

Do Direito do Promitente Comprador

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JUNIOR

Desembargador aposentado do TJ/SP. Professor de Direito Civil da PUC/SP

O tema que me foi dado abordar é o compromisso de compra e venda, o direito do promitente comprador, que aparece no Código com essa denominação, integrando os direitos reais. A rigor, esse direito real já estava em nossa legislação, como um direito real autêntico, mas estava fora do Código. Agora, aparece em dois artigos, - 1.417 e 1.418, - como direito real do promitente comprador.

Na parte de contratos, não aparece nada. Então, fica-se em dúvida e dificuldades e vou adiantando já o rumo da minha exposição, que é mais de ordem crítica ao Código nesse ponto. Falo isso com muita tranquilidade porque tenho elogiado muito o novo Código Civil, principalmente quando notamos ali a consagração de princípios tão relevantes, como os que prestigiam a boa-fé, a equidade e o poder que está sendo dado ao juiz.

Parece-me que estamos ingressando em um novo e rico período do estudo e da prática do Direito Civil, como se vê aqui pelo interesse de um público seletivo como este.

Mas, nesse tema, que é objeto de nosso estudo de hoje, lamentavelmente não posso dizer que está tudo bem. Por quê?

Primeiro porque o Código foi avaro nesse ponto, é muito pouco o que está presente no Código, apenas dois artigos sobre o direito do promitente comprador.

É um dos contratos mais polêmicos, que mais gera controvérsias. Vocês vejam aí qualquer compêndio de jurisprudência e vão notar que o verbete compromisso de compra e venda é mais extenso do que o da própria compra e venda.

Vocês sabem que é um contrato popularíssimo. É rara uma negociação imobiliária que não tenha começado por um compromisso. Ninguém vai diretamente ao Cartório assinar uma escritura. É algo muito vivo, ainda mais quando se lembra da grande quantidade de loteamentos, nem sempre conduzidos de forma regular do ponto de vista jurídico e urbanístico. Nesses casos, a segurança de quem adquiriu o imóvel, - que muitas vezes é o único de sua vida - está apoiada nesse contrato simples, pequeno, informal.

Era de se esperar, então, um tratamento jurídico mais abrangente, mais sólido, porque o interesse social, no caso, é muito amplo, muito intenso.

Mas o Código não foi feliz.

Manteve os pontos fundamentais que foram trazidos pelo Decreto-lei nº 58/37, incorporados na Lei 6.766/79, e na legislação posterior.

Esses pontos fundamentais são: o direito real; o direito à adjudicação compulsória, e conseqüente proibição de arrendimento; e a facilidade de forma para o contrato. Mas um desses pontos - o direito à adjudicação compulsória - ficou muito limitado pelo novo Código, que impôs o registro do contrato como requisito para o exercício daquele direito.

Para o surgimento do direito real, é evidente a necessidade do registro, não podia ser de outra forma. Mas, para o exercício do direito à adjudicação compulsória, na verdade não é, como adiante se verá.

Mas, por que será que o Código foi tão acanhado no tratamento do caso?

Explica-se: Na Parte Geral dos Contratos, o Código inovou e dedicou toda

Palestra proferida no Seminário realizado em 8/11/2002

uma seção - a VIII - ao contrato preliminar, matéria inteiramente ausente do código anterior. É bom lembrar que isso não quer dizer que não existisse o contrato preliminar no sistema anterior, não só por causa da legislação especial, mas porque o contrato preliminar não era proibido, e, sendo assim, era permitido, como é regra do direito privado. E realmente utilizava-se muito o contrato preliminar, mesmo na sua figura anterior ao Decreto-lei nº 58. Só que no contrato preliminar do sistema anterior, estava ele submetido ao disposto no artigo 1.088 e que dizia o seguinte: “Quando o instrumento público for exigido como prova do contrato, qualquer das partes pode arrepender-se, antes de o assinar, ressarcindo à outra as perdas e danos resultantes do arrependimento, sem prejuízo do estatuído nos arts. 1.095 a 1.097”. Foi essa consagração do direito de arrependimento que causava um dano terrível aos adquirentes por contrato preliminar. Daí o surgimento da legislação paralela sobre o compromisso.

