

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO IMOBILIÁRIO
JULIANA GUIMARÃES CRUZ DE ALMEIDA

DA ANTINOMIA APARENTE ENTRE A LEI 8.078/1990 E A LEI 4.591/64:
CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA PELA “ESPECIALIDADE DE SEGUNDO GRAU”

SÃO PAULO

2017

JULIANA GUIMARÃES CRUZ DE ALMEIDA

DA ANTINOMIA APARENTE ENTRE A LEI 8.078/1990 E A LEI 4.591/64:
CONTRIBUIÇÃO HERMENÊUTICA PELA “ESPECIALIDADE DE SEGUNDO GRAU”

Trabalho apresentado à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista em Direito Imobiliário, sob orientação do Prof. Dr. William Santos Ferreira.

SÃO PAULO

2017

À minha família, tão dadivosa, que me deu o suporte e incentivo mais do que necessários. Sobretudo ao meu marido e melhor amigo, Thomas, exemplo de dedicação; e aos amados Vincenzo e Vittorio, que me emprestaram compreensão em troca de ausência.

À Carina G. C. Moreira parceira sempre disposta e com um olhar indefectível.

Aos Professores William Santos Ferreira e Márcio Lamonica, que incorporam todos os valores que se pode desejar da docência.

“De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articulação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do direito, se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las com os fundamentos em geral e com todo o sistemático onde inseridas. É inútil o conhecimento que se limita à superfície dos fenômenos jurídicos, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos”.

(Geraldo Ataliba, no Prefácio ao livro de Lourival Vilanova, *As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, p. XIII).

RESUMO

O conflito normativo enquanto problema teórico ganha relevância com o recrudescimento do pluralismo subjetivo e a conseqüente necessidade de regulamentação e harmonização dos interesses antagônicos. Para tanto, o dever de coerência sistêmica demanda a aplicação de mecanismos que garantam a conformação das fontes normativas diversas, ao mesmo tempo que mantenham a estabilidade do sistema jurídico. Neste contexto se inserem as relações jurídicas decorrentes de negócios imobiliários incorporativos, regidas pela Lei 4.591/1964, mas que, a partir da vigência da Lei 8.078/1990, ensejaram uma crise de conformação normativa. Assim, enfrentaremos a hipótese teórica da antinomia aparente entre o art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990, à luz da Teoria Geral da Norma, com a finalidade de defender a coexistência paradigmática e a coordenação normativa, como exigência de unidade e coerência do ordenamento jurídico, mediante a sugestão de criação de um quarto critério hermenêutico para a solução de antinomias, sobretudo entre normas especiais, fundado em parâmetros objetivos, ao qual denominamos de “*Especialidade de Segundo Grau*”.

Palavras-chave: Lei 4.591/1964; Lei 8.078/1991; incorporação imobiliária; Direito do Consumidor; antinomia aparente; dever de coerência; critério hermenêutico; “*Especialidade de Segundo Grau*”.

ABSTRACT: As a theoretical problem the normative conflict arises relevance with the increasing of subjective pluralism and the consequent need of antagonistic interests harmonization and regulation. Therefore, internal systemic coherence duty demands the application of certain mechanisms that may guarantee the conformation of different normative sources, at the same time as they uphold the legal system stability. In this context are established the legal relations derived from real state businesses, concerning incorporation transactions (“incorporação imobiliária”), disciplined by Law n. 4.591/1964, but, since the validity of Law n. 8.078/1991, normative conformation crisis were set forth. Thus, we will face the theoretical hypothesis of apparent contradiction (“antinomia aparente”) between these two norms: the article 32, §2º of Law n. 4.591/164 and the article 53 of Law n. 8.078/1990, enlightened by the General Theory of Norm, with the main purpose of sustaining a paradigmatic coexistence and normative coordination, as a legal system requirement of its unity and coherence, by means of a new hermeneutic criteria to resolve normative conflict, especially between special norms, based on objective parameters, that we designated “*Second Degree Specialization Criteria*” (“*Especialidade de Segundo Grau*”).

Key-words: Law n. 4.591/1964; Law n. 8.078/1991; real state incorporation transaction; Consumers Right; apparent normative conflict; coherence duty; hermeneutical criteria; “*Second Degree Specialization Criteria*”

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	3
1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	5
1.1 BREVE HISTÓRICO.....	5
1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS	7
1.3 SUJEITOS.....	13
1.3.1 INCORPORADOR.....	13
1.3.2 DE MAIS FIGURAS SECUNDÁRIAS.....	16
1.3.3 ADQUIRENTE DE UNIDADE IMOBILIÁRIA.....	17
1.4 IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE CONTRATUAL PARA O ADQUIRENTE DE UNIDADE IMOBILIÁRIA AUTÔNOMA.....	19
2 DIREITO DO CONSUMIDOR.....	23
2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA.....	23
2.2 PRINCIOLOGIA BÁSICA	27
2.3 RELAÇÃO DE CONSUMO.....	29
2.4 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO	31
2.4.1 CONSUMIDOR.....	31
2.4.2 FORNECEDOR.....	38
2.5 OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO	39
2.6 APLICABILIDADE DO DIREITO CONSUMERISTA AOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	41
2.6.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO.....	41
2.6.2 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL.....	44
2.7 O ARTIGO 53 DO CDC E O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA	47
3 A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO.....	54
3.1 CONCEITO DE SISTEMA.....	55
3.2 CONFLITO NORMATIVO COMO PROBLEMA TEÓRICO	58
3.3 ANTINOMIAS	60
3.3.1 CONDIÇÕES DE VALIDADE.....	63
3.3.2 CLASSIFICAÇÃO.....	65
3.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS	67
3.5 INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS	71

3.6	CONFLITO DE CRITÉRIOS E ANTINOMIA DE SEGUNDO GRAU.....	72
4	O DIÁLOGO DAS FONTES	75
5	HIPÓTESE DE ANTINOMIA APARENTE ENTRE A LEI N. 4.591/1964 E A LEI N. 8.078/1990	79
5.1	A LEI N. 4.591/1964 ENQUANTO LEI ESPECIAL	79
5.1.1	ANÁLISE DO ARTIGO 32, § 2º.....	82
5.2	A LEI N. 8.078/1990 ENQUANTO LEI ESPECIAL	83
5.2.1	ANÁLISE DO ARTIGO 53	85
5.3	DA “ESPECIALIDADE DE SEGUNDO GRAU” DA LEI N. 8.078/1990 FRENTE À LEI N. 4.591/1964.....	87
6	CONCLUSÃO	93
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	112

INTRODUÇÃO

A discussão acerca da regência normativa das relações jurídicas decorrentes da aquisição de unidades autônomas objetos de incorporação imobiliária – atividade prevista e regida pela Lei de Incorporações (Lei n. 4.591, de 16/09/1964) – ganhou vulto com a vigência do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/09/1990), promulgado com a finalidade de conferir eficácia real à norma constitucional programática de garantia fundamental insculpida no inciso XXXII, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Passados vinte e sete anos da instituição do regime jurídico consumerista, independente da evolução jurisprudencial, os debates doutrinários longe estão de alguma sorte de consenso, paralisados que estão em uma dicotomia, ora pendendo ideologicamente para “o lado dos consumidores”, ora para “o lado das incorporadoras”. Com efeito, o que se observa com alguma consistência é que os debates aparentam encontrar motivação ideológica e coerência em elementos externos à análise normativa, tal como as áreas de atuação profissional ou acadêmica, correlacionando-se, simbioticamente, com a compreensão individual de *justiça*. Ato contínuo, as justificativas para aplicação de um ou outro regime jurídico ao caso concreto parecem ter uma inspiração metajurídica, subvertida a metodologia da lógica dedutiva, partindo-se já do resultado almejado para, a partir daí, selecionar as razões aparentemente lógicas.

O objetivo do presente trabalho é proceder a uma análise isenta de ideologia e distante do conceito de *justiça*, restringindo o estudo temático à viabilidade ou não de eventual distrato por parte dos adquirentes de unidades autônomas imobiliárias incorporadas, em vista da aparente antinomia entre as normas de regência – quais sejam, o art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990 –, aos auspícios da Filosofia do Direito, em especial, da Teoria Geral da Norma e do Ordenamento Jurídico.

Assim, por uma questão metodológica, iniciar-se-á o trabalho pela análise das características próprias e dos elementos essenciais do negócio jurídico incorporativo, além de

suas normas de regência, com especial atenção às previsões normativas quanto à irrevogabilidade e à irretratabilidade do contrato pelo adquirente de unidade autônoma.

Paralelamente, objetivar-se-á o estudo do negócio imobiliário pela ótica da legislação consumerista, em especial sob o crivo de seus requisitos conformativos, mantendo-se, ao final, o foco na previsão normativa quanto à revogabilidade do contrato de compra e venda por parte do adquirente de imóveis.

Aproximando-se do objetivo específico do nosso estudo, revisitaremos os temas enfrentados pelo olhar da Filosofia do Direito, a partir do dever de coerência do sistema jurídico e do conflito normativo enquanto problema teórico, para então tratarmos das antinomias e dos critérios de solução pela hermenêutica jurídica.

Finalmente, enfrentaremos a hipótese teórica da antinomia aparente entre o art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990, à luz da Teoria Geral da Norma, com a finalidade de defender a exigência de unidade e coerência (inexoráveis) do ordenamento jurídico, bem como da segurança jurídica – que se espera seja conferida às mais diversas relações jurídicas (*in casu*, atreladas aos negócios imobiliários). Para tanto, por dedução lógica decorrente dos sólidos materiais doutrinários, apresentaremos a sugestão de criação de um quarto critério hermenêutico para a solução de antinomias, ao qual denominamos de “*Especialidade de Segundo Grau*”, enquanto método objetivo e eficiente de eliminação de incompatibilidades, comprometido com a coerência sistêmica e avesso a interpretações “abrogantes” ou “derrogantes”, devastadoras da própria existência normativa e denotadoras de desrespeito do intérprete para com o legislador. Assim, com base nesse critério paradigmático, abordaremos a solução prática do problema teórico proposto.

1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

1.1 BREVE HISTÓRICO

A origem da incorporação imobiliária está intimamente ligada ao processo de urbanização e à consequente profusão da verticalização nos centros urbanos, a o que Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 191) denominou de propriedade horizontal¹. A crescente concentração populacional em espaços cada vez menores e desestruturados, aliada ao recrudescimento dos imperativos de segurança e bem-estar, acabaram por impulsionar o redimensionamento das cidades e a incentivar a busca de soluções alternativas mais ordenadas, cujo eco se deu, justamente, na edificação de unidades superpostas, estruturadas em pavimentos. Daí a repercussão em termos de surgimento da atividade empresarial da incorporação de imóveis, que, no Brasil, adquiriu proporções na década de 1960.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 232) salienta que, na verdade, é bem longeva a existência de construções prediais altas, multipavimentadas, divididas entre várias pessoas, tanto para fins residenciais quanto para o desenvolvimento de atividades profissionais independentes, fossem de titularidade de uma única pessoa, que cobrava valores pela utilização, ou pertencessem a diversas pessoas, em espécie de regime condominial. Destaca, entretanto, que essa forma de copropriedade não guarda relação com a incorporação, como concebido hoje em nosso ordenamento jurídico.

Segundo o autor, no Brasil, esses imóveis em forma de moradias múltiplas iniciaram a sua expansão desde a Primeira Guerra Mundial, ganhando profusão considerável a partir de 1930, quando, além das construções multipavimentadas com divisões internas isoladas, passou-se a se destinar, também, ainda que de modo rudimentar, áreas especiais comuns para uso coletivo.

É nesse contexto, então, que exsurge a figura de um intermediador, que passou a organizar os interesses variados, como se fora uma sociedade informal para a construção predial, mediante a fixação prévia de valores e repartição de atribuições. Ocorre que, com o

¹ Cf. também: PEREIRA, Caio Mário. *Propriedade horizontal*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.

passar dos tempos, experimentou-se um recrudescimento de problemas, como o abandono de obras, sobretudo em vista da falta de responsabilidades atribuídas aos *players*. E, à falta de uma regulamentação jurídica específica, adotava-se, então, o Código Civil vigente à época (1916).²

Foi somente na década de 1960 que se fez o tratamento legislativo brasileiro à incorporação imobiliária, com o incremento da Lei n. 4.591, de 16/09/1964, com as alterações que lhe deram as legislações posteriores³, regulamentada pelo Decreto n. 55.815/1965.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 230), citando Leandro Leal Ghezzi⁴ (2007), contextualiza:

Em 1964, o governo militar determinou a elaboração de um anteprojeto de lei que disciplinasse as incorporações imobiliárias. Através dessa Lei, desejava-se não apenas viabilizar a retomada dos empreendimentos imobiliários, mas também que as relações jurídicas que permeavam esta nova modalidade negocial fossem devidamente disciplinadas, trazendo-se, por conseguinte, ordem ao mercado imobiliário.

Assim, a Lei n. 4.591/1964⁵ – advinda do Anteprojeto 19/1964, de autoria do então Ministro da Justiça Caio Mário da Silva Pereira –, tal como se pode depreender de sua própria ementa, unificou a disciplina jurídica do condomínio edilício e da incorporação de imóveis, “em razão da evidente dependência fenomenológica entre a criação do edifício e o regime condominial” (CAMBLER, 2014, p. 33).

² É o que destaca Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 191): “[...] temos um caso típico de atividade jurídica mobilizada no rumo de buscar disciplina a ente que nasceu por imposição das exigências do comércio social”.

³ Cf. Lei n. 4.864/1965, Lei n. 10.931/2004 e Lei n. 12.424/2011.

⁴ Cf. GHEZZI, Leandro Leal. *A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 61.

⁵ A despeito da discussão acerca da derrogação da Lei n. 4.591/1964 pelo Código Civil de 2002, Cambler (2014, p. 34) destaca o mérito daquela legislação, no sentido de conferir segurança jurídicas às relações jurídicas condominiais. *Verbis*: “A Lei n. 4.591/1964 trouxe, portanto, maior segurança às relações jurídicas provenientes da instituição da comunhão especial, determinando a sua natureza jurídica, o complexo de faculdades, direitos e deveres dos comunheiros e, principalmente, a figura jurídica que, por excelência, determina a existência do condomínio por andares: o negócio jurídico incorporativo (art. 29 da Lei 4.591/1964). O conceito do incorporador imobiliário, anteriormente fruto do costume comercial, passou a receber tratamento legislativo, sendo responsável pelo lançamento, venda e entrega das unidades condominiais.”

1.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

A Lei n. 4.591/1964 traz, em seu artigo 28, parágrafo único, o seguinte conceito de incorporação: “Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

Trata-se em, realidade, de uma definição concisa, que privilegia a descrição da finalidade da atividade em si, sem trazer elementos mais percucientes e característicos. Na verdade, os demais contornos da atividade se imiscuem na qualificação do incorporador (artigo 29) e de suas obrigações. Senão vejamos:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, (VETADO) em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

Parágrafo único. Presume-se a vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador.

Como se depreende da leitura do texto legal, caracteriza-se a incorporação pela venda antecipada de frações ideais de terreno vinculadas a unidades imobiliárias a serem construídas ou em construção, sendo certo que a entrega futura de tais unidades autônomas aos adquirentes e a respectiva regularização junto ao competente Registro de Imóveis⁶ também serão de reponsabilidade do incorporador.

⁶ Cf. Artigo 44 da Lei 4.591/1964, *verbis*: “Art. 44. Após a concessão do "habite-se" pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer, (VETADO) a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação.

“§ 1º Se o incorporador não requerer a averbação (VETADO) o construtor requerê-la-á (VETADO) sob pena de ficar solidariamente responsável com o incorporador perante os adquirentes.

“§ 2º Na omissão do incorporador e do construtor, a averbação poderá ser requerida por qualquer dos adquirentes de unidade.”

Melhim Namem Chalhub (2010, p. 11) define a incorporação como

[...] a atividade de coordenação e consecução de empreendimentos imobiliários, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente (art. 44).

Arnoldo Wald (2000 apud CHALHUB, 2010, p. 11; RIZZARDO, 2014, p. 233) traz a seguinte definição:

Chama-se incorporação imobiliária, incorporação edilícia ou simplesmente incorporação, o contrato pelo qual uma parte (o incorporador) obriga-se a fazer construir um edifício composto por unidades autônomas, alienando-as a outras partes (os adquirentes), em regime de condomínio, com as frações ideais de terreno.

Nesta mesma linha, partindo do negócio jurídico, dispõe Everaldo Augusto Cambler (2014, p. 32):

O núcleo da atividade incorporativa resume-se, a partir disso, em um negócio jurídico, denominado “contrato de incorporação imobiliária”, por intermédio do qual, basicamente, alguém (o incorporador) obriga-se a promover a construção do edifício e a transferir a propriedade das unidades autônomas em que o mesmo foi dividido, cabendo à outra parte (o candidato a proprietário ou adquirente) pagar o preço previamente ajustado. A esse negócio denominamos incorporação imobiliária *stricto sensu*.⁷

Assinala-se, por oportuno, que, independente da atividade de construção ser inexorável à incorporação imobiliária, com ela não se confunde, haja vista que, ainda que a construção possa ser exercida pelo próprio incorporador, não é menos verdade que poderá ser atribuída a terceiro especialmente contratado para isso. Tudo dependerá do formato do negócio.

⁷ Para o mesmo autor “Em sentido geral e amplo, incorporação significa aquela atividade humana exercida no sentido de incluir, unir, introduzir ou ligar uma coisa ao corpo a outra, a que ficará pertencendo, geralmente com a finalidade de obtenção de ganho econômico. É o edifício que se constrói no imóvel para dele fazer parte, resultando a referida atividade humana da reunião de manifestações de vontade, exprimíveis em contatos, que mantêm uma relação de unidade entre si. A essa atividade denominamos incorporação imobiliária *lato sensu*.” (CAMBLER, 2014, p. 31).

Neste esteio, Melhim Namem Chalhub (2012, p. 11):

A atividade da construção só integrará o conceito de incorporação se estiver articulada com a alienação de frações ideais de terrenos e acessões que a ela haverão de se vincular; mas, independente disso, a atividade de incorporação pode, alternativamente, ser representada somente pela alienação de frações ideais objetivando sua vinculação a futuras unidades imobiliárias.

