídicas, e que se perfaz por escritura pública, ou por contrato particular com força de escritura pública, deve ser levada a registro no álbum imobiliário, sob pena de não se constituir.

O gosto do mercado imobiliário e financeiro por essa figura guarda relação direta com a celeridade e dos procedimentos de excussão, no caso de seu inadimplemento. É que, não paga da a obrigação na forma e data aprazada, é dado ao credor (vendedor ou agente financeiro) constituir em mora o devedor através de notificação encaminhada pelo próprio oficial de Registro de Imóveis no qual se ache inscrita a matrícula imobiliária e o respectivo contrato de alienação fiduciária em garantia, com prazo de quinze dias para a elisão da mora, e não ocorrendo esta, o próprio Oficial de registro de imóveis certifica o fato e consolida a propriedade em mãos do credor. Em 30 dias o credor poderá (deverá) promover dois leilões extrajudiciais, sendo que no primeiro o imóvel pode ser arrematado por seu valor atualizado, e no segundo pelo valor da dívida. Sem lançadores, o credor dá por

---

<sup>164</sup> Ementa: *Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências.*

quitada a dívida e fica como imóvel para si definitivamente, usando de ação judicial de imissão na posse ou de reintegração na posse, observado o rito especial dos artigos (rito especial da lei 9.514/1997), conforme o caso.

A eficiência do procedimento agrada às instituições bancárias, mas tende a desagradar os consumidores, como anota Cláudia Lima Marques.

Para o consumidor, parece-me, salvo melhor juízo, altamente prejudicial a criação desta nova base de direito real (propriedade fiduciária de imóvel) pois a possibilidade de alienação fiduciária a “sonhada casa própria” beneficia desnecessariamente o fornecedor-credor, ao evitar o atual trâmite judicial exigido para as hipotecas. No novo sistema, o fiduciante, isto é, os fornecedores indiretos (bancos e outros financiadores da construção) ou fornecedores diretos (construtores, bancos, e financiadores diretos do negócio como consumidor) como credor fiduciário imobiliário, pode beneficiar-se do rápido e eficaz processo típico da alienação fiduciária, o qual permite a retomada do bem imóvel, como despejo do consumidor e sua família, se o devedor em mora e posterior venda em leilão. [...] a recente instituição por lei desse novo direito real de propriedade fiduciária parece ter como fonte inspiradora apenas a vontade do Estado de beneficiar ou privilegiar os fornecedores do setor imobiliário, especialmente os bancos e agentes financiadores privados, para que encontrem maior facilidade na cobrança de seus créditos e na retomada de imóveis dados em garantia. Esse desenvolvimento legislativo parece-me na contramão da história. A jurisprudência de ponta européia é toda no sentido de impor maior respeito aos direitos humanos dos devedores-bancários justamente quando da exigência de garantias de rápida execução, garantias perigosas para o consumidor, que nem sempre consegue perceber que perderá a posse do imóvel com o não pagamento até de uma parcela, como permite o art. 26 da lei brasileira de 1997, sempre que houver específica previsão contratual a respeito e o consumidor for constituído em mora.<sup>165</sup>

A lógica econômica deveria constituir-se em robusto argumento contra semelhante forma de colocar a questão, simplesmente porque a redução da inadimplência e a efetividade dos meios de combatê-la têm, no mundo inteiro, influência direta sobre o crédito.

Nesse sentido, é válida a lição de Judas Tadeu Grassi Mendes, elencando os quatro principais fatores definidores das altas taxas de juros no Brasil, dentre eles a inadimplência:

---

165 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 173.

Um dos aspectos mais importantes sobre a taxa de juros no país diz respeito à disparidade, ou seja, à grande discrepância que existe no *spread* bancário, que é a diferença entre a taxa de captação (taxa de juro recebida pelo aplicador) e a taxa de aplicação das instituições financeiras (taxa de juros cobrada pelos bancos para financiar o tomador, que pode ser uma empresa ou um consumidor). Um aplicador em fundos de renda fixa recebe em torno de 1,2% ao mês, as empresas pagam ao redor de 4% ao mês e o consumidor tem de pagar acima até de 7% ao mês. Essa enorme diferença é explicada, em grande parte, pelos seguintes fatores: a) sobre a taxa que remunera a aplicação incidem impostos como o Imposto de Renda na fonte (20%) e o Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) pelo menos nas aplicações com menos de 29 dias; b) a chamada cunha fiscal, que são vários impostos e contribuições sobre operações e instituições financeiras, tais como: Finsocial, PIS, Contribuição Social, Imposto de Renda, IOF, Imposto sobre o Lucro Líquido e CPMF; c) o elevado custo operacional dos bancos do Brasil, que é muito maior do que nos países desenvolvidos; d) *alta taxa de inadimplência, que faz com que haja repasse para as taxas de juros pois o risco é maior.*<sup>166</sup>