Então o Código novo tem essa modernidade, no sentido de haver tratado do contrato preliminar de uma forma genérica.

O contrato preliminar ganhou uma dimensão imensa no Século XX, em todos os países. Em grande parte pelas dificuldades burocráticas que surgiram, com a complexidade da vida econômica e jurídica, havendo inúmeras dificuldades para se fazer o contrato definitivo. A criatividade dos advogados e dos empresários fez surgir e difundir enormemente o contrato preliminar. Se é impossível, praticamente, celebrar o contrato definitivo, celebra-se o preliminar, e o negócio está realizado.

No Brasil, o contrato preliminar vicejou enormemente, pois houve épocas em que a carga tributária nas transações imobiliárias definitivas era ainda maior que a de hoje.

O Código novo trata do contrato preliminar genericamente, como já foi dito, permitindo, em princípio, que qualquer contrato possa ser precedido de um pre-

liminar, desde que a natureza da obrigação não o impeça e desde que estejam presentes os requisitos do definitivo, com exceção da forma. O que se compreende porque, se fosse exigida a mesma forma, o contrato preliminar não teria razão de existir.

A falha, a meu ver, foi impor, como regra, a obrigatoriedade do registro de todo contrato preliminar – art. 463, § único.

Vejam que pode existir contrato preliminar de quase todo tipo, como de locação, de prestação de fiança, de aval, de partilha, e não só de compra e venda. Para que registrar tudo isso? Essa crítica é feita respeitosamente ao Código porque parece que às vezes ele foi tomado de uma certa volúpia registral.

O registro é necessário para fazer valer o contrato perante terceiros, mas para valer entre as partes; entre os contratantes, não há necessidade do registro e a exigência deste só vai servir para enfraquecer o contrato porque o contratante que quiser sair do vínculo vai buscar mais essa desculpa para não cumprir suas obrigações. O brasileiro é meio displicente, tem pouca disponibilidade financeira, o sistema de registro é rigoroso e dispendioso. A maior parte dos contratos não é levada a registro.

Em suma, o abordagem do código ao contrato preliminar em geral e ao direito real do promitente comprador é muito insatisfatório e está longe de contribuir para a solução de dificuldades novas, que não param de surgir em torno do tema.

Convém lembrar que a exigência do registro para o exercício do direito à adjudicação compulsória, constitui tema que já foi debatido *ad nauseam* no Direito Brasileiro.

Os tribunais estaduais concluíram, com jurisprudência firme, no sentido de se dispensar o registro para a obtenção da escritura. Sob qual fundamento?

O fundamento está na natureza dos dois tipos de direito subjetivo que estão presentes na hipótese: o direito real decorrente do registro, que opera

contra terceiros; e o direito pessoal, exigível contra o contratante.

O direito à adjudicação compulsória tem natureza pessoal, é um direito do promitente comprador contra o promitente vendedor. É só entre eles que se estabelece o vínculo; independentemente de estar registrado ou não o contrato, a obrigação de dar escritura deve ser cumprida, da forma como foi combinada. Nesse sentido, formou-se fortíssima corrente com apoio em grandes nomes, como Pontes de Miranda e Darci Bessone, corrente essa que se firmou nos tribunais estaduais.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, com apoio em interpretação literal de leis especiais, caminhou em um sentido oposto e exigia o registro, o que, evidentemente, estava enfraquecendo a corrente oposta, embora houvesse muitos Desembargadores e Juízes de Alçada que, em respeitosa rebeldia, dispensavam a exigência.

Aí, surge um fato importantíssimo na vida jurídica brasileira que foi a nova Constituição e a criação de um novo tribunal, que é o competente para julgar essa matéria. O que aconteceu? O Superior Tribunal de Justiça não aceitou a orientação do Supremo, a discussão voltou, predominando a tese oposta, a ponto de ser editada a Súmula nº 239, a saber: *“O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”*

Agora, vem o Código novo e desconsidera tudo isso.