Podemos, assim, conceituar a incorporação como a atividade empresarial de coordenação e desenvolvimento de empreendimento imobiliário, caracterizada pela alienação antecipada a adquirentes interessados de frações ideais de unidades imobiliárias autônomas em construção pelo incorporador, que, mediante negócio jurídico bilateral, se obriga à entrega das unidades concluídas, devidamente regularizadas no Registro de Imóveis, e no tempo previamente estabelecido, contra o recebimento também antecipado de recursos, para fins de consecução da própria incorporação.

1.1.1. ELEMENTOS ESSENCIAIS

Da análise do conceito e das características da incorporação, podemos extrair os elementos essenciais do instituto da seguinte natureza: objetivo, subjetivo, negocial e formal.

O *elemento objetivo* é caracterizado pelo núcleo duro da atividade incorporativa⁸ previsto no artigo 29 da Lei n. 4.591/1964, que são as frações ideais de terreno, vinculadas a unidades autônomas em edificação multipavimentadas, a serem construídas ou em construção sob o regime condominial, donde podemos destacar:

a) A Lei prevê o negócio incorporativo atrelado à alienação de *unidade autônoma* vinculada a um regime condominial. Assim, para se garantir, ao adquirente, o gozo pleno do domínio, mediante o livre exercício de todos os direitos do proprietário, tal como previsto pelo artigo 1.228 do CC/02, mister se faz que essa unidade seja efetivamente destacada do acervo condominial. Daí implicar-se a necessidade de individualização da unidade

⁸ “[...] o vocabulário *incorporação*, subentendida a imobiliária, serve para designar não só uma *atividade*, mas também o objeto material desta, o edifício ou a *edificação* em condomínio, e, ainda por último, mas com a mesma importância, o *contrato* em que se realiza a atividade e que se corporifica na edificação.” (AVVAD, 2012, p. 572, grifos no original).

imobiliária⁹ objeto da venda futura, mediante descrição pormenorizada das suas características físicas e alocação geográfica, designação especial numérica e/ou alfabética, e, finalmente, o registro próprio em matrícula autônoma no competente Registro de Imóveis¹⁰, a fim de distingui-la das demais unidades de propriedade exclusiva e das demais áreas comuns^{11 12}.

Destaque-se não existe qualquer sorte de impedimento à constituição de um condomínio voluntário entre adquirentes de uma mesma unidade autônoma imobiliária, ou mesmo um condomínio necessário, os quais deverão seguir o regime previsto no Código Civil de 2002¹³.

b) De outra parte, o objeto do negócio imobiliário haverá de ser, necessariamente, uma *coisa futura*, portanto, bem ainda inexistente ao tempo da contratação. Assim é que a Lei trata de “edificações a serem construídas ou em construção sob o regime condominial”¹⁴.

c) Como a própria Lei, para caracterizar a atividade incorporativa, prevê a venda de *frações ideais de terreno*, corrobora a sinergia entre a incorporação e o condomínio edilício – diga-se, ambos instituídos pela própria Lei n. 4.591/1964, sendo que, para o regime condominial, fora derogada pelo Código Civil de 2002. Neste sentido, o §3º do artigo 1.331

⁹ Acerca da identificação da unidade autônoma, cf. Mário Pazutti Mezzari (2015, p. 39).

¹⁰ Cf. Artigo 44 da Lei n. 4.591/1964.

¹¹ Assim definidas nos termos do artigo 1.331, §1º da Lei n. 4.591/1964, *verbis*: “Art. 1.331. Pode haver, em edificações, partes que são propriedade exclusiva, e partes que são propriedade comum dos condôminos.

“§ 1º As partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas e sobrelojas, com as respectivas frações ideais no solo e nas outras partes comuns, sujeitam-se a propriedade exclusiva, podendo ser alienadas e gravadas livremente por seus proprietários, exceto os abrigos para veículos, que não poderão ser alienados ou alugados a pessoas estranhas ao condomínio, salvo autorização expressa na convenção de condomínio. [\(Redação dada pela Lei nº 12.607, de 2012\)](#)”.

¹² Quanto às partes da propriedade comum, estão previstas, exemplificativamente, no art. 1.331, §2º do CC/02: “§ 2º O solo, a estrutura do prédio, o telhado, a rede geral de distribuição de água, esgoto, gás e eletricidade, a calefação e refrigeração centrais, e as demais partes comuns, inclusive o acesso ao logradouro público, são utilizados em comum pelos condôminos, não podendo ser alienados separadamente, ou divididos.”

¹³ Cf. Capítulo VI (Do Condomínio Geral) do Título III (Da Propriedade) do Livro III (Do Direito das Coisas) do Código Civil de 2002, sendo: arts. 1.314 a 1.326 (Seção 1), para o condomínio voluntário; e arts. 1.327 a 1.330 (Seção 2), para o condomínio voluntário.

¹⁴ Cf. Cambler (2014, p. 42): “Muito embora o bem incorporável não tenha existência atual, a unidade condominial, mesmo antes de existir concretamente, é objeto de uma relação obrigacional com efeitos reais, excepcionando a noção tradicional, de acordo com a qual somente poderia ser considerada objeto de um direito real presente e com realidade atual.”

do CC/02¹⁵ afirma que a cada unidade autônoma corresponderá “[...] como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns”.

O *elemento subjetivo* guarda relação embrionária com a figura do incorporador, qualificado normativamente pelo artigo 29 da Lei n. 4.591/1964 e que será objeto de nossa atenção no Item 1.3 infra, por guardar relação com o problema teórico enfrentado no presente trabalho.

O *elemento negocial* diz respeito ao contexto socioeconômico em que envolvido o fenômeno jurídico da incorporação imobiliária e a multiplicidade de operações complexas, coordenadas em consideração ao resultado econômico. Assim, materialmente, caracteriza-se “pelos nexos de interdependência entre negócios, reunidos para a obtenção de uma finalidade econômica comum (conexão de contratos) e ligados por uma *fattispecie* complexa” (BETTI, Emilio¹⁶ apud CAMBLER, 2014, p. 53).

Acerca do tema, Everaldo Augusto Cambler (2014, p. 53-54) tece as seguintes considerações interessantes quando àquilo que designa de incorporação imobiliária *lato sensu* e incorporação imobiliária *stricto sensu*:

Parece-nos claro que a incorporação imobiliária *lato sensu* equipara-se a uma pluralidade de negócios coligados, com efeitos jurídicos próprios e interdependentes, mas todos agrupados em torno de uma realidade econômica e jurídica única: a atividade incorporativa normatizada pela LCI. Formando um centro nuclear da incorporação imobiliária *lato sensu*, encontramos um negócio jurídico complexo, composto de diversas outras declarações conexas, complementares umas das outras: é o negócio jurídico incorporativo ou incorporação imobiliária *stricto sensu*.

[...] As declarações de vontade reunidas e coligadas objetivam a promoção e a realização da construção para posterior alienação das unidades formadoras da edificação ou conjunto de edificações, produzindo-se o fenômeno do nascimento do direito de propriedade sobre esses bens e a consequente eficácia jurídica real.

[...]

Abrangendo distintos atos e negócios jurídicos que, a princípio, poderiam ser objeto de contatos diversos, todos se reúnem num só instrumento para um só

¹⁵ “Art. 1.331, CC/02. [...] § 3º A cada unidade imobiliária caberá, como parte inseparável, uma fração ideal no solo e nas outras partes comuns, que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio. [\(Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004\)](#)”.

¹⁶ Cf. BETTI, Emilio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Campinas: Servanda, 2008, p. 428-436.

fim, dando-se a união das figuras jurídicas com dependência recíproca dos três contratos básicos¹⁷, que não perdem a sua individualidade, mas fundem-se numa unidade coligada, tipificada e disciplinada na lei.

O *elemento formal* revela-se no ingresso da incorporação no fólio real, ou seja, na sua inscrição no competente Registro de Imóveis, seguida da abertura das matrículas específicas para cada unidade autônoma. Destaca-se que a Lei condiciona o início das vendas das frações ideais aos adquirentes ao obrigatório arquivamento de diversos documentos no competente Registro de Imóveis, dentre os quais destacamos o Memorial Descritivo de Incorporação (art. 32 da Lei n. 4.591/1964)¹⁸. Além disso, também é conferido um prazo ao incorporador, após o arquivamento da documentação obrigatória, para o início das vendas, sendo certo que, decorrido sem qualquer alienação, será necessária a sua atualização (art. 33 da Lei n. 4.591/1964¹⁹).

Outrossim, o referido memorial descritivo, por expressa dicção legal (art. 48, § 1º da Lei n. 4.591/1964²⁰), devidamente registrado, integra os contratos celebrados sobre as unidades condominiais, obstaculizando eventuais alterações unilaterais dos termos.

Assim, ultrapassado o período de carência, no qual será lícito ao incorporador desistir do empreendimento, restará ele vinculado ao negócio e obrigado à contratação (que não o ajuste preliminar), levando também a registro o contrato de construção e a convenção de condomínio (art. 35 da Lei n. 4.591/1964^{21 22}). Esse elemento formal ganha ainda mais

¹⁷ Alienação de fração ideal de terreno vinculado a unidade autônoma; promoção e coordenação da construção do edifício e a instituição do condomínio e a entrega desta unidade pronta e acabada.

¹⁸ “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...]

“g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei”.

¹⁹ “Art. 33. O registro da incorporação será válido pelo prazo de 120 dias, findo o qual, se ela ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar unidades depois de atualizar a documentação a que se refere o artigo anterior, revalidando o registro por igual prazo. ([Vide Lei 4.864/65 que eleva para 180 \(cento e oitenta\) dias o prazo de validade de registro da incorporação](#))”.

²⁰ “Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

§ 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato.”

²¹ “Art. 35. O incorporador terá o prazo máximo de 45 dias, a contar do termo final do prazo de carência, se houver, para promover a celebração do competente contrato relativo à fração ideal de terreno, e, bem assim, do contrato de construção e da Convenção do condomínio, de acordo com discriminação constante da alínea "i",

relevância com a possibilidade do adquirente proceder à averbação do seu compromisso de compra e venda, sobretudo na hipótese do incorporador descumprir com a sua obrigação de contratação, garantindo-lhe o direito real oponível a terceiros e o direito subjetivo à adjudicação do imóvel.

1.3 SUJEITOS

Lembra-nos Everaldo Augusto Cambler (2014, p. 31) que a incorporação, enquanto atividade humana, tem por base a interrelação de diferentes sujeitos, assumindo, cada qual, direitos e obrigações no âmbito do empreendimento imobiliário. Além do incorporador, poder-se-ia citar, a título exemplificativo, os seguintes sujeitos: “o proprietário do terreno (quando o próprio incorporador não é titular do domínio), o projetista, o construtor, o agente financeiro, o corretor de imóveis, o adquirente.”

1.3.1 INCORPORADOR

A despeito da Lei n. 4.591/1964 chegar a mencionar alguns demais sujeitos – que podem ser partes de contratos atrelados ao contrato de incorporação imobiliária –, cuida a legislação especialmente da qualificação da figura do incorporador, que é a figura central da incorporação.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 201-202) assim se expressa sobre o incorporador:

Ele é a chave do negócio, como tem sido reconhecido em justiça. É ele quem promove a constituição do condomínio, quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado, que é o edifício todo inteiro.

[...]

Com ele não se confundem as pessoas que contrataram a prestação de serviços, a execução de obras ou o financiamento de materiais ou utilidades integrativas do edifício. Na sua qualidade de incorporador age *in nomine suo*

do art. 32. [\(Vide Lei nº 4.864/65 que altera o prazo máximo concedido ao incorporador para 60 \(sessenta\) dias\)](#)”.

²² Cf. também o artigo 167, I, n. 18 da Lei de Registros Públicos (Lei n. 6.015, de 31/12/1973).

e por direito próprio. Deve, pois, suportar [...] os riscos da iniciativa e as responsabilidades pelo andamento do plano.

A importância desta figura é tamanha que a Lei n. 4.591/1964 impõe, no artigo 31, § 2º, a indicação expressa do incorporador nos contratos de incorporação e mesmo no local da construção, sendo efetiva condição suspensiva à alienação das unidades autônomas.

Pela dicção legal (artigo 29), incorporador será a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, responsável pela venda de frações ideais de terreno vinculadas a unidades imobiliárias autônomas a serem construídas ou em construção sob regime condominial, independente de ter efetuado ou não a construção, bem como pela coordenação e viabilização da incorporação e pela consequente entrega das unidades concluídas, no prazo e condições convencionadas, sujeitando-se à responsabilidade civil e penal.

O que se depreende é que a qualificação jurídica do incorporador se define pela atividade realizada, sem qualquer relação com a sua profissão de origem, sendo unânime o posicionamento doutrinário acerca da sua natureza empresarial de inexorável finalidade lucrativa. É por esta razão que todo aquele que construir desprovido do interesse de um resultado econômico com a venda da unidade não exercerá atividade incorporativa. Ao revés, todo aquele proprietário e/ou titular de direito aquisitivo que contratar a construção de edifício destinado à instituição de regime condominial, procedendo às alienações antes da conclusão das obras, será considerado *incorporador por equiparação* (artigo 30²³).

Neste sentido, Melhim Namem Chalhub (2010, p. 14, grifo nosso): “Trata-se de **atividade finalística**: visa o incorporador realizar a incorporação, donde seu propósito é vender e apropriar-se do correspondente resultado econômico e financeiro.”

Ainda que a figura do incorporador tenha surgido espontaneamente na realidade social, no escopo de sua formalização, a Lei n. 4.591/1964, em seu artigo 31²⁴, cuidou de

²³ “Art. 30. Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem a constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão das obras.”

²⁴ “Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

delimitar o seu elemento subjetivo central, restringindo a qualificação do incorporador a três hipóteses possíveis:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou o promitente cessionário com título aquisitivo de propriedade, devidamente registrado, que satisfaça os requisitos do artigo 32, “a”²⁵;

b) o construtor²⁶ ou o corretor de imóveis²⁷, que deverão estar investidos em mandato outorgado por instrumento público pelo proprietário do terreno, promitente comprador e cessionário deste ou promitente cessionário para a conclusão de todos os negócios atinentes à alienação das unidades imobiliárias, responsabilizando-se pessoalmente pelos atos que praticar nesta qualidade de incorporador; e

c) o ente da Federação que for imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação ou cessionário deste, mediante inscrição no competente registro de imóveis.

b) o construtor ([Decreto número 23.569, de 11-12-33](#), e [3.995, de 31 de dezembro de 1941](#), e [Decreto-lei número 8.620, de 10 de janeiro de 1946](#)) ou corretor de imóveis ([Lei nº 4.116, de 27-8-62](#)).

c) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente. ([Incluído pela Lei nº 12.424, de 2011](#))

§ 1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

§ 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34.”

²⁵ “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado”.

²⁶ Cf. Lei n. 5.194, de 24/12/1966, que regula o exercício das profissões de engenheiros, arquiteto e engenheiro agrônomo.

²⁷ Cf. Lei n. 6.530, de 12/05/1978, que regulamenta a profissão do corretor de imóveis, regulada pelo Decreto n. 81.871, de 29/06/1978.

Como destaca Cambler (2015, p.4, p. 50)²⁸, “o importante é perceber que a configuração jurídica do incorporador imobiliário é híbrida e pode estar vinculada à de outros sujeitos incorporativos.”

1.3.2 DEMAIS FIGURAS SECUNDÁRIAS

Dada a complexidade de atividades que circundam a atividade incorporativa *de per si*, reconhece-se uma multiplicidade de participantes secundários, com destaque ao arquiteto projetista, ao construtor, prestadores de serviços, fornecedores diversos, agentes financeiros, corretores de imóveis, oficial de registro de imóveis.

Temos, em algumas hipóteses, que o incorporador não é o proprietário do terreno onde será erigido o empreendimento imobiliário, donde será necessária a aquisição do terreno, mediante contrato solene previsto em lei, ou mesmo a aquisição de direitos sobre o terreno, mediante promessa de compra e venda ou de permuta. Nestes casos, aparece a figura do proprietário do terreno, cujo comprometimento com a incorporação dependerá do formato da operação realizada.

Além disso, como já tratado alhures, a construção é essencial à incorporação, ainda que com ela não se confunda. Desta forma, caso não haja a confusão entre a figura do incorporador e a do construtor, então aparecerá a figura do construtor contratado especificamente para tanto, seja pelo incorporador, seja pelos próprios adquirentes das unidades autônomas (artigo 48 da Lei n. 4.591/1964). Neste particular, a instrumentalização do contrato imobiliário poderá vir reunida com o contrato de incorporação, sendo que, na hipótese negativa, demais negócios jurídicos deverão apontar para o surgimento de demais sujeitos secundários, como fornecedores, prestadores de serviços e empregados.

²⁸ O mesmo autor, na esteira de tantos outros na doutrina, pondera a compatibilidade da atividade do incorporador com diversas outras atividades jurídicas semelhantes: “Percebe-se que a atuação do incorporador está sempre vinculada ao exercício do direito de propriedade do imóvel, além de ser também compatível com diversas outras atividades jurídicas paralelas, podendo desempenhar o papel de *corretor*, ao efetuar a aproximação do dono do terreno com os compradores; de *mandatário*, ao operar em nome do proprietário junto aos adquirentes, construtor, fornecedores; de *gestor de negócios*, ao defender os interesses dos compradores, em todas as circunstâncias supervenientes que afetem a incorporação.” (CAMBLER, 2014, p. 50). Cf. Também PEREIRA, 2014, p. 193.

Considerando a solenidade exigida à incorporação, com a inscrição no fôlio real, exsurtem figuras com funções fiscalizatórias das atividades do incorporador. Assim, será responsabilidade (civil e criminal) do competente oficial de registro de imóveis proceder à conferência da exatidão da documentação exigida em lei, observância dos prazos e procedimentos lá fixados, além da apuração da qualificação do incorporador imobiliário.

Há também a figura da comissão de representantes dos adquirentes, que tem o escopo de representar os seus interesses junto ao incorporador, fiscalizando todos os atos e negócios decorrentes do empreendimento (artigo 50 da Lei n. 4.591/1964).