Mas, no Brasil, esse vetor não exerce o mesmo influxo. Embora seja saudável a existência de mecanismos de forte combate à inadimplência, por tender a baratear o crédito em consequência da minoração de riscos das operações financeiras relacionadas à aquisição de bens imóveis, o que se verifica do ponto de vista empírico, no mercado financeiro no Brasil, é que as taxas de juros praticadas não sofreram redução significativa se comparadas aos anos anteriores, especialmente, a 1997, quando se usavam apenas os pactos adjetos de hipoteca como garantia do valor financiado.

Dito de outra forma: não se tem notícias de que a celeridade e a efetividade promovidas pelo procedimento extrajudicial de excussão do bem sobre o qual recai a garantia fiduciária tenha baixado as taxas de juros praticadas sob o império das hipotecas – ferramenta jurídica usada até então, que corresponde à terceira figura a ser posta em confronto com o compromisso irrevogável de compra e venda – no qual o credor hipotecário sempre teve extrema dificuldade em executar o bem imóvel e ver solvido seu crédito, e no qual a inadimplência era muito maior.

De fato, para efeitos de garantia de crédito imobiliário por instituições financeiras, as hipotecas eram constituídas por meio dos instrumentos particulares, com caráter de escritura pública, admitidas na forma do artigo 61 e parágrafos da Lei 4.380, de 21 de agosto de 1964, alterada pela Lei 5.049, de 29 de junho de 1966. No

---

<sup>166</sup> MENDES, Judas Tadeu Grassi. *Economia Empresarial*, Curitiba: 2002, p. 133-134. Destaque não original.

caso de inadimplência o credor hipotecário via-se na contingência de promover processo de execução hipotecária, invariavelmente combatido por processo de embargos à execução dotado de efeito suspensivo, e usualmente associados a ações revisionais de contratos concebidos à luz do Sistema Financeiro Habitacional (SFH), gerando quadros teratológicos de processos tramitando por mais de década, sem se lograr promover sua venda em hasta pública, durante os quais nem impostos e nem taxas de rateio de despesas condominiais costumavam ser pagas por mutuários inadimplentes.

As dificuldades e os riscos empresariais a que eram sujeitos os credores de financiamento imobiliário justificavam, em certa medida, o encarecimento do crédito, motivo pelo qual era de se esperar que a celeridade extrema da alienação fiduciária imobiliária em garantia implicasse, também em certa medida, em barateamento do crédito imobiliário. Mas, como já afirmado, não foi o que se viu. A conduta dos agentes financeiros no Brasil parece estar infensa à lógica econômica segundo a qual a inadimplência e o risco das operações influenciam fortemente a taxa de juros.

Nesse viés, o amoldamento do contrato de alienação fiduciária imobiliária em garantia à função social que deve permear toda a atividade contratual – que bem poderia residir na facilitação da aquisição imobiliária a preços fracionados, com crédito a baixo custo – revela-se bastante difícil na atualidade, notadamente pelo fato de as instituições bancárias nacionais, à unanimidade, terem optado pelas vantagens e rigores da modalidade, sem redução do custo do crédito habitacional, o que seria uma contrapartida legitimadora.

Outra inconveniência da alienação fiduciária em garantia, quando esta recai sobre o próprio imóvel objeto da aquisição imobiliária, situa-se na necessidade de movimentar dois procedimentos sucessivos, um administrativo que se estende até a transferência definitiva de domínio ao credor ou a eventuais arrematantes; e um judicial, para obter a imissão ou reintegração na posse do imóvel, pois inobstante o devedor (comprador) perca o domínio que anteriormente detinha, não perde a posse direta de forma automática, sendo de rigor, exceto em casos de desocupação voluntária, o ajuizamento de medida judicial possessória, sujeita às mesmas vicissitudes de qualquer demanda posta em Juízo.