Independentemente de uma tese ser mais conveniente do que outra, - o que é sempre discutível - a verdade é que, com enorme sacrifício, a sociedade, os advogados, as partes, os juízes, sofreram muito até a questão ser pacificada. Nada justifica voltar-se ao clima de vinte anos atrás.

Percebe-se o que aconteceu. O Projeto é de 1974 e levou em conta, como não podia deixar de ser, a jurisprudência então dominante no STF. Ficou esquecido por quinze anos nas prateleiras do Con-

gresso e acabou sendo aprovado sem maiores discussões e atualizações, pelo menos nesse campo, pois não levou em conta a jurisprudência que se formou no STJ.

O que se pode prever é que o STJ, cioso de sua competência, dará uma interpretação larga ao texto do código e manterá a orientação sumulada.

O outro ponto em que me parece ter ocorrido grande omissão do Código foi o de perder a oportunidade para enfrentar tema também candente e de relevância para o comércio jurídico atual.

Refiro-me à manutenção da chamada escritura definitiva de compra e venda.

Hoje em dia, não se vê ninguém na doutrina defender a tese de que há necessidade concreta, objetiva, de se lavrar um segundo contrato, lavrar-se uma escritura pública, quando já houve um compromisso de compra e venda registrado e cumprido. O devedor pagou, o credor deu quitação, a posse foi dada há muito tempo e então é preciso formalizar a transmissão da propriedade. Tem-se entendido que, pela legislação tradicional genérica do Código Civil, seria necessário lavrar-se um segundo contrato. Será que isso é verdade? Será que realmente existe essa necessidade? O que é transmitido pelo promitente vendedor nessa ocasião? Será que ele conservou alguma coisa de útil, de válido, depois que o compromisso foi cumprido?

A realidade mostra que, no momento da celebração do compromisso, o promitente vendedor tem algo muito valioso e digno de proteção jurídica, que é a garantia do preço a receber, pois a venda se fez a prazo, o vendedor não sabe se a outra parte vai pagar, e ele quer usar a propriedade, o domínio, como garantia do seu crédito, como a dizer que não vende, que apenas promete vender, e que venderá na hora em que receber a totalidade do preço.

Aí está a estrutura real do compromisso. Acontece que o contrato tem que ser examinado no seu dinamismo, na sua vida, ele nasce, vive e morre. Então o contrato foi sendo cumprido: a dívida foi sendo paga, o crédito foi se esgotan-

do. Depois de tudo pago, o que sobrou para o promitente vendedor?

Vejam, que estamos diante de direito real de aquisição, alguém quer comprar, outro quer transmitir a propriedade de um imóvel. O que é a propriedade, qual é o conteúdo do direito de propriedade? Todos sabem que esse conteúdo consiste nos tradicionais poderes, o *jus utendi fruendi et abutendi*, o direito de usar, fruir e dispor. É isso que está no cerne do direito de propriedade e que é objeto da transmissão.

Esses poderes estão na titularidade do compromissário comprador ou na do promitente vendedor? Este – depois de recebido o preço – tem apenas o “domínio em tese”, não pode usar, não pode fruir e não pode dispor. Ele, de útil, não tem nada. A rigor, ele tem menos do que nada, ele tem algo negativo, no seu passivo, que é a obrigação de outorgar uma escritura. Tudo que representa valor econômico-jurídico está na esfera de poder do compromissário. Este, entretanto, permanece na dependência da formalidade, vazia de conteúdo, que é a lavratura desse segundo contrato, dessa chamada escritura definitiva.

O Decreto-lei nº 58, que criou o compromisso, gerou um sistema novo de transmissão de propriedade, paralelo ao Código Civil, só que ao invés de prosseguir no rumo inovador, voltou para o Código ao impor a necessidade da escritura. Mas, o natural seria dar seqüência àquilo que se iniciou: houve um compromisso, registrou-se o contrato, entregou-se o bem, deu-se a posse, pagou-se o preço, existe quitação. O normal é registrar o instrumento de quitação e averbar-se a quitação no registro já existente e tem-se como completada a transmissão da propriedade.