1.3.3 ADQUIRENTE DE UNIDADE IMOBILIÁRIA

Os adquirentes de unidades autônomas são considerados os titulares de direito de coisa futura, independente de terem subscrito as escrituras definitivas de compra e venda. Com efeito, como já se apontou *passim*, o compromisso de compra e venda registrado já lhes confere direito de real oponível *erga omnes*.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 237) salienta ainda ser imperativa a multiplicidade de adquirentes de unidades autônomas, “exige [indo] sua tipicidade [do negócio jurídico incorporativo] certa quantidade de interessados aderentes.” Considerando que o sistema de incorporação imobiliária positivado pela Lei n. 4.591/1964 guarda íntima relação com o regime condominial, justifica-se que a incorporação preveja a construção de uma pluralidade de unidades autônomas – com partes ideais de um todo –, a serem disponibilizadas no mercado a tantos adquirentes quantos forem as unidades futuras a venda. Nada impede, é claro, que um potencial comprador se interesse pela aquisição de mais de uma unidade autônoma; o que não se admite, entretanto, é apenas uma única unidade seja colocada à venda, por descaracterização do regime condominial e da própria incorporação.

No mais, não há maiores questões acerca da qualificação do adquirente, que precisa apenas possuir capacidade civil como para qualquer outro negócio jurídico. Relativamente ao adquirente, portanto, ganham importância os seus direitos e, sobretudo, as obrigações por ele assumidas, já que a estas correspondem direitos do incorporador.

Não é objetivo do presente trabalho uma análise perfunctória das obrigações dos adquirentes, razão pela qual nos limitaremos a expor, exemplificativamente, alguns dos comandos legais, reservando especial atenção apenas à norma específica acerca da irrevogabilidade e irretratabilidade contratual.

Neste esteio destacamos as seguintes ponderações.

Caio Mário da Silva Pereira (2014, p. 268) assinala que, tal como em demais negócios jurídicos, as relações contratuais entre incorporador e adquirente, em regra, partirão de uma proposta. Contudo, *in casu*, “por uma inversão de posições, [...] o incorporador, aquele que promove o negócio, coloca-se na situação de *oblato*, transferindo à outra parte a autoria da proposta, ainda quando esta se materializa em um impresso que o candidato recebe para assinar.” Desta feita, responsabiliza-se, o potencial adquirente, na qualidade proponente, pelo seu teor. Ato contínuo, obrigatória a proposta ao adquirente e cumprindo o incorporador a obrigatoriedade de celebração de contrato após prazo de carência (art. 35 da Lei n. 4.591/1964), nasce para aquele o dever de comparecimento ao Registro de Imóveis ou outro local designado para assinatura dos documentos exigidos à consecução do negócio.

Firmado o contrato, a obrigação fundamental do adquirente é a obediência rigorosa à regularidade dos pagamentos do valor ajustado para a compra e venda – correspondendo à fração ideal de terreno e às acessões futuras –, no prazo, pelo meio e nas condições acordadas quando da aquisição.

Nos contratos de compra e venda e promessa de compra e venda, havendo a inadimplência do adquirente ou promitente comprador, é facultada a resolução contratual pelo incorporador. Assim, cabe-lhe, na qualidade de vendedor ou promitente ou promitente vendedor, a notificação do devedor para purgar a mora no prazo legal, sob pena de resolução, nos termos do Decreto-lei n. 145/1969. Hodiernamente, com a popularização dos contratos de compra e venda com financiamento e pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, opera-se uma extinção peculiar nos termos da Lei n. 9.514, de 20/11/1997.

1.4 IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE CONTRATUAL PARA O ADQUIRENTE DE UNIDADE IMOBILIÁRIA AUTÔNOMA

Para fins do nosso estudo, interessa-nos analisar a disciplina jurídica relativamente a eventual rescisão unilateral do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda por parte do adquirente de unidade autônoma imobiliária²⁹.

Alocado, topograficamente, no Capítulo II – que trata “*Das Obrigações e Direitos do Incorporador*” –, o artigo 32, §2º da Lei n. 4.591/1964 trata expressamente da irretratabilidade e da irrevogabilidade dos contratos de transferência de titularidade das unidades imobiliárias autônomas incorporadas. *Verbis*:

Art. 32 [...]

§ 2º **Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis** e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004). (grifos nossos).

Interessante notar que, em sua parte final, o dispositivo trata da possibilidade de adjudicação compulsória da unidade, pelo adquirente frente ao incorporador. A disposição topográfica do comando, que se destina ao adquirente de unidade imobiliária, parece demonstrar que o dispositivo como um todo estaria voltado a dar comando normativo ao adquirente de unidade imobiliária, de tal sorte que a ele, e somente a ele, seria imposta a irretratabilidade e a irrevogabilidade contratual. Em outras palavras, sendo uma obrigação do adquirente, corresponderia a um direito do incorporador.

Essa interpretação parece ser corroborada pelo fato de que a própria legislação, no artigo 34 e §4º, também prevê a possibilidade de denúncia contratual unilateral pelo

²⁹ Note-se que o contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda de unidade imobiliária autônoma não se confunde com o contrato de incorporação. Neste sentido é válida a observação de Rizzardo (2014, p. 284): “Todavia, em relação à incorporação, afora as hipóteses mencionadas, é inconcebível a sua rescisão. Normalmente, a inadimplência do adquirente importa em rescindir o seu contrato, e não a incorporação, dando-se a sua substituição através da venda da unidade a outra pessoa, seja através da venda da unidade a outra pessoa, seja através do incorporador se ele promoveu a rescisão, ou do leilão quando a Comissão de Representantes providenciou na execução do crédito de um participante inadimplente, e não houve pagamento, situação que importa justamente na venda em público leilão.”

incorporador, como efetivo direito subjetivo potestativo, ainda que dentro de um limite temporal, i.e, o prazo de carência – que a ele, incorporador, também compete, discricionária e unilateralmente, definir (respeitado o limite máximo de 180 dias previsto pela Lei n. 4.864/1965, que ampliou a previsão temporal do art. 33 da Lei n. 4.591/1964). No intuito de tentar corrigir a quebra da bilateralidade pela denúncia contratual, o artigo 36 prevê o direito de restituição aos adquirentes das importâncias pagas. Veja-se:

Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

§ 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento³⁰.

§ 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se for o caso, de sua revalidação.

§ 3º Os documentos preliminares de ajuste, se houver, mencionarão, obrigatoriamente, o prazo de carência, inclusive para efeitos do art. 45.

§ 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis ... (VETADO) ... e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador. (grifos nossos).

Art. 36. No caso de denúncia de incorporação, nos termos do art. 34, se o incorporador, até 30 dias a contar da denúncia, não **restituir aos adquirentes as importâncias pagas**, estes poderão cobrá-la por via executiva, reajustado o seu valor a contar da data do recebimento, em função do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as variações no poder aquisitivo da moeda nacional, e acrescido de juros de 6% ao ano, sobre o total corrigido. (grifos nossos).

Além do mais, como já tratado no Item 1.3.3. acima, a revogabilidade do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda de unidade imobiliária autônoma também é expressamente permitida por iniciativa do incorporador na hipótese de mora do adquirente ou promitente adquirente da unidade³¹.

³⁰ “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...]

n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34)”.

³¹ Cf. também Pedro Elias Avvad (2012, p. 594).

Asseveramos em nossa Introdução que a interpretação das normas – para o quanto nos interessa no presente estudo, relativamente a Lei n. 4.591/1964 (e à Lei n. 8.078/1990, como será objeto de análise específica mais adiante) – parece ter um componente ideológico, estando intimamente ligada (ainda que inconscientemente) às crenças principiológicas ou interesses profissionais e/ou acadêmicos.

Sendo assim, para uma parte considerável da doutrina que aborda os negócios jurídicos imobiliários, em especial a incorporação, parece não restarem dúvidas (e justificativas) acerca da validade da norma que irretratabilidade e a irrevogabilidade, pelo adquirente, do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda de unidade imobiliária autônoma incorporada.

Arnaldo Rizzardo (2014, p. 285) assim se manifesta:

Na linha apregoada, a pura resilição, isto é, a simples desistência do adquirente ou promitente adquirente resta impossibilitada. **Não se lhe faculta manifestar a sua vontade de não manter o contrato, sejam quais forem as razões invocadas**, como perda do interesse, falta de condições econômicas ou a superveniência de impossibilidade financeira, ou mudança de residência. Resta unicamente a venda da unidade para uma pessoa interessada. Essa a melhor exegese, num tratamento normal que se dá a todos aqueles que adquirem bens, não podendo o direito amparar a atitude de, em certa altura do prazo de pagamento, simplesmente desistir do negócio. (grifo nosso).

Melhim Namem Chalhub (2010, p. 341), exímio defensor da total autonomia do regime jurídico da incorporação, afirma:

Posteriormente, a Lei n. 10.931/2004 veio reafirmar de maneira inequívoca a irretratabilidade dos contratos de comercialização de unidade no contexto das incorporações imobiliárias, ao dar nova relação ao §2º do art. 32 da Lei n. 4.591/1964, deixando claramente reafirmado que tais contratos são irretratáveis.

Em outra oportunidade afirma (CHALHUB, p. 330-331):

[...] Entretanto, quando se trata de compra de bem imóvel, o arrependimento poderia resultar em desproteção do adquirente, submetendo-o a situação extremamente vulnerável ao longo de toda a duração do contrato, na medida

em que haveria de ser conferido igual direito ao vendedor e ao comprador. De outra parte, a eventualidade de desfazimento do contrato de incorporação mediante simples manifestação de arrependimento de algum contratante pode desfalcar a base do negócio e pode prejudicar a comunidade de adquirentes, na sua totalidade, sendo, por isso mesmo, incompatível com o sistema de proteção do adquirente, seja à luz da legislação especial sobre loteamento e incorporação, seja à luz do CDC, na medida em que poderia contribuir para a frustração da finalidade social e econômica do contrato de incorporação. Recorde-se que a finalidade é incindível, daí porque a conduta individual de cada adquirente interessa a todos os demais e repercute sobre toda a comunidade de adquirentes.

Ao se seguir esse entendimento pela irretratabilidade e pela irrevogabilidade do contrato de compra e venda ou promessa de compra e venda por parte do adquirente de unidade autônoma imobiliária, na impossibilidade de seu adimplemento contratual não importaria qualquer solução senão a alienação a terceiro interessado, assumindo o negócio jurídico na situação em que se encontra.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR

2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA

A proteção do consumidor é fenômeno jurídico relativamente recente, que deita raízes nos novos modelos associativos decorrentes da sociedade do século XX, assim designada como “sociedade de consumo (*mass consumption society* ou *Konsumgesellschaft*), caracterizada por número crescente de produtos e serviços, pelo domínio do crédito e do *marketing*, assim como pelas dificuldades de acesso à justiça. São esses aspectos que marcaram o nascimento e desenvolvimento do Direito do Consumidor como disciplina jurídica autônoma” (GRINOVER; BENJAMIM, 2001, p. 6), toda esta voltada, especialmente, para vulnerabilidade do consumidor.

Com efeito, diante dos cenários políticos possíveis, optou-se pelo modelo de intervenção estatal, como sendo o mais adequado para (ao menos) a mitigação da vulnerabilidade do consumidor frente aos desafios de uma sociedade mais moderna, dinâmica e caracterizada pela complexização das relações jurídicas. O foco se manteve na proteção integral, dinâmica, sistemática e multifacetária, vislumbrando “*todos* os aspectos da relação de consumo, sejam aqueles pertinentes aos próprios produtos e serviços, sejam outros que se manifestam como verdadeiros *instrumentos fundamentais* para a produção e circulação destes mesmo bens: o crédito e o *marketing*.” (GRINOVER; BENJAMIM, 2001, p. 7, grifos no original).

Assim, o sistema de direito consumerista possuirá sempre a mesma essência e *ratio*, qual seja, a busca pelo reequilíbrio de uma relação jurídica naturalmente desproporcional como o é a relação de consumo, haja vista a teórica pujança e força posicional do fornecedor (aqui considerado o fabricante, produtor, construtor, importador ou comerciante), detentor dos fatores e meios de proteção e responsável pela sistematização e dinâmica da circulação e valorização dos bens e serviços. Neste sentido, busca-se o reforço da posição do consumidor, aliada à proibição ou limitação de determinadas práticas de mercado, contaminadas pela abusividade e motivadas pelo desequilíbrio relacional.

O direito do consumidor brasileiro encontra sua fonte inspiradora no Direito Constitucional³², alcançando *status* de direito fundamental, uma vez previsto no artigo 5º, XXXII da Carta Magna, e, portanto, de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, IV³³.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

Além disso, fora também alcançado a princípio geral da atividade econômica pelo artigo 170, V da Carta Política³⁴.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V - defesa do consumidor.

Neste tocante, José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 17) destaca ser o Código de Defesa do Consumidor, antes de tudo, uma “filosofia de ação”, justamente “porque não se trata tão-somente do consumidor, senão da almejada *harmonia* das sobreditas ‘*relações de consumo*’.” (grifos no original). Neste esteio, prossegue trazendo uma análise acerca da simbiose entre a proteção consumerista e o incentivo ao desenvolvimento econômico, já efetivamente inserta e almejada pela principiologia constitucional:

Assim, embora se fale das necessidades dos consumidores e do respeito à sua dignidade, saúde e segurança, proteção de seus interesses econômicos, melhoria na sua qualidade de vida, já que sem dúvida são eles a *parte vulnerável* no mercado de consumo, justificando-se dessarte um *tratamento desigual para as partes manifestamente desiguais*, por outro lado se cuida de compatibilizar a mencionada tutela com a necessidade de *desenvolvimento econômico e tecnológico*, viabilizando-se os *princípios da ordem econômica* de que trata o art. 170 da Constituição Federal, e *educação – informação de fornecedores e consumidores* quanto a seus *direitos e obrigações*.

³² Cf. Artigo 1º da Lei n. 8.078/1990.

³³ Cf. Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), do Título II (Dos Direitos e Garantias Individuais) da Constituição Federal de 1988.

³⁴ Cf. Capítulo I (*Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica*), do Título VII (*Da Ordem Econômica*) da Constituição Federal de 1988.

[...]

Mas não é só. Mencionada *harmonia* que se visa a alcançar mediante a implementação e efetiva execução do novo Código de Defesa do Consumidor também é buscada, ainda sob a inspiração do art. 170 da Constituição da República, pela *coibição de abusos* como a *concorrência desleal* nas práticas comerciais, pela *racionalização* dos serviços públicos e pelo *estudo constante* das modificações do mercado de consumo. (FILOMENO, 2001, p. 17-18, grifos no original).

Em sua previsão no seio constitucional, tratou-se, a princípio, de efetiva norma constitucional programática de eficácia limitada, exigindo uma disciplina legal ordinária, como previsto pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). A eficácia real adveio da promulgação da Lei n. 8.078, 11/09/1990, portanto, com cerca de 247 meses de atraso.

Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor. (ADCT)

Acerca do mandamento constitucional de proteção ao consumidor, Claudia Lima Marques (2004, p. 32) sintetiza a importância da abordagem do tema diante da mudança de paradigma social, no sentido do quanto já expusemos:

Segundo o grande jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, a imagem que um sistema jurídico faz de pessoas, a proteção e a tutela que assegura às pessoas, caracteriza este sistema jurídico. Em nosso caso, a opção da Constituição Federal de 1988 de tutela especial aos consumidores, considerados agentes econômicos mais vulneráveis no mercado globalizado, foi uma demonstração de como a ordem econômica de direção devia preparar o Brasil para a economia e a sociedade do século XXI. Efetivamente, o direito do consumidor é direito fundamental, direito humano de nova geração, direito social e econômico positivado na Constituição Brasileira (art. 5º, XXXII, CF/88).

No que tange ao modelo formal, resta claro que o constituinte optou pela codificação deste ramo do Direito, que, com tal formatação, busca privilegiar a sua sistematização, coerência, homogeneidade e autonomia. “De outro lado, simplifica e clarifica o regramento legal da matéria, favorecendo, de uma maneira geral, os destinatários e os aplicadores da norma.” (GRINOVER; BENJAMIM, 2001, p. 9). E acrescentamos: *favorecendo o*

reconhecimento dos destinatários, auxiliando os aplicadores da norma, além dos demais elementos de validade das próprias normas.

José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 19) entende tratar-se de um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar:

Pelo que se pode observar, por conseguinte, trata-se de uma lei de cunho *inter e multidisciplinar*, além de ter o caráter de um verdadeiro *microsistema jurídico*.

Ou seja: ao lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada *ciência consumerista*, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.

Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, eis que cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque *a vulnerabilidade do consumidor* frente ao fornecedor, e sua condição de *destinatário final de produtos e serviços*, ou *desde que não visem a uso profissional*.

Assim, pode-se concluir que o Código do Consumidor constitui uma “típica norma pós moderna, no sentido de rever conceitos antigos do Direito Privado”³⁵, cuja força normativa tem respaldo “na ordem constitucional que o fundamenta e o assegura”³⁶. Com base principiológica, é instrumento de renovação teórica, com forte vocação integrativa e dialógica para fins coexistência paradigmática.

Tal como no capítulo anterior, nos próximos itens, traçaremos apontamentos e considerações mais dogmáticas, que não possuem a menor intenção de esgotar os respectivos temas. Desta forma, procedeu-se à seleção de alguns temas e questões a serem enfrentadas. Os cortes epistemológicos adotados guardam apenas relação com o escopo último do presente trabalho, sendo importante algumas contextualizações temáticas para fins de fundamentação, tratando-se, pois, de escolha metodológica.

³⁵ Cf. TARTUCE, Flávio; AMORIM, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: GEN: Método, 2013, p. 5 apud MARTOS; TARTUCE, 2013, p. 172.

³⁶ Cf. TEPEDINO, Gustavo José Mendes. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 209-215 apud MARTOS; TARTUCE, 2013, p. 175.

2.2 PRINCIPIOLOGIA BÁSICA

Como asseverado supra, o nascimento do Direito Consumidor vem inserto em um contexto de mudança paradigmática das relações sociais e, conseqüentemente, jurídicas. Assim, paralelamente ao crescimento pungente e criativo da economia, exsurge a necessidade de reequilibrar as forças socioeconômicas antagônicas, readequando-se consoante a revisitada principiologia regente das relações sócio-jurídicas. Neste contexto, sobrevém a necessidade de intervenção do poder público, não mais no sentido de se sobrepor e subjugar o âmbito privado, mas apenas para reestabelecer a harmonia entre os atores sociais mediante a reinterpretação normativa e/ou a sua produção legiferante, inspirado pela nova principiologia pós moderna, marcada por um pluralismo subjetivo de interesses e necessidades, ora antagônicos, ora convergentes.