Se a solução de direito é inegavelmente facilitada pelo rito administrativo inato à modalidade contratual em comento, a solução prática, no mundo dos fatos – necessária para que se possa dizer *solução* – depende de processo judicial, da

mesma forma que dependia a execução hipotecária; a demanda por cancelamento de transferência de domínio por complemento da condição resolutive, e demais ações judiciais usualmente empregadas.

Nessa perspectiva é que se pode afirmar seguramente que o contrato de compromisso irretratável de venda e compra credencia-se com múltiplas e inegáveis vantagens em relação a seus principais sucedâneos para efeitos de instrumentalizar a compra e venda imobiliária mediante pagamento fracionado do preço. Senão, veja-se:

Contrata-se por instrumento público ou particular, tal como a alienação fiduciária imobiliária, mas leva vantagem nesse quesito por ser mais popular e disseminado em todos os níveis sócio-econômicos do país, que faz do compromisso irretratável de compra e venda acessível a particulares pessoas físicas.

Se não transfere de imediato a propriedade do vendedor ao comprador, como fazem a compra e venda com condição resolutive expressa, e a compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, projetam robusto direito real à aquisição, que segundo melhor dicção doutrinária, dispensa o próprio registro imobiliário, indispensável para as referidas modalidades contratuais.

Inadimplido, abre largas vias à rescisão contratual, por ação judicial na qual se cumulam pretensões declaratória de rescisão contratual por culpa, e de reintegração na posse<sup>167</sup>, ganhando em celeridade, em relação às execuções hipotecárias, e, quiçá em relação às próprias excussões extrajudiciais derivadas dos contratos de alienação fiduciária imobiliária em garantia. É que o diferencial de celeridade dessa modalidade situa-se no plano do domínio, executado administrativamente, mas não necessariamente se faz presente no plano da posse, cuja obtenção se sujeita a procedimentos judiciais de natureza possessória, para os quais há previsão de liminar antecipatória específica, que, entretanto, são não raro negadas no dia a dia forense.

A necessidade de demandar judicialmente pela rescisão contratual e retomada da posse, nos contratos de compromisso irretratável de compra e venda infringidos, embora sugira ser desvantajoso em relação ao moderno procedimento extrajudicial de excussão do imóveis garantidos por contratos de alienação fiduciária imobiliária, se bem analisada pela lente da equidade, revela o benefício de

---

167 Ou demais sucedâneos possessórios, aferíveis casuisticamente.

possibilitar o exercício do saudável contraditório, e da tentativa de preservação do contrato mediante conciliação, mediada pelo Poder Judiciário, em respeito à incumbência legal de buscá-la constantemente<sup>168</sup>. Também sob o ponto de vista procedimental de atuação em caso de inadimplência, em comparação com as execuções hipotecárias, as demandas para rescisão de compromisso de compra e venda, quando necessárias, são sensivelmente mais céleres, até por se desenvolverem em únicos autos, diversamente do vetusto binômio execução-embargos.

Tais características, aliadas à extrema difusão social do instituto; ao prestígio jurídico conferido a ele pelo legislador; e ao grande número de negócios jurídicos de compra e venda à prazo celebrados diariamente por meio dos instrumentos de compra e venda irrevogável, faz dele um contrato altamente funcionalizado e, da forma como vem sendo operado, essencial à missão constitucional de acessibilidade à moradia digna a todos os brasileiros.

---

168 Vide artigos 125 inciso IV; 277; 331; e 447 do CPC.

## CONCLUSÕES CRÍTICAS

A inserção do direito à moradia digna no catálogo constitucional dos direitos fundamentais sociais, desnuda uma chaga social de grandes proporções e inquieta toda a sociedade, pois não mais é possível escamotear o problema e postergar uma solução, a qual passa, antes, pela solução da crise da própria cidadania à qual o Brasil se acha entregue.

A questão habitacional deita raízes em mazelas sociais originadas ainda no Brasil império, todas com a nota comum da exclusão social.