Isso já está muito entranhado na doutrina e, agora, até mesmo na legislação brasileira. Vejam que, a par de uma disposição da Lei de Loteamentos, a Lei 6.766, temos, agora, uma lei, que é a Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999, que trouxe importantes novidades. Esse diploma alterou alguma coisa das

leis de desapropriação e de registro de imóveis, para facilitar a implantação de conjuntos habitacionais. Mas acabou introduzindo um parágrafo 6º ao artigo 26 da Lei 6.766, de natureza genérica, dispondo: “*Os compromissos, as cessões, promessas de cessão uma vez registrados e acompanhados do instrumento de quitação, são títulos hábeis para a transferência da propriedade*”.

Então, isso tudo que acabei de dizer, já está hoje, amparado por lei, no campo do loteamento.

Agora vem o Código Civil, ignora esses avanços e mantém o sistema arcaico.

Essa me parece ser uma crítica fundamental, principalmente quando notamos, também, que o Código, em seu artigo 108 repete o artigo 134, § 2º que diz que para a transferência e aquisição de direitos reais sobre imóveis acima de determinado valor, há a necessidade do instrumento público. O Código pôs o limite de 30 salários mínimos, que está dando, atualmente, seis mil reais. O Código de 1916 falava em um conto de reis que era algo expressivo, algo que dava mais ou menos para a aquisição de um imóvel popular, o que era natural, para liberar as classes menos favorecidas dessas despesas. Por seis mil reais, tenho que a impressão que não se compra nenhum imóvel popular. A disposição idêntica do Código anterior sempre foi letra morta nesse país, ou vocês já viram por aí, a não ser no ambiente do Sistema Financeiro da Habitação, a escritura particular de venda e compra? Ninguém viu, aquela disposição nunca foi levada a sério.

Não fica bem a um Código novo conter uma disposição que parece ter nascido morta.

Por falar em valor que deve ser atualizado, lembro, respeitosamente, outro deslize do código nesse art. 108. Manda corrigir o valor pelo salário mínimo, o que é vedado pela Constituição Federal – art. 7º, inciso IV, vinculação do salário mínimo para qualquer finalidade, dispositivo esse que vem sendo prestigiado pelo STF.

O importante, parece-me, é ressaltar que o novo código, que em tantos pontos, tem recebido justificados elogios, podia e devia dispensar aquela escritura definitiva, ou pelo menos fazer com que esse escrito definitivo não precisasse ser por instrumento público no caso de um valor menos elevado.

Se o Código resolveu adotar o direito real do promitente comprador, seria bom que o fizesse de uma forma mais atual, e o respectivo contrato devia estar inserido na parte específica da compra e venda. Se o Código ainda mantém a retrovenda, sempre suspeita, a venda a contento, a preempção, institutos que positivamente não apresentam uma relevância social maior, não devia ignorar o compromisso de compra e venda, que gera tantos problemas, como, por exemplo, os relativos, ao arrependimento, à transferência, à outorga uxória, à purgação da mora, à perda de importâncias pagas etc. Então aqui, acho que o Cód-

igo merece crítica. Mas, pensando bem, às vezes, me pergunto se não é melhor deixar como está, porque para regular como ele regulou a questão do registro, seria melhor deixar por conta da legislação especial e da jurisprudência.

Muita discussão vai continuar. O Des. Sidney Hartung, disse no início desta sessão, que não é a entrada em vigor de um Código que muda inteiramente o sistema jurídico de um país. As influências vão continuar, o ambiente jurídico é meio parecido com físico, às vezes. Colocar uma coisa muito diferente, pouco adequada, leva a um processo de rejeição jurídica, e os advogados, juízes e promotores, aqueles que trabalham com o direito levarão a modificações.

Acho que teria mais alguma coisa para falar, mas agora é a hora do Professor Fabio de Mattia. Estou à disposição para, no fim, tentar responder alguma questão que eventualmente seja levantada. ☰