Instrumentalmente, a autonomia privada e a liberdade contratual experimentam uma mitigação, sobretudo em vista da função social do contrato. Nesse sentido, mantém-se a liberdade de contratação enquanto ato jurídico, mas restringe-se o conteúdo, sujeito a uma readequação social e à força de normas cogentes harmonizadoras das relações sociais. Esse o papel do CDC, um verdadeiro *agente de realidade normativo*, que, pela cogência de suas normas, impõe a readequação paradigmática a todas as relações jurídicas que se subsumirem a seu espectro de validade. E nesse ambiente de antagonismo entre forças econômicas, o papel do consumidor ganha exponencial relevância.

Sem a pretensão de pormenorizar todos os aspectos inerentes ao tema, trazemos alguns reflexos mais sensíveis dos postulados da teoria contratual pós moderna ao Direito do Consumidor.

Em termos normativos, destaca-se a proibição de previsões contratuais que impliquem desequilíbrio injustificado das partes, em dissonância com a principiologia harmonizadora do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III – *princípio da equivalência contratual*), donde salientamos a) a proibição de práticas e cláusulas abusivas impostas unilateralmente pelo fornecedor (artigo 6º, IV), e b) proibição de cláusulas contratuais desproporcionais e que importem em vantagem excessivamente onerosa ao consumidor (art. 6º, V). *Verbis*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como *contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços*;

V - a *modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais* ou sua *revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas*. (grifos nossos).

Nelson Nery Junior (2001, p. 501) esclarece a extensão da abusividade de cláusulas contratuais:

[...] Podemos tomar a expressão “cláusulas abusivas” como sinônima de *cláusulas opressivas, cláusulas vexatórias, cláusulas onerosas* ou, ainda, *cláusulas excessivas*.

Nesse sentido, cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, n. I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carregados todos os ônus derivados do contrato.

O mecanismo retificador é definido pelo próprio diploma que prevê a nulidade de pleno de direito de qualquer cláusula contratual “que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes” (§4º do art. 51). Reitere-se que a nulidade de pleno direito, neste microsistema, se justifica pela cogência das normas do Direito do Consumidor (normas de ordem pública consoante o art. 1º do CDC³⁷).

Dentre as cláusulas nulas de pleno direito (art. 51), salientamos algumas, não antes de chamar a atenção para o fato de ser o rol legal meramente exemplificativo (*numerus*

³⁷ “Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos [arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal](#) e [art. 48 de suas Disposições Transitórias](#).”

apertus)³⁸, representando, pois, apenas um mapa principiográfico e norteador da conduta esperada nas relações de consumo:

Art. 51. São nulas de pleno direito, *entre outras*, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

IV - estabeleçam *obrigações consideradas iníquas, abusivas*, que coloquem o *consumidor em desvantagem exagerada*, ou sejam *incompatíveis com a boa-fé ou a equidade*;

IX - deixem ao fornecedor a opção de concluir ou não o contrato, embora obrigando o consumidor;

XI - *autorizem o fornecedor a cancelar o contrato unilateralmente, sem que igual direito seja conferido ao consumidor*;

XIII - autorizem o fornecedor a **modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato**, após sua celebração;

XV - estejam em *desacordo com o sistema de proteção ao consumidor*.

[...]

§ 1º *Presume-se exagerada*, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os *princípios fundamentais* do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a *ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual*;

III - se mostra *excessivamente onerosa para o consumidor*, considerando-se a *natureza e conteúdo do contrato*, o *interesse das partes* e outras *circunstâncias peculiares ao caso*. (grifos nossos)

Do quanto exposto, pode-se confirmar que o Código de Defesa do Consumidor, é de fato, lei especial sobre as relações de consumo, mas, também, uma *lei principiográfica*, haja vista conter, em seu bojo, princípios fundamentais, aos quais “*todas as demais leis especiais setorializadas das relações de consumo, presentes e futuras, estão subordinadas.*” (NERY JR., 2001, p. 444, grifos nossos).

2.3 RELAÇÃO DE CONSUMO

³⁸ “Atendendo aos reclamos da doutrina, o CDC enunciou hipóteses de cláusulas abusivas em elenco exemplificativo. A expressão “entre outras” do *caput* do art. 51 evidencia o critério da lei de mencionar em *numerus apertus* os casos de cláusulas abusivas nos contratos de consumo.

“Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade como sistema de proteção ao consumidor.” (NERY JR., 2001, p. 505).

Apoiado neste espírito coordenador entre a proteção de sujeitos vulneráveis no mercado de consumo e o incentivo ao desenvolvimento econômico, o Código de Defesa do Consumidor, em verdade, é mais do que uma codificação de proteção do consumidor. É efetivo *codex* que trata das *relações de consumo*, ou seja: seu objeto são as relações jurídicas desta nova realidade sócio-jurídica e seu escopo é o resgate de sua harmonia.

Este escopo vem delineado expressamente no corpo legal, nos seus artigos 4º³⁹ e 5º, sob a alcunha de “Política Nacional de Relações de Consumo”, cujo cerne principiológico e teleológico acerca da harmonia entre os agentes de mercado e os negócios jurídicos entre eles encetados pode ser facilmente depreendido do inciso III do artigo 4º:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

³⁹ “Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do mercado de consumo;

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

VI - coibição e repressão eficientes de todos os abusos praticados no mercado de consumo, inclusive a concorrência desleal e utilização indevida de inventos e criações industriais das marcas e nomes comerciais e signos distintivos, que possam causar prejuízos aos consumidores;

VII - racionalização e melhoria dos serviços públicos;

VIII - estudo constante das modificações do mercado de consumo.”

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

A ideia é, assim, uma sinergia entre ambos os atores, uma vez que as suas posições se retroalimentam e justificam as suas essências: com efeito, sem um grupo de consumidores, de nada adiantaria um amontado de empresários sentados sobre seus fatores de produção; de outra parte, sem a atividade empresarial não há movimento econômico capaz de satisfazer as necessidades e desejos dos indivíduos, sobretudo em um ambiente de sociedade complexa como o é o pós-moderno. São interesses antes complementares do que necessariamente antagônicos.

O que não se pode olvidar, entretanto, é o intrínseco desequilíbrio da relação, na medida em que não se dá entre iguais, mas entre desiguais, dada a subordinação econômica do consumidor aos fornecedores. “Esse o elemento essencial, que, no fundo é o que justifica a existência da própria disciplina da relação de consumo.” (LOPES⁴⁰ apud FILOMENO, 2001, p. 29).

2.4 SUJEITOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

2.4.1 CONSUMIDOR

Neste cenário entre desiguais, ocupando o consumidor, justamente, o elo mais frágil pela visão econômica, é decorrência lógica tratar-se da figura mais importante da relação de consumo e, ato contínuo, da sua especial regulamentação. Com efeito, “[...] este ‘Código’ tutelar, este sistema de normas [é] construído e organizado a partir da identificação do sujeito beneficiado”. (MARQUES, C., 2004, p. 34). E prossegue a autora mais adiante:

Assim, se analisarmos o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado, veremos que

⁴⁰ Cf. LOPES, José Reinaldo. A proteção ao consumidor: importante capítulo do Direito Econômico. *In: Revista de Direito Mercantil*, ano 13, n. 15/16, 1974.

o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa, nem é uma lei geral, que contém dentro de si normas especiais protetivas para a proteção dos mais fracos ou consumidores como o BGB-Reformado [da Alemanha]. **O CDC brasileiro concentra-se no sujeito de direito (e não em atos de consumo), visa proteger este sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial**, sistematiza suas normas a partir desta ideia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. (MARQUES, C., 2004, p. 35, negritamos).

Como não poderia deixar de ser, vem disciplinado, pelas normas do Código do Consumidor, como sujeito de direitos e obrigações, sendo conceituado em seu artigo 2º:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que **adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final**.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo. (grifos nossos).

Como anota a doutrina, o conceito adotado pelo *Codex* tem caráter exclusivamente econômico, ou seja, considera “tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.” (FILOMENO, 2001, p. 27). Abstrai-se, portanto, da conceituação qualquer elementos de outra natureza, quer seja sociológica, psicológica, filosófica, literária etc.

Othon Sidou⁴¹, citado por Filomeno (2001, p. 27) conceitua o consumidor como “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que contrata, para a utilização, a aquisição de mercadoria ou a prestação de serviço, independentemente do modo de manifestação da vontade, isto é, sem forma especial, salvo quando a lei expressamente a exigir.”

A caracterização do consumidor pode ser percebida por três aspectos marcantes previstos pela norma:

⁴¹ Cf. SIDOU, Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

a) O primeiro aspecto, de ordem estrutural, que enuncia poder ser o consumidor qualquer *pessoa física ou jurídica*. A conformação enquanto pessoa natural não traz maiores questionamentos e, portanto, dispensa maiores considerações, o mesmo não se podendo afirmar quando da sua conformação enquanto pessoa jurídica;

Neste sentido, quanto à aplicação do conceito de consumidor às pessoas jurídicas, a despeito da expressa previsão no art. 2º do CDC, a doutrina não se manteve unânime neste particular, dividindo-se em duas principais correntes teóricas, a maximalista e a finalista. A Teoria Maximalista⁴² abarca em seu bojo toda e qualquer pessoa jurídica envolvida em uma relação de consumo, importando ser mera destinatária fática do bem (natureza objetiva); a Teoria Finalista⁴³, a seu turno, não concebe as relações inter-empresariais como passíveis de subsunção ao conceito de consumidor, dado que o sistema consumerista teria como essência a regulamentação de relações jurídicas entre desiguais, exigindo a observância econômica do destinatário final (natureza subjetiva) (MARQUES, C., 2011, p. 304-; FILOMENO, 2001, p. 30-31).

Assim explicita Claudia Lima Marques (2011, p. 305-306):

Para os finalistas, pioneiros do consumerismo, a definição de consumidor é o pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores. Esta tutela só existe porque o consumidor é parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no art. 4º, I. Logo, convém delimitar claramente quem mercê esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor, e quem não é. Propõem, então, que se interprete a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º de maneira restrita, como requerem os princípios básicos do CC, expostos nos arts. 4º e 6º.

[...]

Esta interpretação restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família, consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável.

[...]

⁴² Pensamento original de Claudia Lima Marques (1989).

⁴³ Neste sentido, Antônio Herman Benjamin, Eros Grau, José Geraldo Filomeno. Cf. Claudia Lima Marques: As relações inter-empresariais são relações, em princípio, entre iguais, e recebem no CC/2002 um tratamento justo e equitativo. Somente as excessões (sic), em que se puder equiparar um dos empresários a consumidor é que o CDC pode encontrar aplicação excepcional, em detrimento do outro fornecedor. A entrada em vigor do CC/2002 representa assim uma chance para a teoria finalista. (MARQUES, C., 2004, p. 34).

Já os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não nas normas orientadas para proteger o consumidor não profissional. O CDC seria um Código Geral para o consumo, que institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2º deve ser interpretada mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicada a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o *destinatário fático* do produto, aquele que o retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte dos visitantes [...].”

Com origem no Direito Comparado⁴⁴, pode-se notar uma releitura mais abrangida da teoria finalista, que passa aceitar a possibilidade de uma pessoa jurídica ser considerada como consumidora a depender da casuística, tendo por base uma reinterpretção da abrangência conceitual do termo destinatário final, que, ainda mantendo um viés teleológico econômico, abre-se para a importância fática. A este posicionamento, que vem aparecendo sobretudo no judiciário, em especial o Superior Tribunal de Justiça^{45 46}, Claudia Lima Marques (2011, p.

⁴⁴ Cf. Doutrina francesa e belga (MARQUES, C., 2011, p. 306)

⁴⁵ “A partir de 2003, com a entrada em vigor do CC/2002, parece estar aparecendo uma terceira teoria, subdivisão da primeira – que aqui denominei de ‘finalismo aprofundado’ –, na jurisprudência, em especial do STJ, demonstrando ao mesmo tempo extremo domínio da interpretação finalista do CDC, mas com razoabilidade e prudência interpretando a expressão ‘destinatário final’ do art. 2º do CDC de forma diferenciada e mista” (MARQUES, C., 2011, p. 307).

⁴⁶ Cf. STJ, RMS 27.512/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 23/09/2009:

“[...] A incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.

“Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

“Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. *Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa*

307) denomina “Finalismo Aprofundado”. Assim, reconhece-se a possibilidade da “vulnerabilidade de uma empresa ou profissional, que adquiriu, por exemplo, um produto fora de seu campo de especialidade”, mediante uma interpretação teleológica da norma do art. 2º, “isto é, proteção ao mais fraco na relação de consumo”, concedendo-se, pois, “a aplicação das normas especiais do CDC analogicamente também a esses profissionais.” (MARQUES, C., 2011, p. 306).

b) O segundo aspecto tem natureza subjetiva, já que trata de uma qualidade inerente e própria do consumidor, que é a sua *vulnerabilidade* presumida (art. 4º, I do CDC), retratada pela sua subordinação econômica ao fornecedor, com pouco ou nenhum lastro de negociação contratual. A interpretação do conceito de vulnerabilidade também há de buscar inspiração na função social do contrato, acompanhando a evolução do pensamento jurídico pós moderno. É nela que se funda, com primazia, o tratamento desigual que se confere ao consumidor nas relações de consumo: “desigual fática e juridicamente.”

Aqui os dois grandes princípios da justiça moderna (liberdade e igualdade) combinam-se para permitir o limite à liberdade de um, o tratamento desigual a favor do outro (*favor debilis*), compensando a “fragilidade”/“fraqueza” de um com as normas “protetivas”, controladoras da atividade do outro, e resultando no reequilíbrio da situação fática e jurídica (MARQUES, C., 2011, p. 321).

A vulnerabilidade é, a bem da verdade, um conceito normativo genérico, uma cláusula aberta (por assim se dizer), comportando uma variedade de acepções. Pode-se dizer que possui um componente *intuito personae*, uma vez que se liga ao estado da pessoa, considerada individualmente; é *casuística*, no sentido de que pode ou não estar presente a depender do contexto e do momento em que inserido o sujeito por ela qualificado; é (ou pode ser) *intermitente*, já que não tem nenhum compromisso com a sua permanência ao longo tempo, senão com o momento em que se dá a confrontação entre os sujeitos envolvidos na relação jurídica. Assim, a sua sintaxe qualificadora tem sentido e utilidade enquanto instrumento

comum se encontraria ao celebrar aquele negocio, de sorte a manter o desequilíbrio da relação de consumo. A ‘paridade de armas’ entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido.” (grifos nossos).

interpretativo da situação fática e jurídica, mormente, a natureza ou não de um sujeito de direitos, a iluminar a aplicação das normas protetivas.

Para Claudia Lima Marques, quatro são os tipos de vulnerabilidade: a) a técnica, relativa à *expertise*, ao conhecimento específico sobre o objeto adquirido, que é presumida para o consumidor não profissional, mas possível, excepcionalmente, para o profissional (segundo aceitação jurisprudencial⁴⁷); b) jurídica ou científica, que diz respeito ao desconhecimento jurídico, contábil e econômico. Também presumida, no CDC, para os consumidores pessoa física e não profissionais; c) a fática ou socioeconômica, “em que o ponto de concentração é o outro parceiro contratual, o fornecedor, que, por sua posição, de monopólio, fático ou jurídico, por seu grande poder econômico ou em razão da essencialidade do serviço, impõe sua superioridade a todos que com ele contratam”; e d) informacional, que é intrínseca à relação de consumo, dado o déficit informacional do consumidor. Reconhecendo-se que “na informação está o poder, a falta desta representa intrinsecamente um *minus*, uma vulnerabilidade tanto maior quanto mais importante for esta informação detida pelo outro.” (MARQUES, C., 2011, p. 324-342)^{48 49}.

Importante, ainda, salientar que vulnerabilidade não se confunde com *hipossuficiência* econômica, ainda que esta possa guardar alguma relação com a vulnerabilidade fática do consumidor. Com efeito, a hipossuficiência tem uma perspectiva processual sobre a vulnerabilidade fática. O que importa destacar é que a vulnerabilidade do consumidor é que se qualifica como requisito, como condição necessária à figura jurídica, não a hipossuficiência econômica. Martins-Costa (apud MARQUES, C., 2011, p. 332) assinala com propriedade: “Nem todo consumidor é hipossuficiente (...) elemento de natureza socioeconômica (...)

⁴⁷ Cf. REsp 541867/BA, rel. p/ acórdão Min. Barros Monteiro, j. 10.11.2004 (apud MARQUES, C., 2011, p. 326): “A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.”

⁴⁸ “Considere-se a importância desta presunção de vulnerabilidade jurídica do agente consumidor (não profissional) como fonte irradiadora de deveres de informação do fornecedor sobre o conteúdo do contrato, em face hoje da complexidade da relação contratual conexa e seus múltiplos vínculos cativos (por exemplo, vários contratos bancários em um formulário, vínculos cativos com várias pessoas jurídicas em um contrato de planos de saúde) e da redação clara deste contrato, especialmente o massificado e de adesão. Como ensina o STJ, o fornecedor deve presumir que o consumidor *stricto sensu* é um leigo e, assim, cumprir seus deveres de boa-fé visando alcançar a informação deste cocontratante leigo.” (MARQUES, C., 2011, p. 328).

⁴⁹ Cf. STJ, 4ª T., REsp 311.509/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 03.05.2001.

qualquer consumidor, seja ele hiper ou hipossuficiente do ponto de vista socioeconômico, é vulnerável tecnicamente.”

c) O terceiro aspecto tem traço material, que é a necessidade do consumidor ser o *destinatário final* do bem ou serviço adquirido nesta dinâmica do mercado de consumo. É imperativo que o adquirente se comporte, sob o aspecto fático, exatamente como um consumidor final, “consumindo” o produto ou serviço em suas mãos, dando-lhe uso e fruição conforme o seu interesse. Sob o aspecto econômico, o adquirente tem o dever de encerrar o processo produtivo no momento da sua aquisição, considerando-se, obviamente, a cadeia em que inserido o fornecedor e a relação jurídica entre eles. Em se tratando de pessoa jurídica adquirente, importante a análise perfunctória da materialidade do objeto de aquisição e a correspondência com a atividade econômica por ele exercida. Isso porque, caso não haja correlação, alguma e a depender da relação jurídica entre adquirente e fornecedor, é possível que esteja em posição de vulnerabilidade, bastando para se qualificar como consumidor que dê o destino final fático ao produto ou serviço adquirido. A conduta do sujeito adquirente quanto ao uso que faz do produto ou serviço adquirido é a pedra de toque para a sua configuração como consumidor.