Se não há moradias em condições dignas, suficientes para atender a uma demanda demográfica grande e crescente, é porque o país nunca logrou promover adequada distribuição de renda, a qual, por seu turno, depende essencialmente de educação, que proporciona *qualificação profissional* para o povo, e com ela os meios de consecução dos bens da vida, dando opção viável à marginalidade; proporciona *informação, instrução e cultura*, importantes para a contenção da corrupção e para melhoria dos níveis de eficiência e transparência da administração pública, eleita e fiscalizada, então, por voto popular consciente; e proporciona *tecnologia* necessária para levar a todos os níveis sociais conforto e segurança hoje limitados a determinadas classes sociais, e também limitados, sob o ponto de vista geográfico mesmo, a determinadas regiões no país, e notadamente regiões dentro das cidades.

Se é certo afirmar que ao Poder Público – que arrecada tributos e os deve empregar a serviço do bem comum – compete promover políticas sociais aptas a levar educação a todos os brasileiros; erradicar a pobreza; democratizar os frutos da tecnologia; promover e distribuir renda, menos certo não é que, no que toca à concretização do direito fundamental social à moradia, não o fará satisfatoriamente sem a colaboração determinante do mercado e de seus agentes.

Mas o mercado segue sua própria lógica: a da busca pelo melhor resultado econômico, e essa prerrogativa é amparada pela própria ordem constitucional, desde que observados, no contrato e na propriedade – veículos da atividade empresarial e da livre iniciativa – a função social. A questão econômica confrontada com a questão social revela que no campo da habitação o Poder Público deve atuar

de forma lateral, facilitando e motivando o desenvolvimento de atividades mercantis e empresariais que atendam a essa demanda, não intervindo, mas fomentando.

Propôs-se, nesta dissertação, investigar o ferramental contratual existente na ordem jurídica brasileira para a aquisição imobiliária, em busca daquele mais funcionalizado, quiçá ousando propor ajustes para sua otimização. Para tanto se investigou as causas e efeitos da crise da habitação no Brasil; os contornos do direito fundamental social à moradia digna, não ignorando que o mesmo satisfaz-se também em imóvel não próprio, mas reafirmando com segurança a grande importância subjetiva da moradia em imóvel próprio, por ser referencial de vida, benéfico não apenas à família singularmente considerada, mas a toda a sociedade brasileira; enveredou-se pela nova leitura civil-constitucional do contrato e da propriedade, partindo das origens da relativização do dogma da vontade, para concluir-se que a própria atividade empresarial, por meio desses seus dois principais agentes, só será legítima se estiver claramente afinada com a função social, a qual se revela no princípio maior da dignidade da pessoa humana. Assim, toda a atividade empresarial que não guarde respeito à condição humana, em sua mais variada e ampla acepção, seja nos meios empregados, seja na finalidade almejada, embora formalmente legal, carece de legitimidade, e não deve ser motivada, facilitada, podendo até, por vezes, ser banida, apesar das garantias da ordem econômica.

Finalmente, enveredou-se no núcleo dogmático do contrato de compromisso irretratável de compra e venda, analisando em minudência a evolução legislativa em seu entorno, sempre referenciados pela condição de contrato em si, distante da figura do pré-contrato, e por seu reflexo direito real à aquisição compulsória, analisando ainda a função do registro imobiliário do respectivo instrumento contratual.

Concluiu-se em resposta ao problema da pesquisa científica, sob a forma de diálogo entre os principais contratos imobiliários, que o Brasil já dispõe de aparato contratual rico e tecnicamente sólido, encontrando no compromisso irretratável de compra e venda o elo de ligação entre dois pólos axiológicos de envergadura constitucional: de um lado o respeito à liberdade de contratar e o respeito à propriedade provada inclusive para ser livremente transmitida segundo os nortes econômicos; e de outro lado a funcionalização do contrato e da propriedade, que por seu intermédio passa de mãos em condições facilitadas reveladas por fracionamento

do preço, conferindo elevada segurança tanto a vendedor quanto a comprador, e, o mais importante, com os benefícios da versatilidade e facilidade de sua contratação, que faz dele um contrato extremamente democrático.

O compromisso irretratável de compra e venda imobiliária, mediante pagamento parcelado do preço, é indubitavelmente o mais funcionalizado dos contratos brasileiros para a transferência de domínio. Mas pode, sem embargo, ser, ainda, lapidado.