Elucidativas são as lições de Claudia Lima Marques (2011, p. 343):

O destinatário final é o *Endverbraucher*⁵⁰, o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquiri-lo ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*), e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor.

Conforme já afirmado alhures, a interpretação das normas do Código do Consumidor, em especial do artigo 2º, que conceitua o consumidor, há de ser teleológica e sistemática. Ou seja, deve-se atentar à finalidade da norma, em sua análise junto ao contexto normativo em

⁵⁰ Em alemão, *verbrauchen* é o verbo que significa “consumir, gastar, usar”. Assim, *Verbraucher* (-er; grafado exatamente como aqui transcrito, com a primeira letra maiúscula), é o substantivo masculino derivado do verbo *verbrauchen*, que denota “aquele que consome”. O substantivo *End* (-s) significa “fim”. Assim, da justaposição dos dois substantivos, colocando em posição antecedente *End*, assume uma função de adjetivo, qualificando o substantivo seguinte. Daí a formação do substantivo *Endverbraucher*, que significa “aquele que consome por último”, portanto, “consumidor final”.

que se insere, isto é, o sistema jurídico como um corpo orgânico, *in casu*, o sistema normativo consumerista.

2.4.2 FORNECEDOR

A figura do fornecedor vem prevista no *caput* do artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor, *verbis*:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que *desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.* (grifos nossos).

Como se observa, a escolha pelo termo fornecedor foi mera liberalidade do legislador. Importa o seu objetivo de qualificar e abarcar todo o tipo de atividade econômica que seja desempenhada no intuito de ofertar um bem ou serviço ao mercado de consumo. Isto é, toda vez que alguém colocar um produto ou serviço à disposição para aquisição e uso deste adquirente final, no mercado de consumo, então será objeto de subsunção à norma supra colacionada, qualificando-se como fornecedor e, portanto, sujeitando-se aos deveres e reponsabilidade que lhes são peculiares. É por esta razão que a discriminação das atividades que constam no *caput* no artigo são meramente exemplificativas, buscando-se, sempre, a interpretação teleológica da norma, i.e., voltada para a sua finalidade.

José Geraldo Brito Filomeno (2001, p. 39) conceitua como fornecedor “qualquer *pessoa física*, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a *jurídica*, da mesma forma, mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual.”

Analisando-se o dispositivo legal, depreende-se que existe um componente temporal à atividade do fornecedor, tanto para o fornecimento de produtos quanto para a prestação de serviços, que é a *habitualidade*. Neste sentido, restam excluídas do âmbito de regência do Código de Defesa do Consumidor os contratos que sejam firmados entre dois consumidores

não profissionais, hipótese em que se subsumirão ao Direito Civil. Neste sentido, Claudia Lima Marques (2011, p. 407-408):

Quanto ao fornecimento de produtos, o critério caracterizador é desenvolver *atividades* tipicamente *profissionais*, como a comercialização, a produção, a importação, indicando também a necessidade de certa habitualidade, como a transformação, a distribuição de produtos. Tais características vão excluir da aplicação das normas do Código todos os contratos firmados entre dois consumidores não profissionais.

Quanto ao fornecimento de serviços, a definição do art. 3º do CDC foi mais concisa, e, portanto, de interpretação mais aberta, mencionando apenas o critério de desenvolver *atividades de prestação de serviços*. Mesmo o §2º do art. 3º define serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração”, não especificando se o fornecedor necessita ser um profissional, bastando que esta atividade seja habitual ou reiterada.”

Importa ainda assinalar que não importa a quantidade de fornecedores na oferta de determinado produto ou serviço, nem mesmo a que título se a atividade de cada qual. Outrossim, importará apenas como tais atividades, em conjunto, foram colocadas em mercado para atingir uma necessidade do consumidor. Esta a lógica, aliás, que está por trás a responsabilidade solidária entre os fornecedores na sistemática do CDC (art. 7º, parágrafo único), sendo certo que a distinção entre as atividades de diversos fornecedores em cadeia importará para fins de limitação de responsabilidade e para a atuação dos próprios fornecedores em sede de via regressiva contra os demais fornecedores da cadeia.

2.5 OBJETO DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O objeto da relação de consumo está umbilicalmente ligado com a atividade econômica exercida pelo fornecedor de tais *produtos e serviços*, razão pela qual o Código preferiu tratamento topográfico conjunto dos temas, concentrando as normas no mesmo dispositivo legal. Desta forma, pedimos vênias para novamente colacionar o artigo 3º do CDC, tomando o cuidado para acrescentar seus §§1º e 2º, onde o Código cuidou de tratar dos produtos e serviços *de per se*.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que *desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção,*

transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

(grifos nossos).

Assim, o núcleo duro da norma, que pretende circunscrever o seu aspecto objetivo, está no *caput* do artigo 3º, relativamente às atividades engendradas pelo agente no mercado de consumo. O §1º, por sua vez, têm o escopo de complementar o aspecto objetivo da norma, mediante uma descrição e detalhamento do objeto, o primeiro, quanto aos produtos; o segundo, quando aos serviços.

No que tange aos produtos, são considerados todo e qualquer bem, móvel o imóvel, material ou imaterial. Desta forma, em nosso entender, a legislação abarcou todos os tipos de bem que, passíveis de apropriação, possam apresentar alguma utilidade e interesse econômico aos sujeitos. Para Filomeno (2001, p. 44), “*produto (entenda-se ‘bens’) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final.*” (grifos no original).

Já quanto aos serviços, a legislação adotou um critério mais amplo, pretendo abarcar todo e qualquer tipo de atividade que possa ser executada por alguém (fornecedor/prestador) em benefício ou por solicitação de outrem (tomador) no mercado de consumo. Observa-se que as atividades que vieram dispostas após a conjunção “inclusive” não estão, em essência, excluídas do conceito amplo; entretanto a sua inclusão é fruto de política legislativa, sensível à relevância do tema e à necessidade de reforço de algumas particularidades em momento de mudança de paradigma. Tanto foi salutar que, da norma expositiva complementar, não raras foram (e ainda são) as insurgências de alguns setores de economia, na ânsia de se verem excluídos do âmbito de abrangência da norma, tal como o bancário e o imobiliário.⁵¹

⁵¹ Discussão que ganha relevância diz respeito à extensão da norma acerca da determinação de remuneração quanto aos serviços prestados no mercado de consumo. Apesar de interessante a temática, por fugir do escopo do nosso trabalho, nos absteremos de analisa-la. Cf. MARQUES, C., 2011, p. 408-415.

Em conclusão, infere-se que a relação de consumo, objeto da Lei n. 8.078/1990, pode ser assim então caracterizada: a) no centro normativo está o *processo produtivo* e o meio pelo qual ele alcança a sua etapa final, chegando ao *mercado*, pronto para consumo, representando, este ambiente (o dito mercado de consumo), a *marcação espacial definidora da relação jurídica regulada*; b) envolvimento, imperativo, de duas figuras centrais que norteiam o *aspecto subjetivo das normas disciplinadoras*: o *consumidor*, adquirente de produtos e de serviços para seu consumo; e o *fornecedor*, que é aquele que põe o produto ou serviço à disposição no mercado, podendo refletir a atividade de produção, distribuição, comércio etc., importando apenas a sua manipulação e ou transformação como objeto de seu processo produtivo; c) a premissa essencial da *subordinação econômica do consumidor ao fornecedor*, dada a impossibilidade de interferência no processo produtivo (de bens ou serviços) por este último titularizada e controlada, donde decorre a sua *vulnerabilidade e/ou hipossuficiência*; e d) a *demarcação material da atividade de consumo por parte do adquirente*, conferindo uma *lógica finalística ao meio de usar e fruir do bem ou serviço posto à sua disposição* naquele específico mercado. Neste sentido, deverá fazer jus ao seu posicionamento enquanto *target* mercadológico, comportando-se como efetivo *destinatário final*, não se lhe conferindo a possibilidade de sequenciar ou engendrar o mesmo processo produtivo e, portanto, sendo-lhe vedado caracterizar o bem ou serviço adquirido para consumo como seu próprio fator de produção, sob pena de descaracterização do microssistema consumerista.

2.6 APLICABILIDADE DO DIREITO CONSUMERISTA AOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.6.1 POSICIONAMENTO DOUTRINÁRIO

O mercado imobiliário é um dos maiores ícones da mudança paradigmática da pós modernidade, pela ampliação e complexificação da realidade social, tal como vastamente tratado no Item 1.1 supra. Assim, sofrendo as mais diversas influências e sendo um cenário de intenso confronto e desequilíbrio entre forças econômicas antagônicas, pelo menos teoricamente, não causaria estranheza nenhuma a hipótese de que também o direito imobiliário, em especial, as relações jurídicas incorporativas pudessem ser objeto de amoldamento à nova principiologia harmonizadora do Código de Defesa do Consumidor.

Imperativa, entretanto, a investigação perfunctória dos elementos característicos do instituto da incorporação e da eventual subsunção à normativa consumerista.

Neste sentido, são as percucientes lições de Claudia Lima Marques (2011, p. 462), adiantando a fundamentação principal do presente trabalho, acerca da compatibilização normativa, e destacando a doutrina do diálogo das fontes de Erik Jayme como um importante método instrumental norteador do intérprete:

Ao contrato aplicam-se, então, em regra, as normas do CDC. Isto é importante em face da multiplicação no mercado imobiliário deste tipo de contrato e o perigo da má utilização do instituto, que trabalha necessariamente com a figura da promessa de venda, tendo em vista a venda antecipada. **No caso existe uma grande pluralidade de leis especiais e gerais aplicáveis ao contrato. A aplicação do CDC ao contrato é pacífica, mas este diálogo das fontes se dará entre a lei especial (Lei 4.591/1964), o CDC, o Código Civil de 2002 (CC/2002) e a Lei do Patrimônio de Afetação (Lei 10.931/2004)**, sendo que esta acabou trazendo substanciais modificações à incorporação imobiliária no Brasil. (grifos nossos).

Preliminarmente, reitera-se que o art. 3º, §1º do CDC, tal como abordado no item supra, revela o elemento objetivo da norma de proteção às relações de consumo, tratando do produto (enquanto objeto de negociação e circulação mercadológica), prevendo, expressamente, a possibilidade de ser um bem imóvel. Assim, considerando-se estar o bem imóvel no centro do negócio jurídico imobiliário, a princípio, não resta dúvida acerca da compatibilidade do elemento objetivo da norma consumerista com a relação jurídica incorporativa.

De outra senda, a análise dos elementos subjetivo e teleológico – quais sejam, a figura do consumidor destinatário final – requer um apontamento mais cuidadoso. Com efeito, é de se observar que situações haverá em que, indubitavelmente, a vulnerabilidade (sobretudo técnica) do adquirente de unidade autônoma imobiliária estará clara, assim como o seu posicionamento enquanto destinatário final (fático e econômico) do produto imóvel, tal como nos casos de aquisição de imóvel por pessoa natural para a constituição de sua residência. Nestas hipóteses a qualificação conceitual do consumidor estará completa, fundamentando a subsunção normativa da relação jurídica incorporativa.

Ocorre que poderá haver outras hipóteses em que a vulnerabilidade e/ou a destinação final do adquirente poderá não ser reconhecida, como no caso de uma pessoa jurídica cujo objeto social se restrinja à negociação e à comercialização de imóveis ou mesmo de uma pessoa natural que seja um investidor, ainda que não profissional, mas que com habitualidade aposte no mercado imóvel como ambiente de gestão patrimonial e troca de ativos. A sua *expertise* e sua evidente participação no processo produtivo imobiliário impedem a sua qualificação subjetiva como consumidor e, portanto, impossível a sua identificação enquanto relação de consumo.

Corroborando a nossa percepção, Everaldo Augusto Cambler (2014, p. 78 e 80) analisando a regência normativa da relação jurídica incorporativa, destaca também a importância da qualificação subjetiva das partes envolvidas:

[...] em algumas situações, muito embora estejamos diante de uma relação jurídica incorporativa, não conseguimos delinear uma relação jurídica de consumo. Essas situações acontecem porque a relação jurídica de consumo somente é reconhecível em razão dos sujeitos que dela participam e à luz de uma situação que, em comum, lhes diz respeito. Toda vez que pudermos identificar o consumidor hipossuficiente como destinatário final do produto ou serviço, estaremos diante de uma relação de consumo (art. 2º do CDC).

[...]

A partir da noção de qualidade subjetiva de consumidor podemos identificar algumas situações onde não conseguimos identificar o consumidor imobiliário. Quando o interessado adquire o bem imóvel para revenda, fica caracterizada a sua inserção no processo produtivo, desqualificando-se o adquirente como “destinatário final” do imóvel. Por outro lado, certos adquirentes, em razão de seus conhecimentos técnicos e pujança financeira, não podem ser equiparados ao comprador-consumidor comum.

Claudia Lima Marques (2011, p. 461) também trata do tema, trazendo à luz a disciplina do art. 29 do CDC, norma extensiva de aplicação do conceito do consumidor:

Quanto ao *contrato de incorporação imobiliária*, em que o incorporador faz um venda antecipada dos apartamentos, para arrecadar o capital necessário para a construção do prédio, fácil caracterizar o incorporador como fornecedor, vinculado por obrigação de dar (transferência definitiva) e de fazer (construir). A caracterização do promitente comprador como *consumidor* dependerá da destinação final do bem ou da aplicação de uma norma extensiva, como a presente no art. 29 do CDC.

Assim, é possível afirmar que serão aplicadas as normas regentes das relações de consumo todas as vezes que a relação jurídica incorporativa se subsumir aos seus elementos normativos. Isto é: todas as vezes em que o incorporador, com habitualidade, procede à negociação e à alienação futura de fração de ideal terreno vinculada à unidade imobiliária autônoma a ser construída ou em construção, sob regime condominial, a um adquirente vulnerável tecnicamente, que o retirará do mercado para seu uso e fruição, conferindo-lhe, pois, destinação fática e econômica final, então, neste negócio jurídico, estarão presentes os elementos (objetivo, subjetivo e teleológico) inexoráveis à relação de consumo, aplicando-se, pois, as normas do Direito do Consumidor⁵².

Para o objetivo último do presente trabalho – que se concentra na compatibilização normativa entre normas da Lei n. 4.591/1964 e as do Código de Defesa do Consumido (ainda que com um espectro ainda mais restrito) – as conclusões aqui alcançadas são de suma importância, pois, pragmaticamente, demonstra o processo racional de compatibilização normativa empregado com finalidade de sobrevivência da coerência do ordenamento jurídico considerado em sua totalidade.

2.6.2 POSICIONAMENTO JURISPRUDENCIAL

A jurisprudência nacional também já teve diversas oportunidades de se manifestar acerca da aplicabilidade normativa do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas imobiliárias, em especial as incorporativas, fundando-se nos ditames do equilíbrio contratual e da boa fé exigíveis às relações jurídicas inseridas num contexto pós moderno de pluralidade subjetiva e de necessidade de conformação dos respectivos interesses e potências (sobretudo econômicas) antagônicos. No presente tópico destacaremos apenas alguns dos temas enfrentados pelos tribunais, mas apenas de modo pontual, sem aprofundamento, por não se trata do nosso objeto de cognição neste trabalho.

⁵² Chegando à mesma conclusão, Cambler (2014, p. 78): “A relação jurídica incorporativa confunde-se com a relação jurídica de consumo toda vez que o incorporador, no exercício de sua atividade de produção – promover e realizar a construção de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas –, oferece (de maneira diversa do que dispõe o Código Civil e o Comercial – que preveem a existência de contrato e, portanto, antecedente convergência de vontades –, nos termos do art. 30 do CDC, a oferta, desde que suficientemente precisa, obriga o incorporador, integrando o contrato que vier a ser celebrado) no mercado seu produto – bem imóvel e material – e o aliena ao interessado em adquirir, como destinatário final, o produto incorporável – frações ideais de terreno vinculadas a unidades autônomas, a serem construídas ou em construção, sob regime condominial.”

Sintetizando o entendimento acerca da compatibilidade normativa – pelo menos em termo de coerência do ordenamento jurídico – entre a Lei n. 4.591/1964 e Lei n. 8.078/1990, destacamos o posicionamento do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, plasmado em seu voto proferido no Recurso Especial n. 80.036/RJ⁵³:

O Código de Defesa do Consumidor também se aplica aos contratos regidos pela Lei 4.591/64, pois, entre incorporador e adquirente surge uma relação de consumo, enquanto o incorporador é fornecedor de bens e serviços. O CODECON traça regras que presidem a situação específica do consumo e, além disso, define princípios gerais orientadores dos Direitos das Obrigações. Na teoria dos sistemas, é um caso estranho a lei do microssistema enunciar os princípios gerais para o sistema, mas é isso que acontece no caso, por várias razões, mas principalmente **incorporou ao ordenamento jurídico civil legislado normas expressam o desenvolvimento do mundo dos negócios e o estado atual da ciência, introduzindo na relação obrigacional a prevalência da justiça contratual, da equivalência das prestações e da boa fé.**

É certo que, **no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria [Lei 4.591/64], mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON**, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção do contrato.

Igualmente, a proibição do vendedor embolsar tudo quanto recebeu durante a execução do contrato desfeito é princípio geral presente na resolução, pela necessidade de serem as partes restituídas à situação anterior (não fora isso, não haveria razão para o desfazimento), e para evitar o enriquecimento injustificado do vendedor, que retém as parcelas recebidas e obtém a devolução do bem. Portanto, a cláusula de decaimento é abusiva no contrato de consumo, devendo ser reconhecida tanto na ação proposta pelo credor, quanto na de iniciativa do devedor. (grifos nossos)

Importante tema é o da *ausência de registro do compromisso de compra e venda* na matrícula-mãe do empreendimento imobiliário ou mesmo na matrícula da unidade autônoma destacada, que seria elemento solene para a concessão da escritura pública, sobretudo em caso de necessidade de adjudicação compulsória, cujas discussões culminaram na edição da

⁵³ Cf. STJ, T4, REsp 80.036/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 12.02.1996, DJ 25.03.1996.

Súmula 239, do Superior Tribunal de Justiça: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis.”⁵⁴

A polêmica Súmula 308 do STJ também é exemplo categórico da apropriação jurisprudencial da mudança paradigmática experimentada pelas relações jurídicas, impondo adaptação em todas as searas, aí incluídas as incorporativas: “A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.”

No que tange à responsabilidade por vícios construtivos, originalmente do incorporador e do construtor, despertaram a discussão acerca de sua *extensão à instituição de crédito financiadora da obra*, que associa a sua marca ao empreendimento, promovendo a confiança no consumidor adquirente, ou ainda que presta serviço de financiamento direito ao consumidor, caso não tenha exercido um adequado controle sobre o construtor insolvente, acionado pelo lesado, que não pode obter a indenização pretendida. O fundamento estaria na integração à cadeia de produção, *ex vi* do art. 7º do CDC. A favor: “O agente financeiro é parte legítima na ação de resolução contratual proposta por mutuários em virtude de vícios constatados no edifício, dada a inequívoca interdependência entre os contratos de construção e de financiamento” (STJ, T4, REsp 331.340/DF, Rel. Ministro Barros Monteiro, j. 02/12/2004, DJ 14/03/2005). Contra: cf. STJ, T4, Resp 1043032/MG, rel. Min. Honildo Amaral de Mello Castro (conv.), j. 08.06.2010, *DJe* 09.09.2010.

Outra matéria relevante enfrentada pela jurisprudência diz respeito à abusividade de cláusula de decaimento de parcelas pagas pelo adquirente de imóvel quando der causa à rescisão contratual. Por interesse particular do presente trabalho, analisaremos em tópico próprio abaixo.

⁵⁴ Sobre o tema, cf. também a inaplicabilidade da Súmula 167, do STF. Neste sentido: “Adjudicação Compulsória - Necessidade de registro do compromisso de compra e venda - Inadmissibilidade - Eficácia e validade não condicionadas a formalidade do instrumento público - *Obligatio faciendi* assumida pelo promitente-vendedor que possui o condão de dar ensejo a adjudicação - Inaplicabilidade da Súmula 167 do Supremo Tribunal Federal - Extinção do processo afastada - Recurso provido. A promessa de venda gera pretensões de direito pessoal, não dependendo, para sua eficácia e validade, de ser formalizada em instrumento público. A *obligatio faciendi*, assumida pelo promitente vendedor, pode dar ensejo à adjudicação compulsória. O registro imobiliário somente é necessário para produção de efeitos relativamente a terceiros. (TJ/SP. Apelação Cível n. 000.747-4 - São Paulo - 8ª Câmara de Férias de Direito Privado - Relator: Cesar Lacerda - 31.01.96 - V. U.)”

2.7 O ARTIGO 53 DO CDC E O DISTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA

A relação jurídica incorporativa, para o adquirente, se inicia (após a oferta/proposta) com o compromisso de compra e venda futura de fração ideal de terreno, vinculada a uma unidade autônoma em construção, sob regime condominial, firmado com o incorporador. A instrumentalização do negócio jurídico tem natureza, portanto, contratual. Diante de eventual dificuldade em honrar sua contraprestação (dado que negócio jurídico sinalagmático), e sobrevindo o inadimplemento, e restando inviável a recomposição das partes, outra alternativa não restará senão o desfazimento do negócio. Segundo o art. 472, CC/02 o distrato deverá observar a mesma forma adotada pelo contrato original, donde concluímos pela sua natureza contratual e pela consequente imperatividade da convergência de vontades. Assim, na hipótese de inadimplemento de uma das partes, rejeitado o distrato pela outra, independente da *ratio*, a única solução plausível será o manejo de ação judicial visando à resolução contratual.

Não raro, busca-se uma justificativa social para o desfazimento do negócio por parte do adquirente, normalmente associada à conjuntura macroeconômica, que acabam assolando a coletividade como um todo e cada um dos indivíduos particularmente. A crise do mercado imobiliário brasileiro, que começou a se apresentar em 2014, com inspiração tardia na bolha imobiliária norte-americana de 2007, é uma justificativa fática real que tem repercussões importantes para os consumidores e para os agentes econômicos de mercado, como as construtoras e incorporadas. Ocorre que esse argumento não jurídico não nos interessa para um análise normativa, senão como um dado de realidade contextualizador.

O que se enfrenta, portanto, é qual o tratamento jurídico adequado para este cenário que envolva o distrato de contrato de compra e venda de unidade imobiliária autônoma objeto de incorporação por vontade do adquirente, diante da variedade de normas jurídicas disponíveis no ordenamento jurídico, organizadas em microssistemas, e diante do dever prioritário de coerência sistêmica. É o que se busca analisar com respaldo na filosofia do direito, em especial, a teoria geral do ordenamento jurídico.

O artigo 53 do CDC trata, especificamente, da nulidade de cláusula de perdimento total de prestações pagas pelo adquirente de imóvel, com ou sem pacto adjeto de alienação

imobiliária, em benefício do alienante, quando pleitear o distrato, ainda que baseado em seu inadimplemento. *Verbis*:

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

O seu comando normativo está contextualizado na principiologia do Código de Defesa do Consumidor de garantir a harmonia entre os partícipes da relação jurídica incorporativo-consumerista, destacando-se a proibição de cláusulas abusivas, cuja nulidade de pleno direito é prevista pelo artigo 51 do CDC⁵⁵, supra colacionado, mas que novamente destacamos a inaceitabilidade de cláusulas: a) que impliquem renúncia de direitos (inciso I); b) que impliquem perdimento total do quanto efetivamente gasto pelo consumidor (inciso II); c) que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou que contrariem a boa-fé e a equidade (inciso IV); e d) que autorizem ao cancelamento unilateral do contrato pelo fornecedor, sem equivalente permissivo ao consumidor (inciso XI).

Uma análise sistemática do art. 53, amparada pelo suporte principiológico do Código de Defesa do Consumidor, indica que qualquer cláusula de decaimento (no magistério de Pontes de Miranda) – prevendo o perdimento total ou significativo das prestações pagas pelo consumidor – contrariará a nova lógica paradigmática da boa-fé, da equidade contratual entre as partes, implicando inexorável vantagem excessiva à parte contrária e, portanto, seu enriquecimento ilícito.

Em realidade, o CDC, sensível à realidade socioeconômica e à relevância do setor de construção civil – pródigo em incluir tais cláusulas de decaimento em seus contratos com os adquirentes – cuidou de tratar especificamente do tema, não se conformando com os

⁵⁵ Cf. Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim (2001, p. 325-326) ao comentar o art. 39, V do CDC, que considera como prática abusiva a exigência ao consumidor de vantagem manifestamente excessiva: “Note-se que, neste ponto, o Código mostra a sua aversão não apenas à vantagem excessiva concretizada, mas também em relação à mera *exigência*. Ou seja, basta que o fornecedor, nos atos preparatórios ao contrato, solicite vantagem dessa natureza para que o dispositivo legal tenha aplicação integral.

“Mas o que vem a ser vantagem excessiva? O critério para o seu julgamento é o mesmo da vantagem exagerada (art. 51, §1º). Aliás, os dois termos não são apenas próximos. São sinônimos.”

comandos proibitivos de abusividade pelos princípios nele encetados, estabelecendo comando próprio no art. 53, que não só trata da abusividade do perdimento, mas disciplina expressamente a sua aplicabilidade a contratos que envolvam compra e venda de móveis e imóveis. Assim, resta evidenciada a sua intenção de alcançar as relações jurídicas incorporativas⁵⁶.

Claudia Lima Marques (2011, p. 1049) observa que “a desvantagem exagerada é um dos novos parâmetros da abusividade colocados para o exercício da cognição do juiz, uma vez que a própria lista de cláusulas abusivas do art. 51 é meramente exemplificativa”. Analisando especificamente o contrato de incorporação imobiliária, analisa a cláusula de decaimento para concluir pela sua abusividade e por assegurar vantagem exagerada à incorporadora:

Em contrato visando a angariar poupança privada para suportar ônus da construção de bens imóveis, com o fito de depois revendê-lo àqueles que contribuíram na construção do imóvel, prevê esta cláusula que o consumidor deva sofrer a perda total ou de grande parte (geralmente uma porcentagem do total) das quantias já pagas, ao mesmo tempo que assegura ao empregador a propriedade do imóvel já construído, fim maior do contrato; imóvel este, diga-se que poderá ser novamente revendido.

Certo é que referida cláusula assegura uma dupla vantagem ao incorporador – a propriedade do imóvel construído e a propriedade do dinheiro que o financiou -, deixando ao promitente comprador, na maioria das vezes nem mesmo imitado na posse no imóvel, absolutamente nada. A desvantagem do consumidor em virtude desta cláusula é dupla: nem uso, nem propriedade do imóvel construído com sua poupança obtém, nem reembolso da quantia adiantada consegue.” (MARQUES, C., 2011, p. 1049).

A jurisprudência nacional é reiterada, sobretudo a do STJ, posicionando-se acerca da abusividade da cláusula de perda, que assegure vantagem excessiva ao contratante mais forte.

INCORPORAÇÃO. Resolução do contrato. Cláusula de decaimento. Restituição. CDC.

Não tem validade a cláusula pela qual os promissários compradores perdem a totalidade das prestações pagas durante a execução do contrato de incorporação. Recurso conhecido e provido em parte para determinar a restituição de 90% do valor pago. (STJ, T4. Resp 238.011/RJ, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 29.02.200, DJ 08/05/2000).

⁵⁶ Cf. CAMBLER, 2014, p. 219.

Incorporação. Resolução do contrato. Restituição. Lei 4.591/64. Código de defesa do consumidor.

1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, e regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente à resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado.

3. Porém, não viola a lei o acordão que examina fatos e contratos à luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há cuidar de devolução das prestações pagas.

Recurso não conhecido (sumulas 5 e 7). (STJ. T4. REsp 80.036/SP, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, j. 12.02.1996, DJ 25.03.1996)

CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL CONSTRUÍDO. INADIMPLENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESCISÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS.

O devedor, inadimplente em virtude de onerosidade excessiva, seja por desequilíbrio resultante da desvalorização da moeda ou de critérios para atualização das prestações, pode pleitear a rescisão do contrato.

A cláusula, contida em contrato de promessa de compra e venda de imóvel, prevendo a perda total das prestações pagas é nula nos termos do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Autoriza-se, todavia, a retenção pelo promitente-vendedor de um certo percentual que, pelas peculiaridades da espécie, fica estipulado em 5% do valor pago pelos promitentes-compradores mais o que vier a ser arbitrado, em liquidação de sentença, a título de ocupação do imóvel. (STJ, T4, Resp 302.520/MG, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 11.03.2003, j. 11.03.2003, DJ 30.06.2003).

RECURSO ESPECIAL - CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - RESILIÇÃO PELO PROMITENTE-COMPRADOR - RETENÇÃO DAS ARRAS - IMPOSSIBILIDADE - DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS - PERCENTUAL QUE DEVE INCIDIR SOBRE TODOS OS VALORES VERTIDOS E QUE, NA HIPÓTESE, SE COADUNA COM A REALIDADE DOS AUTOS - MAJORAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

1. A Colenda Segunda Seção deste Superior Tribunal de Justiça já decidiu que o promitente-comprador, por motivo de dificuldade financeira, pode ajuizar ação de rescisão contratual e, objetivando, também reaver o

reembolso dos valores vertidos (EREsp no 59870/SP, 2o Seção, Rel. Min. Barros, DJ 9/12/2002, pág. 281).

2. As arras confirmatórias constituem um pacto anexo cuja finalidade é a entrega de algum bem, em geral determinada soma em dinheiro, para assegurar ou confirmar a obrigação principal assumida e, de igual modo, para garantir o exercício do direito de desistência.

3. Por ocasião da rescisão contratual o valor dado a título de sinal (arras) deve ser restituído ao réus debendi , sob pena de enriquecimento ilícito.

4. O artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor não revogou o disposto no artigo 418 do Código Civil, ao contrário, apenas positivou na ordem jurídica o princípio consubstanciado na vedação do enriquecimento ilícito, portanto, não é de se admitir a retenção total do sinal dado ao promitente-vendedor.

5. O percentual a ser devolvido tem como base de cálculo todo o montante vertido pelo promitente-comprador, nele se incluindo as parcelas propriamente ditas e as arras.

6. É inviável alterar o percentual da retenção quando, das peculiaridades do caso concreto, tal montante se afigura razoavelmente fixado.

7. Recurso especial improvido. (STJ, T3, Resp 1056704/MA, rel. Min. Massami Uyeda, j. 28.04.2009, *DJe* 04.08.2009).

Não se olvida que o desfazimento do negócio significa uma anormalidade no planejamento da incorporadora-fornecedora, que, efetivamente, pelo equilíbrio das partes e pelo interesse na sustentabilidade dos interesses econômicos, há de ser compensada. O que não se justifica é que, para tanto, onere excessivamente a outra parte e que, assim, enriqueça ilicitamente. Com efeito, é inerente à sua atividade o risco, que, aliás, se manifesta em tantos outros aspectos da complexidade de atos que envolvem a incorporação (tanto é verdade, que muito se discutiu sobre a validade da cláusula de tolerância de 180 dias que os contratos costumam trazer, já prevendo eventuais atrasos no andamento das obras, a despeito do planejamento e cronologia dos trabalhos ser de ordem lógica e quase tautológica ao conceito de incorporação.). Inadmissível é que se pretenda compartilhar o risco com quem não faz parte do processo produtivo, não compartilha atividade empresária e não participa da distribuição dos lucros auferidos com o negócio imobiliário, pretendendo inserir álea na relação jurídica incorporativa com o consumidor.

O mecanismo de recomposição do equilíbrio a favor do fornecedor seria, pela principiologia geral, a compensação por perdas financeiras que o desfazimento do negócio possa representar. A jurisprudência firmou entendimento pela equidade da compensação representada pela devolução de despesas administrativas e publicidade, além de defasagem do

bem, variando, atualmente, o percentual de restituição entre 10% e 25% do valor efetivamente pago quando da contratação até o distrato⁵⁷.

CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE. AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 51, II, 53 E 54. CÓDIGO CIVIL, ART. 924.

I. A rescisão do contrato por inadimplência do comprador dá ao vendedor direito à retenção de parte das prestações pagas, a título de compensação por despesas administrativas e defasagem do bem.

II. Ausência de indicação da norma legal violada quanto aos juros remuneratórios.

III. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido. (STJ, T4, Resp 302.215/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho Jr., j. 20.05.2004, *DJe* 23.08.2004).

O Tribunal de Justiça de São Paulo, seguindo a tendência dos demais tribunais, sobretudo os superiores, editou a Súmula 1 sobre o tema:

Súmula 1. O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitas pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.

Consolidando o entendimento, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento datado de 26.08.2015, aprovou a Súmula 543, *verbis*:

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

⁵⁷ Cf. Simões e Cunha (2016, p. 406): “É necessária, todavia, a análise individual de cada caso, pois há situações em que tal percentual pode ser maior do que o estabelecido como razoável pelo STJ e, mesmo assim, fazer justiça às partes, como nas situações em que o adquirente já utilizou o imóvel, situação em que deve ser considerado o tempo que ali permaneceu e o estado da conservação do bem.”

Em conclusão, por tudo quanto exposto, levando-se em consideração a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas incorporativas (respeitado o espectro de incidência, sobretudo em vista da qualificação subjetiva do consumidor, em termos de sua vulnerabilidade e da destinação fática e econômica), em diálogo com o princípio do *pacta sunt servanda* que rege as relações privadas, além dos primados da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equidade, parece razoável o entendimento permissivo quanto ao distrato nos negócios jurídicos incorporativos por iniciativa do consumidor, reconhecendo a abusiva da cláusula de decaimento em benefício do fornecedor, contando que – em vista do total reequilíbrio e harmonia entre as partes – seja-lhe garantida uma justa recomposição da perda com o desfazimento do negócio.

3 A COERÊNCIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

O núcleo central de interesse deste trabalho reside no conflito normativo em um determinado ordenamento jurídico (sob o ponto de vista da Filosofia e da Teoria do Direito), sendo, portanto, imperativo partir exatamente do estudo do ordenamento jurídico, enquanto um ambiente pródigo de normas prescritivas de diferentes condutas, cuja pluralidade e juízos de qualificação “multidirecional” ensejam o aparecimento de conflitos.

Um dos expoentes e precursores de aprofundamento do estudo do ordenamento jurídico é jusfilósofo italiano Norberto Bobbio (1999), em seu *Teoria do Ordenamento Jurídico*, que passa ser a nossa referência central.

Para a compreensão do tema, imperativa a contextualização teórica da concepção do ordenamento jurídico e as suas consequências enquanto palco dos conflitos normativos. Neste sentido, explica Bobbio que o Direito – em sua acepção de direito objetivo –, sendo um fenômeno complexo, adota como referência um *sistema normativo*, assim considerado em sua integralidade e não apenas em uma única norma. Assim, a sua única condição de existência é a *pluralidade de normas*, haja vista que seria inconcebível todas as ações humanas possíveis fossem reguladas por um único tipo de norma de conduta⁵⁸ (ao mesmo tempo permissiva, proibitiva e imperativa).

Mas é exatamente da inexorável pluralidade de normas no ordenamento jurídico e da multiplicidade de relações entre elas que advêm os conflitos. Essa problemática é estudada por Bobbio (1999, p. 22-35) sob três aspectos: a) o primeiro, quanto à *unidade* entre as normas, implicando uma análise sobre a *hierarquia* entre elas; b) o segundo, sob a perspectiva da constituição de um *sistema*, engendrando o enfretamento das *antinomias jurídicas*; e c) o terceiro, acerca da *completude*, cujo foco de atenção passa ser as *lacunas*. Constituído e analisado um ordenamento jurídico, então o exame se detém na correlação entre sistemas.

⁵⁸ Num sistema jurídico coexistem, ao lado das normas de conduta, normas de estrutura ou competência. (BOBBIO, 1999, p. 33).

Considerando que o escopo do nosso trabalho está no conflito normativo, restringiremos o nosso estudo à questão da coerência do sistema (para o que a unidade será uma premissa verdadeira).

3.1 CONCEITO DE SISTEMA

Bobbio (1999, p. 71) define sistema como “uma totalidade ordenada, um conjunto de entes entre os quais existe uma certa ordem”. E, neste sentido, “para que se possa falar de ordem, é necessário que os entes que a constituem não estejam somente em relacionamento com o todo, mas num relacionamento de coerência entre si.” É exatamente segundo essa premissa que o sistema jurídico deve ser analisado: sendo ele constituído por normas jurídicas, mais do que uma simples justaposição, é necessário que haja uma coerência entre elas para que esse ordenamento seja considerado como um sistema.