O legislador de 2002 embora aparentemente imbuído de boa intenção, não foi feliz em diferenciar o contrato preliminar, do contrato de compromisso irretratável de compra e venda, o que se percebe pela simples leitura do regramento de ambos os institutos no Código Civil Brasileiro (artigos 463 a 465 para os contratos preliminares, e artigos 1417 e 1418 para o contrato de *promessa* irretratável de compra e venda), negligenciando a sólida e rica construção científica acerca dos efeitos das obrigações pessoais (inatas aos contratos preliminares) e das obrigações reais (características dos contratos imobiliários no qual não se tenha pactuado a possibilidade de arrependimento).

Também andou mal, ignorando a construção doutrinária de mais de setenta anos no sentido da dispensabilidade do registro imobiliário para efeitos de existência de direito real à aquisição, fazendo integrar expressamente o texto legal, a obrigatoriedade do registro do compromisso irretratável de compra e venda imobiliária, o que indubitavelmente representa sensível barreira burocrática presente na compra e venda imobiliária clássica, cuja solução, para grande parte da população brasileira, residia nas facilidades do compromisso particular e irretratável de compra e venda.

Ao passar a exigir *por decreto* o registro imobiliário do contrato, para efeitos de reconhecer-lhe como figura geradora do direito real de aquisição, o legislador aniquilou boa parte dos méritos e vantagens desta modalidade contratual em relação à compra e venda com estipulação de condição resolutiva, à compra e venda com pacto adjeto de hipoteca, e à própria compra e venda garantida por alienação fiduciária imobiliária. Ou seja, paradoxalmente, a própria lei cerceou a principal nota de funcionalidade do compromisso irretratável de compra e venda, tornando-o, também, um contrato burocratizado e caro, por força das custas, emolumentos, e tributos que antes incidiam somente por ocasião da ratificação da vontade em sede de escritura definitiva, ou do ajuizamento de ação de adjudicação compulsória.

Seria extremamente saudável aos nortes constitucionais de acessibilidade ao imóvel próprio e funcionalidade dos contratos e da propriedade, e, de resto, para a dogmática contratual, que o regramento do instituto fosse reformado, extirpando-se do artigo 1417 da Lei 10.406/2002 a locução “*e registrada no Cartório de Registro de Imóveis*”, por não ser o registro que lhe confere a natureza real, mas sim sua definitividade enquanto contrato em si próprio, sem direito a arrependimento, e conseqüentemente, sem possibilidade de resolução em perdas e danos. Demais disso, o registro imobiliário e os atos burocráticos conseqüentes do registro, distanciam o contrato, que já foi extremamente popular, daqueles que dele mais necessitam.

Também os artigos 463 e 464 da Lei 10.406/2002 não parecem guardar fidelidade científica com sua condição de pacto preliminar. Ora, se o contrato é preliminar, a vontade deve ser externada novamente quando da celebração do contrato em si mesmo, diversamente do que acontece com o contrato (e não pré-contrato) de compromisso irretratável de compra e venda, no qual a vontade não é externada, mas praticado ato formal de mera ratificação do componente volitivo. A inexecução de uma obrigação pessoal, no contrato preliminar, ou seja, o não cumprimento da obrigação pessoal de contratar não pode dar azo a efeito de obrigar a parte a manifestar vontade, ou seja, obrigá-la a contratar. Não contratado, como prometido, resolve-se em perdas e danos. A irretratabilidade não se coaduna com a condição de preliminar.

É nessa linha de compreensão que os artigos 463 e 464 não devem integrar o regime dos contratos preliminares, devendo, a bem da boa técnica legislativa e do rigor científico, ser removidos da Seção VIII do Título V do Livro I<sup>169</sup> da Parte Especial do Código Civil Brasileiro, para habitar a Seção I do Título V do Livro I<sup>170</sup> da mesma Parte Especial, reafirmando a irretratabilidade como um atributo da proposta, que como tal, obriga o proponente em todos os seus termos<sup>171</sup>. E mesmo nesse cenário *de lege ferenda*, o registro da proposta irretratável se afigura injustificado.

Fiel ao viés de fomentar atividade mercantil e empresarial harmonizada com a erradicação do problema habitacional no país, o legislador deve facilitar e não

---

169 Do Contrato Preliminar

170 Considerações preliminares aos contratos em geral.

171 Artigo 427 do Código Civil Brasileiro.

burocratizar os negócios jurídicos de transmissão de propriedade imobiliária, notadamente aqueles que aparatam a convenção de pagamento fracionado do preço.

As humildes sugestões aqui tecidas não objetivam mais do que contribuir para um saudável diálogo crítico no âmbito da comunidade jurídica, quiçá, ecoando em nossos legisladores.