Maria Helena Diniz (1999, p. 8) analisa o sistema sob duas perspectivas: enquanto um conjunto de elementos (*nexo*) e um instrumento de análise (*método*). Assim, “todo sistema é uma reunião de objetos e seus atributos (que constituem o seu repertório), relacionados entre si, conforme certas regras (estruturas do sistema), que variam de concepção em concepção.” Motivada por essa acepção mais metodológica, afirma ser o sistema jurídico “o resultado de uma atividade instauradora que congrega os elementos do direito (repertório), estabelecendo as relações entre eles (estrutura), albergando uma referência à mundividência que animou o jurista, elaborador desse sistema, projetando-se numa dimensão significativa.” (1999, p. 9).

Estudando o fundamento de validade da norma jurídica, Hans Kelsen (1999, p. 217) em seu *Teoria Pura do Direito*, afirma ser possível a distinção de dois tipos de sistemas: estático e dinâmico.

Um sistema de normas cujo fundamento de *validade e conteúdo* de validade são *deduzidos* de uma norma pressuposta como norma fundamental é um *sistema estático de normas*.

[...]

O tipo *dinâmico* é caracterizado pelo fato de a norma fundamental pressuposta *não ter por conteúdo* senão a instituição de um fato produtor de normas, a atribuição de poder a uma autoridade legisladora ou – o que significa o mesmo – uma *regra que determina como devem ser criadas as*

normas gerais e individuais do ordenamento fundado sobre esta norma fundamental. (KELSEN, 1999, p. 218-219, grifos nossos).

Assim, o sistema estático é aquele “no qual as normas estão relacionadas umas às outras como proposições de um sistema dedutivo”, i.e. mediante uma operação lógica dedutiva (do particular para o geral), uma determinada norma decorre de outra originária mais genérica (e esta de outra e assim por diante), ligando-se, umas às outras, pelo seu conteúdo (relação material). Este é o mecanismo dos postulados ou axiomas de um sistema científico, assim como do sistema moral, cujas normas “são muitas vezes reconduzidas a uma norma tida como imediatamente evidente” (KELSEN, 1999, p. 218). Já o sistema dinâmico se caracteriza por normas que se relacionam não pelo seu conteúdo, mas, sim, por um fundamento formal, que é a autoridade de produção normativa (relação formal). E, neste caso, “a norma que constitui o ponto de partida da questão não vale por força do seu conteúdo, ela não pode ser deduzida da norma pressuposta através de uma operação lógica. Tem de ser posta por um ato [...]” (KELSEN, 1999, p. 219). Para Kelsen, os ordenamentos jurídicos seriam do tipo dinâmico⁵⁹.

Analisando o sistema jurídico pelo princípio dinâmico, então a relação entre as normas jurídicas seria apenas formal, de modo que o enfoque se restringiria às fontes de produção normativa. Assim, *quanto mais complexo o sistema, maior a pluralidade de fontes normativas*, donde “parece não haver dúvida de que possam existir normas produzidas por uma fonte em contraste com normas produzidas por outras”. Assim, “deve-se concluir que num *sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas.*” (BOBBIO, 1999, p. 74, grifos nossos).

Bobbio pondera, então, que o enfrentamento da oposição entre duas normas depende do necessário exame de seu conteúdo, de nada adiantando a referência apenas à autoridade emanadora. Neste sentido, pondera se as oposições normativas dentro de um sistema normativo teriam o condão de desestabiliza-lo e desorganiza-lo a ponto de desnatura-lo enquanto um ordenamento, passando a ser imprescindível o estudo sobre as condições e os

⁵⁹ “O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de (sic) uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada – uma última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta [Grundnorm]”. (KELSEN, 1999, p. 221).

limites de existência e validade de um sistema; em outras palavras, como se manifesta a sua *coerência*.

O que se observa é que existe uma busca quase que intuitiva da coerência do ordenamento jurídico, o que, *de per si*, já revelaria o seu caráter sistêmico. Neste esteio, se dá a dita interpretação sistemática, em que se busca a compatibilização de normas no sistema jurídico (distribuídas, pelo menos em partes organizadas, ou em microssistemas ou, ainda, em ramos) pela consideração de todas as normas em conjunto, ou ainda pela busca de fundamento de validade⁶⁰ em uma *ratio* impalpável do sistema em si (o “espírito da norma”).

Ainda, admitindo-se esse dever de coerência do sistema jurídico, equivaleria a admitir um *princípio de que determinasse a observância de compatibilidade normativa*, cuja consequência seria a eliminação de pelo menos um das normas em desajuste. O questionamento de Bobbio se dá no sentido de que, *a priori*, o princípio da compatibilidade não se coadunaria exatamente com o princípio dinâmico, já que a identificação das fontes normativas não necessariamente afastará a incompatibilidade, apontando quais normas dentro do sistema seriam válidas. “Nesse sentido, nem todas as normas produzidas pelas fontes autorizadas seriam normas válidas, mas somente aquelas compatíveis com as outras.” (BOBBIO, 1999, p. 80-81).

Miguel Reale em sua *Teoria Tridimensional do Direito* trata do alcance da realidade jurídica, que, segundo sua reflexão, depende do abandono da discriminação metodológica, tão arraigada à estrutura do Direito. Para tanto, a *fórmula realeana* – na expressão de Josef Kunz – é: “Direito é um integração normativa de fatos segundo valores.” (REALE, 2003, p. 119). Mais do que isso, a correlação entre esses três elementos – fato, valor e norma –, segundo ele, é dialética, havendo “uma dinamicidade integrante e convergente entre esses três fatores, de tal maneira que temos três ordens de dialética conforme o seu sentido dominante no processo, da seguinte maneira”: fato – valor – norma; norma – valor – fato; e norma – fato – valor. (REALE, 2003, p. 120).

⁶⁰ Que, em última análise, residiria na própria Constituição, fonte emanadora de normas e princípios de observância geral, inclusive pelas outras fontes normativas (leis, decretos, regulamentos etc.).

Desta feita, da tridimensionalidade jurídica de Reale, o sistema jurídico seria composto de três subsistemas – normativo, fático e valorativo – que se retroalimentam e que não dispensam correlação, razão pela qual são isomórficos. “Logo o sistema normativo é *aberto*⁶¹, está em relação de importação e exportação de informações com os outros sistemas (fático e valorativo), sendo ele próprio parte do sistema jurídico.” (DINIZ, 1999, p. 12). Na hipótese de incongruência entre esses subsistemas quebra-se a isomorfia, formando-se uma lacuna; se houver conflito dentro do subsistema normativo⁶², haverá antinomia.

3.2 CONFLITO NORMATIVO COMO PROBLEMA TEÓRICO

Giorgio Del Vecchio, em ensaio datado de 1928 (apud BOBBIO, 1999, p. 75), traz interessante ponderação acerca do sistema e da coerência, e que surpreende pela sua atualidade:

Cada proposição jurídica em particular, mesmo podendo ser considerada também em si mesma, na sua abstratividade, tende naturalmente a se constituir em sistema. A necessidade da coerência lógica leva a aproximar aquelas que são compatíveis ou respectivamente complementares entre si, e a eliminar as contraditórias ou incompatíveis. A vontade, que é uma lógica viva, não pode desenvolver-se também no campo do Direito, *a não ser que ligue as suas afirmações, à guisa de reduzi-las a um todo harmônico.* (grifamos).

Depreende-se, assim, que o conflito normativo enquanto problema jurídico não é recente, já encontrando eco desde a Antiguidade e século XVII⁶³, e exsurgindo próximo da sua concepção atual com a Revolução Francesa, que consolidou a “lei enquanto fonte do direito, o controle da legalidade das decisões judiciais, e principalmente, a concepção do direito como sistema” (DINIZ, 2009, p. 2). É neste contexto que a figura do homem ganha relevância, como ator responsável pelas mudanças das estruturas sociais e políticas, ensejando inclusive, no campo normativo, o enaltecimento dos direitos individuais. Tércio Sampaio

⁶¹ Sobre sistemas fechados e abertos, cf. LUHMAN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempos Brasileiro, 1983. v.1-2.

⁶² Maria Helena Diniz (1999, p. 12-13) chama a atenção ao fato de que “a fusão dos elementos do direito num só bloco não impede a existência daqueles subsistemas [normativo, fático e valorativo] acima citados. Variedade concebida de modo unitário é sistema, que nada mais é senão uma unidade epistemológica de conjuntos.”

⁶³ Cf. Maria Helena Diniz, 2009, p. 2; Norberto Bobbio, 1999, p. 81.

Ferraz Jr. (apud Maria Helena Diniz, 1999, p. 5) apresenta interessante análise sobre essa centralização do *homem como fundamento e objeto da positivação*:

[...] mundo, lugar da experiência humana, passa ser encarado pelo homem como um conjunto e problemas que atuam sobre ele motivacionalmente. Todo o problema tem a capacidade de mobilizar uma série de soluções, de questões abertas, passando a exigir do ser humano uma atividade específica: planejamento e decisão, implicando uma situação ambígua: de um lado a relação torna-se, meramente, pragmática do homem com o mundo, pois aquele vendo neste apenas um problema transforma a sua ação em decisão, isto é, uma opção hipotética, que deve modificar-se de acordo com os resultados e cuja validade repousa no seu bom funcionamento; de outro lado, observa-se a progressiva perda do senso comum e a dissolução dos valores aí implicados, que explicam um certo vazio espelhado na ausência de padrões últimos de julgamento, portanto, de base segura para a própria ação de decidir.”

O fenômeno da *positivação jurídica* marca a importância da *lei como fonte formal* do direito e a sua *sistematização*, além do abandono dos parâmetros imutáveis de conduta e ordem social, inspirado pelo pragmatismo do homem com o mundo. E, com ele, “cresce a disponibilidade espaciotemporal do direito, pois a sua validade se torna mais maleável, podendo ser limitada no tempo e no espaço, adaptada a prováveis necessidades de futuras revisões” (DINIZ, 1999, p. 5-6).

Assim, o cenário em que insere o Direito é dinâmico e plútime, exigindo-se a sua adaptabilidade às mudanças e alternatividade de necessidades humanas. A produção normativa, portanto, na tentativa de acompanhar a evolução da vida social e das relações jurídicas (com um costumeiro atraso, é verdade, especialmente em vista do processo legislativo), acaba sendo constante e pródiga, tal como as decisões judiciais, que se ocupam da sua aplicabilidade. Esse mecanismo chama especial atenção na pós modernidade, com o recrudescimento do pluralismo subjetivo e da necessidade regulamentação dos interesses antagônicos em busca de conformação. O interessante é que a dinâmica e o incremento da produção normativa ampliam a (possibilidade de) satisfação das necessidades humanas e das mais diversas relações jurídicas, e, portanto, a eficácia real das normas e a segurança do próprio sistema; mas, paradoxalmente, a mesma dinâmica produtiva insere no sistema normas jurídicas em aparente falta de sincronia material, ensejando conflitos internos que abalam a estabilidade do sistema jurídico. Daí a questão do conflito de normas se tratar de problema que se liga à coerência do ordenamento jurídico.

Neste sentido a ponderação de Maria Helena Diniz (1999, p. 6): “Foi preciso que o direito fosse concebido como sistema normativo para que a antinomia e sua correção se revelassem como problemas teóricos. A antinomia jurídica aparece como um elemento dos conflitos normativos, pois todo o sistema deve e pode alcançar uma coerência interna.”

Para tratar da imperatividade da resolução de contradições dentro de um sistema, e, portanto, do dever de coerência na teoria de Bobbio, a autora se refere a “princípio da unidade”, na terminologia de Karl Engisch: “Esse princípio da unidade pode levar-nos à questão da correção do direito incorreto. Se se apresentar uma antinomia ou um conflito entre normas, ter-se-á um estado incorreto do sistema, que precisará ser solucionado, pois o postulado desse princípio é o da resolução das contradições.” (DINIZ, 1999, p. 13).

3.3 ANTINOMIAS

Dá-se o nome de antinomia à incompatibilidade normativa, que, presente no contexto do sistema jurídico, compromete a sua homogeneidade e a segurança jurídica que justifica a sua própria concepção. Considerando que a problemática tem como elemento central a norma jurídica, mister se faz analisar, ainda que brevemente, a sua estrutura e os relacionamentos possíveis entre normas que possam ensejar conflitos.

Alerte-se que não objetiva, o presente trabalho, analisar toda uma teoria da norma, seja pela sua densidade e complexidade, seja porque foge do escopo principal. De toda sorte, traçaremos algumas considerações apenas para termos subsídios teóricos nas análises seguintes e também para manter a nossa própria coerência lógica (nosso raciocínio empregado) e para fazer jus à nomenclatura e aos conceitos utilizados por vários juristas que usamos como fonte.

Em seu *Teoria da Norma Jurídica*, Bobbio (2005, p. 72) assevera que, do ponto de vista formal, a norma jurídica é uma proposição, pertencente à categoria geral *proposição prescritiva*. Como ensina a lógica, a prescrição, é um conjunto de palavras que, em sua unidade, possuem um significado. Observe-se que um conjunto de palavras sem significado não se confunde com uma proposição falsa, dado que, para ser proposição, a sua condição

essencial é a existência de um significado. A veracidade ou falsidade de uma proposição diz respeito ao critério valorativo que o intérprete dispõe para julgá-la, em outras palavras, corresponde aos seus critérios de verdade disponíveis.

A norma jurídica é uma proposição porque dela decorre um significado, e “o que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é justamente o seu significado.” Assim, a norma jurídica é uma *proposição normativa prescritiva*, consistindo sua função principal⁶⁴ a influência no comportamento alheio, a fim de modificá-lo (mediante um comando). Além disso, caracteriza-se também como proposição prescritiva⁶⁵⁶⁶ (e, portanto, também normativa prescritiva): a) pelo comportamento do destinatário, que se manifesta pela execução do comando (é um comportamento prático); e b) pelo critério de valoração, por não estar sujeita à valoração de veracidade ou falsidade, mas, sim, de validade ou invalidade (ou de justo ou injusto; de oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente). Com efeito, os predicados (quanto à aceitação) aplicáveis às proposições prescritivas obedecem a dois critérios: a) um de ordem material, que é a correspondência com valores íntimos (critério de justificação material), donde os predicados serão justa ou injusta (oportuna ou não oportuna); e b) ou formal, que é a derivação das fontes primárias de produção normativa (critério de justificação formal), cujo predicado será válida ou inválida. (BOBBIO, 2005, p. 80-83).

Refletindo sobre o princípio lógico da não contradição, Maria Helena Diniz (1999, p. 13-14) traz importante consideração para a Filosofia do Direito que resume de modo bem didático as implicações da distinção entre proposição e norma:

⁶⁴ Segundo Bobbio, três são as funções fundamentais da linguagem: a “função descritiva, própria da linguagem científica, consiste em dar informações, em comunicar aos outros certas notícias, na transmissão do saber, em suma, em *fazer conhecer*; a função expressiva, própria da linguagem poética, consiste em evidenciar certos sentimentos e em tentar evocá-los, de modo a *fazer participar* os outros de uma certa situação sentimental; a função prescritiva, própria da linguagem normativa, consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio e modificá-lo, em suma, no *fazer fazer*.” (BOBBIO, 2005, p. 78).

⁶⁵ Que a diferencia de uma proposição descritiva: a) quanto à função, é meramente informativa; b) quanto ao destinatário, cujo consentimento ao conteúdo propositivo se manifesta pela sua crença; e c) quanto ao critério de valoração, podendo ser verdadeira ou falsa. (BOBBIO, 2005, p. 80). Além disso, o predicado aplicável à sua aceitação corresponde aos fatos (critério de verificação empírica), ou aos postulados auto-evidentes (critério de verificação racional). (BOBBIO, 2005, p. 82).

⁶⁶ A teoria da imperatividade do direito ou das normas como comandos (imperativos) se ocupa desta premissa de que as normas que compõe o ordenamento jurídico são de natureza prescritiva. (BOBBIO, 2005, p. 145).

O princípio lógico da não-contradição é aplicável à asserção que pode ser verdadeira ou falsa, e uma contradição lógica entre duas asserções consiste em que apenas uma ou outra poder ser verdadeira, logo, se só uma delas é a verdadeira, a outra terá de ser falsa. Uma norma não é nem verdadeira nem falsa, mas válida ou inválida. O conflito de normas pressupõe que ambas as normas conflitantes sejam válidas, pois do contrário não haveria conflito. Se o princípio da não-contradição tivesse aplicação nas normas conflitantes, só uma delas teria validade, logo não haveria conflito. Contudo, o enunciado do jurista que descreve uma ordem normativa, construindo um sistema, afirmando que uma determinada norma é válida, e especialmente a proposição jurídica, que descreve uma ordem jurídica, afirmando que, de harmonia com essa mesma ordem jurídica, sob determinados pressupostos, deve ou não ser posto um certo ato coercitivo, podem ser verdadeiros ou falsos. Por isso, *o princípio da não-contradição pode ser aplicado às proposições jurídicas que descrevem as normas e só indiretamente às normas.* Há uma contradição lógica apenas entre a asserção segundo a qual uma norma é válida e a asserção de que esta norma é inválida. Se uma é verdadeira, a outra não o é. No caso de uma contradição lógica entre duas asserções, uma delas é falsa desde o princípio. **O conflito de normas não é uma contradição lógica**, mas poderia ser comparado a duas forças que agem sobre o mesmo ponto em direção contrária, de modo que entre duas normas conflitantes existiriam um desacordo ou uma oposição e não um contradição lógica. (grifos nossos).

Segundo os ensinamentos de Bobbio (1999, p. 82; 2005, p. 184-185), é possível enumerar quatro funtores deônticos (modalizadores), que são por ele designados “figuras de qualificação normativa”: *obrigatório* (“O” ou *ominis*), *proibido* (“O não” ou *nullus*), *permitido positivo* (“não O não” ou *non omnis*) e *positivo negativo* (“não O” ou *nonnullus*), todos em relacionamento intercorrente^{67 68}.