## REFERÊNCIAS

- AGHIARIAN, Hércules. **Curso de Direito Imobiliário**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- AZEVEDO JR, José Osório de. **Compromisso de Compra e Venda**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARCELLOS Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro**. Disponível em:  
[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Direito Constitucional Contemporâneo: Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Contratos Comerciais**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BOBBIO, Norberto. **Nem com Marx, Nem contra Marx**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Unesp, 2004.
- CANDEAS, Ana Paula Lucena da Silva. **Valores e o Judiciário. Os Valores Recomendados pelo Banco Mundial para os Judiciários Nacionais**. In Revista Semestral da AMB, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CAPRA, Fritjof. **O Ponto de Mutação**. Cultrix, 1983.
- CHALHUB, Melhim Namem. Posse: nova garantia Imobiliária. In Revista de Direito Imobiliário, nº46, ano 22, janeiro/junho de 1999.

CHESNAIS, François. **A Mundialização do Capital**. Tradução de Silvana Finzi Foá. 1. ed. São Paulo: Xamã, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. **O Poder de Controle na Sociedade Anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. v. 1. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. v. 5. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

DUGUIT, Leon. **Las Transformaciones Generales del Derecho**. Editorial Heliasta. 1. ed., p. 171. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=565&p=2>. Acessado em: 05 jun 2010.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo: A Luz do Novo Código Civil Brasileiro**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Da Propriedade como Conceito Jurídico**. In Revista dos Tribunais, nº621.

\_\_\_\_\_. **Direitos Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana, e o Novo Código Civil: Uma Análise Crítica**.

FREITAS, José Carlos de. **Loteamentos Clandestinos: Uma Proposta de Prevenção e Repressão**. In: Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental n. 01.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FURTADO, Celso. **A Formação Econômica do Brasil**. 30. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2001.

GALLI, Leandro. **Direito à Moradia e Penhora de Bem Imóvel Residencial de Fiador de Contrato de Locação: Enfim o Restabelecimento do Direito**. Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental. ano 01, n. 04. Porto Alegre. fev/mar. 2006.

\_\_\_\_\_. **A Crise da Jurisdição e o Desrespeito às Obrigações Negociais**, In Crise da Jurisdição, Plenitude Institucional e Efetividade, Volume II, Coordenação ao de Luiz Eduardo Gunther e Willians Franklin Lira dos Santos. Curitiba: Juruá, 2009.

**Gazeta do Povo**. Edição de 16.04.2010.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato. Os Novos Princípios Contratuais.** São Paulo: Saraiva, 2004.

GOMES, Orlando. **Contratos**, 25 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Contratos**. 27 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988.** 13ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

JUSTO, A. Santos. **Direitos Reais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

KELSEN, Hans, **Teoria Pura do Direito.** Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MAGALHÃES, Rodrigo Almeida. **A Autonomia Privada e a Função Social da Empresa.** *in* **Direito Civil: Atualidades II. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: Direitos Fundamentais a Prestações e a Intervenção do Poder Judiciário na Implementação de Políticas Públicas.** Revista Brasileira de Direito Público, ano 5, n. 18. Belo Horizonte, jul./set. 2007.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** 3ª. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

\_\_\_\_\_. **A Chamada Nova Crise do Contrato e o Modelo de Direito Privado Brasileiro: Crise de Confiança ou de Crescimento do Contrato?** In: **A Nova Crise do Contrato: Estudos sobre a Nova Teoria Contratual**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. **Reflexões sobre o Princípio da Função Social dos Contratos,** *in* **O Direito da Empresa e das Obrigações e o Novo Código Civil Brasileiro.** Coordenação de Alexandre dos Santos Cunha. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

MENDES, Judas Tadeu Grassi. **Economia Empresarial.** Curitiba: 2002.

MELLO, Marcos Bernardes, **Teoria do Fato Jurídico (Plano da Existência)** 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

MONTESQUIEU, Charles de. **O Espírito das Leis.** Disponível em: [http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles\\_de\\_Montesquieu](http://pt.wikipedia.org/wiki/Charles_de_Montesquieu). Acessado em: 15 de maio de 2010.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Prefácio à Teoria dos Contratos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Da Quebra da Autonomia Liberal à Funcionalização do Direito Contratual**. *in* **Direito Civil: Atualidades II. Da Autonomia Privada nas Situações Jurídicas Patrimoniais e Existenciais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

NANNI, Giovanni Ettore. **A Evolução do Direito Civil Obrigacional: A Concepção do Direito Civil Constitucional e a Transição da Autonomia da Vontade para a Autonomia Privada**. *in* **Cadernos de Direito Constitucional Civil**, Coordenador Renan Lotufo. Curitiba: Juruá, 2001.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORONHA, Fernando. **O Direito dos Contratos e seus Princípios Fundamentais: Autonomia Privada, Boa-fé, Justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLIVEIRA, Francisco Cardozo. **Hermenêutica e Tutela da Posse e da Propriedade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito à Cidade: Moradia, Atividade Empresarial e Sustentabilidade**. Revista Jurídica Unicuritiba, 23. ed., 2009.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado, parte geral**. t. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil - Introdução ao Direito Civil Constitucional**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PRATA, Ana. **A Tutela Constitucional da Autonomia Privada**. Coimbra: Livraria Almedina, 1982.

RIBEIRO, Joaquim de Souza. **As Cláusulas Contratuais Gerais e o Princípio da Liberdade Contratual**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Contrato Hoje: Funções e Valores**. *in* **Diálogos Constitucionais Brasil Portugal**, organização de Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: **Renovar**, 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de Compra e Venda e Parcelamento de Solo Urbano- Lei 6.766/79**. Porto Alegre, 1980.

ROLNIK, Raquel. **O que é Cidade**. Brasília: Editora Brasiliense, 1988.

\_\_\_\_\_. Disponível em: <http://www.rts.org.br/entrevistas/entrevistas-2009/raquel-rolnik/>. Acessado em: 22 abril 2010.

ROSELVALD, Nelson. **A Promessa de Compra e venda no Código Civil de 2002**. Disponível em: [http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vz7h4DQDMtUJ:www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ROSENVAlD\\_COMPRA.doc+a+promessa+de+compra+e+venda+no+código+civil+de+2002&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Vz7h4DQDMtUJ:www.flaviotartuce.adv.br/secoes/artigosc/ROSENVAlD_COMPRA.doc+a+promessa+de+compra+e+venda+no+código+civil+de+2002&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br). Acessado em: 06 jun 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **O Direito Fundamental à Moradia na Constituição: Algumas Anotações a Respeito de seu Contexto, Conteúdo e Possível Eficácia**. *in* **Crise e Desafios da Constituição**, coordenador José Adécio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SÉGUIN, Elida. **Estatuto da Cidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed., São Paulo: Melhoramentos, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

SILVA, Ovídio Baptista. **Advocacia em Tempo de Crise**. *In* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil n. 28 de jan-fev/2009

\_\_\_\_\_. **Fundamentação das Sentenças como Garantia Constitucional**. Estudos em Homenagem ao Desembargador Norberto Ungaretti, Coordenação de Pedro Manoel Abreu, Conselho Editorial, 2007.

TEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor, a Busca de um Ponto de Equilíbrio entre as Garantias do Código e Defesa do Consumidor e os Princípios Gerais de Direito civil e do Direito Processual Civil**. Forense, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. **Contornos constitucionais da propriedade privada**. *In* Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

\_\_\_\_\_. **Aspectos da Propriedade Privada na Ordem Constitucional**. *In* Estudos Jurídicos. Rio de Janeiro: IEJ, 1991.

TIMM, Luciano Benetti. **O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o Mercado, e a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TOKARS, Fábio Leandro. **Primeiros Estudos de Direito Empresarial**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2007.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Contratos em Espécie** V. 3, 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

# Livros Grátis

( <http://www.livrosgratis.com.br> )

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)  
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)  
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)  
[Baixar livros de Matemática](#)  
[Baixar livros de Medicina](#)  
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)  
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)  
[Baixar livros de Meteorologia](#)  
[Baixar Monografias e TCC](#)  
[Baixar livros Multidisciplinar](#)  
[Baixar livros de Música](#)  
[Baixar livros de Psicologia](#)  
[Baixar livros de Química](#)  
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)  
[Baixar livros de Serviço Social](#)  
[Baixar livros de Sociologia](#)  
[Baixar livros de Teologia](#)  
[Baixar livros de Trabalho](#)  
[Baixar livros de Turismo](#)