Assim, para se verificar a eventual incompatibilidade entre as normas jurídicas, deve-se proceder à correlação entre duas proposições normativas, que não poderão ser ambas verdadeiras (do contrário não haveria incompatibilidade), resultando em seis relações: 1) entre obrigatório e proibido; 2) entre obrigatório e permitido negativo (não fazer); 3) entre proibido

⁶⁷ Para maior elucidação do tema, verificar quadro ilustrativo dos referidos relacionamentos nas obras citadas de Norberto Bobbio. Originalmente, na *Teoria da Norma Jurídica* (BOBBIO, 2005, p. 185); e, posteriormente, reproduzida em *Teoria do Ordenamento Jurídico* (BOBBIO, 1999, p. 82).

⁶⁸ Segundo Bobbio temos também: a) entre uma norma que obriga um fazer e outra que o permite há subalternidade e um relação de implicação, “no sentido de que a verdadeiro do primeiro (subalternante) deduz-se da verdade do segundo e vice-versa”; b) entre uma norma que proíbe um fazer e outra que não faze-lo também há um subalternidade e relação de implicação; e c) entre uma norma que permite fazer e outra que permite não fazer há uma subcontrariedade, de modo que vale “a regra de que podem ser ambos verdadeiros, mas não podem ser ambos falsos.” (BOBBIO, p. 1999, p. 84).

e permitido positivo (fazer); 4) obrigatório e permitido positivo (fazer); 5) proibido e permitido negativo (não fazer); e 6) permitido positivo (fazer) e permitido negativo (não fazer). Assim, chega-se à seguinte conclusão:

Diz-se que duas proposições são *contrárias* quando não podem ser ambas verdadeiras, mas podem ser ambas falsas; que são *contraditórias* quando não podem ser ambas verdadeiras nem ambas falsas; que são *subcontrárias* quando podem ser ambas verdadeiras, mas não podem ser ambas falsas; enfim, que são *subalternas* quando da verdade da primeira pode-se deduzir a verdade da segunda, mas a verdade da segunda não pode deduzir a verdade da primeira (e, vice-versa) [...]. Entre dois contrários afirma-se que há relação de *incompatibilidade*; entre dois contraditórios, de *alternativa*; entre dois subcontrários, de *disjunção*; entre o subalternante e o subalternado, de *implicação*. (BOBBIO, 2005, p. 185)

Partindo-se da análise das proposições normativas e da definição de que proposições incompatíveis são aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, Bobbio conclui por **três hipóteses de incompatibilidade normativa, ou seja, de antinomias**: “1) entre uma norma que *ordena* fazer algo e outra norma que *proíbe* fazê-lo (*contrariedade*); 2) entre uma norma que *ordena* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*); e 3) entre uma norma de *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*).” (BOBBIO, 1999, p. 85)⁶⁹.

3.3.1 CONDIÇÕES DE VALIDADE

Além das hipóteses supra referidas, a configuração da antinomia depende também do implemento de algumas condições.

Em primeiro lugar, *ambas as normas devem ser vigentes e devem pertencer ao mesmo ordenamento, in casu*, o ordenamento jurídico, considerado como o direito positivo, posto. Neste sentido, não haveria se falar em antinomia entre uma norma moral e uma norma jurídica, dado que “a relação entre elas expressa um conflito de deveres, sob o prisma moral e não sob o ponto de vista jurídico” (DINIZ, 1999, p. 22), ou entre um norma do Direito

⁶⁹ Procederemos ao estudo analítico de um caso prático no Capítulo 6, quando correlacionaremos o art. 32, § 2º da Lei . 4.591/1964 e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990.

Natural e outra do Direito Positivo, ou entre uma norma de Direito Interno e outra de Direito Internacional.

Em segundo lugar, é imperativo que *ambas as normas tenham o mesmo âmbito de validade*, de modo que, por exemplo, não haveria se falar em antinomia entre normas do ordenamento jurídico brasileiro e outras de ordenamentos pertencentes a outra soberania, como o ordenamento jurídico francês, alemão etc. A análise comparativa entre ordenamentos jurídicos tem efeito apenas doutrinário, mas nunca jurídico. Segundo Bobbio (1999, p. 87), o *âmbito de validade normativo* deve ser analisado sob quatro *aspectos*: temporal, espacial, pessoal e material.

Assim, temos que: a) sob o *aspecto temporal*, ambas devem ser vigentes; b) sob o *aspecto espacial*, ambas devem estar contidas no mesmo limite espacial de incidência; c) sob o *aspecto pessoal*, é imperativo que as normas “*prescrevam ordens ao mesmo sujeito*” (DINIZ, 1999, p. 23); e d) sob o *aspecto material*, ambas deverão ter operadores opostos (*permitir, obrigar* – o que se liga às hipóteses antinômicas supra referidas), assim como os seus conteúdos deverão ser mutuamente excludentes.

Para fins elucidativos, replicamos os exemplos oferecidos por Bobbio que, justamente pela singeleza, permitem uma fácil compreensão sobre o tema. Em capítulo mais adiante faremos análise casuística mais aprofundada entre o art. 32, §2º da Lei n. 4.591/1964 e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990, a partir da análise exatamente dessas condições.

[...] Não constituem duas normas que não coincidem com respeito a:

- a) validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com: “É permitido fumar das sete às nove”;
- b) validade espacial: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com: “É permitido fumar na sala de espera”;
- c) validade pessoal: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com: “É permitido aos adultos fumar”;
- d) validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

Menciona-se, ainda, a observância do âmbito de *validade formal*, donde ambas as normas devem ter a mesma fonte formal, ou seja, *devem ter sido emanadas da mesma autoridade competente*.

Tércio Sampaio Ferraz Jr.⁷⁰, citado por DINIZ (1999, p. 23) sustenta também ser imperativo que “o sujeito, a quem se dirigem as normas conflitantes, deve ficar numa posição insustentável.” “Não deve ter meios para se livrar dela, por faltarem critérios, quando a antinomia se dá entre normas cronológica, hierárquica e especialmente semelhantes e por inconsistência de critérios existentes, como é o caso da meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, que é parcialmente inefetiva, e do conflito entre os critérios hierárquico e de especialidade”.

3.3.2 CLASSIFICAÇÃO

Bobbio (1999, p. 88-89) destaca, ainda, que as antinomias podem ser distintas conforme a *maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas*, para tanto utilizando-se da terminologia de Alf Ross⁷¹. Os exemplos são de Bobbio:

a) *Antinomia total-total*: configura-se quando as duas normas incompatíveis possuem o igual âmbito de validade, engendrando incompatibilidade absoluta. Nesta hipótese, nenhuma das duas poderá ser passível de aplicação pelo intérprete sem que entre em conflito com a outra. Por exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. Segundo DINIZ (1999, p. 29), tais casos são mais raros e “a busca de uma resolução, conforme as circunstâncias, deve ser feita por meio de interpretação baseada em dados alheios ao texto.”

b) *Antinomia parcial-parcial*: dá-se quando as duas normas incompatíveis tiverem âmbito de validade “*em parte igual e em parte diferente*”. Assim, os campos de aplicação de uma e da outra conflitam em uma parte e outra não. Por exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema”.

⁷⁰ Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Antinomia, in *Enciclopédia Saraiva do Direito*, p. 13.

⁷¹ Cf. ROSS, Alf. *On law and justice*. Londres, 1958, p.128-9.

c) *Antinomia total-parcial*: se perfaz quando, das duas normas incompatíveis, uma delas possui âmbito de validade igual ao da outra. Ou seja, “se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte do da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira”. Desta forma, em hipótese alguma a primeira norma poderá ser aplicada sem entrar em conflito com a segunda. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete, na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, somente cigarros.”

Outra classificação dá-se *quanto ao conteúdo* das antinomias: a) *antinomia própria*: decorrente de razão formal, independente do conteúdo material. Trata-se da antinomia normativa que decorre do fato de duas normas possuírem caráter deôntico⁷² oposto; isto é, ocorre quando uma determinada conduta é prescrita em uma norma, mas proibida pela outra em contraste. São os tipos de antinomia de que tratamos até o presente momento; b) *antinomia imprópria*: ao revés, decorre do conteúdo material da norma. Para Bobbio, a despeito emprego pela linguagem jurídica, trata-se de situações outras que não a antinômica, por isso a adjetivação imprópria (1999, p. 89). Podem ser 1) *antinomias de princípios*, “se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato dela fazerem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito” (DINIZ, 1999, p. 27). “Fala-se de antinomia no Direito com referência ao fato de que um ordenamento jurídico pode ser inspirado em valores contrapostos (em opostas ideologias).” (BOBBIO, 1999, p. 90)⁷³; 2) *antinomia valorativa ou de valoração ou de avaliação*, presente quando o “legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizada, pondo-se em conflito com as valorações”, por exemplo, quando se prescreve uma pena mais grave para um delito menor (DINIZ, 1999, p. 27; BOBBIO, 1999, p. 90)⁷⁴; 3) *antinomia teleológica*, que decorre de uma impropriedade de meio, em vista da “incompatibilidade entre os fins propostos por certa norma e os meios

⁷² Não seria despendioso reiterar: funtor ou conector ou modal deôntico é um operador linguístico que permite modalizar asserções propositivas, sobretudo utilizado na lógica.

⁷³ “As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis. É lícito supor que uma fonte de normas incompatíveis possa ser o fato de o ordenamento estar minado por antinomias de princípio.” (BOBBIO, 1999, p. 90).

⁷⁴ “Não se deve falar de antinomia nesse caso, mas de injustiça. O que antinomia e injustiça têm em comum é que ambas dão lugar a uma situação que pede uma correção: mas a razão pela qual se corrige a antinomia é diferente daquela pela qual se corrige a injustiça. A antinomia produz *incerteza*, a injustiça produz *desigualdade*, e portanto a correção obedece nos dois casos a diferentes valores, lá ao valor da ordem, aqui ao da igualdade.” (BOBBIO, 1999, p. 90-91).

previstos por outra para a consecução daqueles fins” (DINIZ, 1999, p. 280⁷⁵; e 4) *antinomia técnica*, atinente à falta de uniformidade da terminologia legal.

Finalmente, no âmbito das antinomias próprias, podem ser classificadas *quanto ao critério de solução*: a) *antinomia aparente*, quando há critérios para a solução dessas normas dentro do ordenamento jurídico, portanto, são solúveis; b) *antinomia real*, quando não há critério normativo para a solução. Neste caso, “o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de critério [de solução] ou por conflito entre os critérios dados.” (BOBBIO, 1999, p. 92).

3.4 HERMENÊUTICA JURÍDICA E OS CRITÉRIOS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Conforme vimos analisando, o ordenamento jurídico tende a se organizar como um sistema, onde se prima pela coexistência e compatibilidade normativa como instrumento de garantia de coerência, segurança e estabilidade do próprio sistema e da realidade social que rege. Assim, ser-lhe-á inexorável inadmitir a incompatibilidade normativa em seu âmbito, donde a solução desejável implicará a eliminação de uma das normas (derrogação) ou mesmo de ambas (ab-rogação). Ato contínuo, a questão que se coloca é acerca de qual das normas é que terá a aplicação de comando normativo afastada, reclamando a definição de critérios de solução das antinomias.

Neste sentido, manifesta-se Maria Helena Diniz (1999, p. 13): “Para tanto, o jurista lançará mão de uma interpretação corretiva, guiado pela interpretação sistemática, que o auxiliará na pesquisa de critérios, para solucionar a antinomia, a serem utilizados pelo aplicador do direito. É preciso frisar que o princípio lógico da não contradição não se aplica às normas conflitantes, mas às proposições que as descrevem.”

A experiência pretoriana firmou, ao longo do tempo, três critérios para a solução de antinomias. Reitera-se, entretanto, que situações haverá em que tais critérios serão insuficientes, seja porque nenhum deles poderá ser aplicado, seja porque mais de um poderá, ensejando, em ambos os casos, o que se chamou de antinomia real (cf. Item 4.3. supra).

⁷⁵ “Aqui a oposição nasce, na maioria das vezes, da insuficiência do meio; mas, então, trata-se mais que de antinomia, de *lacuna*.” (BOBBIO, 1999, p. 91).

Maria Helena Diniz (1999, p. 33) atenta que, assim como o conflito entre normas não é contradição lógica, o princípio sistêmico da não contradição também não é um princípio lógico. Por conseguinte, a natureza dos critérios para a solução de antinomias também não será de princípio lógico. Para ela, trata-se de “critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implicitamente pelo legislador, apesar de se aproximarem muito das presunções.”

a) *Critério Cronológico (lex posteriori derogat priori)* – leva em consideração a vigência das normas em contradição, postulando que “entre normas gerais estabelecidas pelo mesmo órgão em diferentes ocasiões, a validade da norma editada em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz.” (KELSEN apud DINIZ, 1999, p. 34). É um princípio jurídico fundamental no entendimento de Alf Ross, ainda que não reste expresso em determinado ordenamento jurídico.⁷⁶

Esse critério da *lex posteriori* é previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, *ex vi* da “Lei de Introdução às Normas Brasileiras” (Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942, com a nova nomenclatura que lhe foi dada pela Lei n. 12.376, de 30/12/2010), artigo 2º. Com efeito, em seu *caput*, é traçada uma disposição de caráter generalíssimo, concernente ao aspecto temporal de validade de todas normas: a vigência de uma norma é perene e manterá essa condição até que outra (posterior) a modifique ou revogue. Quanto à revogação normativa, poderá ser a) *expressa*, quando houver menção específica na lei posterior, implicando a sua expulsão da norma anterior do sistema normativo; b) *tácita*, quando, embora não expresse o ato, o conteúdo normativo entre as normas for completamente incompatível ou apresentar nova regulamentação da matéria, tornando-o inaplicável (§1º).

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º **A lei posterior revoga a anterior** quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

⁷⁶ Apud Maria Helena Diniz (1999, p. 35).

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência. (grifos nossos).

A respeito da revogação, entendemos importante reproduzir um ponto com que se preocupa Maria Helena Diniz (1999, p. 36), qual seja, a possibilidade de surgimento de conflitos entre as novas disposições (oriundas da norma posterior) e as relações jurídicas já definidas sob a regência da norma anterior, conflito este que se apresente, sobretudo, “quando a nova norma vem modificar ou regular, de forma diferente, a matéria versada pela anterior, no todo (ab-rogação) ou em parte (derrogação).” Segundo Diniz, a solução em tal hipótese depende da aplicação de dois critérios: 1) primeiro, mediante o *direito intertemporal*, positivado pelas disposições transitórias, que são as normas previstas no próximo texto legal, com vigência temporária, que objetivam a conciliação entre as disposições contidas na nova norma e as relações jurídicas definidas sob a égide da lei anterior; 2) segundo, pelos *princípios da retroatividade e da irretroatividade das normas*, que são as construções doutrinárias para resolver esses mesmos conflitos, quando da ausência de normas transitórias. O direito brasileiro se preocupou evitar alguma sorte desses conflitos, resguardando o ato jurídico, o direito adquirido e a coisa julgada (artigo 6º, §§ 1º a 3º da Lei de Introdução às Normas Brasileiras e o artigo 5º, XXXVI da CF/88).

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Incluído pela Lei nº 3.238, de 1957)

Art. 5º (CF/88) [...]

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada

b) *Critério Hierárquico (lex superior derogat inferiori)* – baseia-se da superioridade da fonte de produção normativa, postulando pela prevalência da norma hierarquicamente

superior, independente de sua ordem cronológica. “[...] essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.” (BOBBIO, 1999, p. 93). A Constituição é considerada a norma máxima de um ordenamento jurídico, à qual todas as outras normas devem respeito. Eis a demonstração do caráter hierárquico constitucional, que, quanto ao ordenamento jurídico brasileiro, pode ser depreendido, sobretudo, pelas disposições acerca do processo legislativo (artigo 59 da CF/88) e sobre o controle de constitucionalidade concentrado (artigo 103 da CF/88).

Hans Kelsen (1999, p. 246-247), expoente jurista da Escola de Viena, tratou da estrutura escalonada da ordem jurídica:

[...] Como, dado o caráter dinâmico do Direito, uma norma somente é válida porque e na medida em que foi produzida por uma determinada maneira, isto é, pela maneira determinada por uma outra norma, esta outra norma representa o fundamento imediato de validade daquela. A relação entre a norma que regula a produção de uma outra e a norma assim regularmente produzida, pode ser figurada pela imagem espacial da supra-infra-ordenação. A norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (grifos nossos).

c) *Critério da Especialidade (lex specialis derogat generali)* – determina a prevalência da norma especial sobre a norma geral, justamente em vista de seu caráter diferenciador, mediante a “passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *specie* do *genus*)” (Bobbio, 1999, p. 96). Outrossim, trata-se de uma típica situação antinômica do tipo total-parcial, donde afasta-se a aplicação apenas da parte da norma geral que for incongruente com o comando da norma especial.

Maria Helena Diniz (1999, p. 40) traz uma elucidação importante:

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e **mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes**. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim o *bis in idem*, pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também previsto na geral (RJTJSP, 29:303).

Bobbio (1999, p. 96) entende que esse tratamento apriorístico da norma especial “corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria.” É, também, “[...] um processo natural de diferenciação de categorias”, donde se encontra “uma das regras fundamentais de justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu).”

3.5 INSUFICIÊNCIA DE CRITÉRIOS

Conforme asseverado supra, três são os critérios tradicionalmente utilizados para a solução de antinomias ditas aparentes: a) o cronológico, para o enfrentamento de normas sucessivas; b) o hierárquico, tratando da incompatibilidade entre normas de mesmo nível; e c) o da especialidade, que cuida do conflito entre uma norma geral e outra especial.

Entretanto, hipóteses há quando esses critérios não se mostram suficientes para a solução da problemática, por exemplo, quando estamos diante de duas normas gerais, contemporâneas e de mesma hierarquia. Bobbio (1999, p. 97) afirma que, a princípio, as antinomias total-total e parcial-parcial não se satisfazem com os critérios elaborados pela incapacidade de prevalência de um sobre o outro.

O propósito do presente trabalho, entretanto, é demonstrar a possibilidade de solução de uma antinomia parcial-parcial pela aplicação de um *quarto critério hermenêutico*, que decorre da interpretação lógica dos próprios critérios já consagrados, sobretudo no que diz respeito às considerações acerca da generalidade e da especialidade normativa, ao qual denominamos de “*especialidade de segundo grau*”. Esta será tese apresentada no Capítulo 5, partindo da análise comparativa entre o art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 e o artigo 53 da Lei n. 8.078/1990.

Existe alguma aceitação quanto a aplicação da interpretação da *ex favorabilis* em contraposição à *lex odiosa*. A inconveniência desta fórmula, como alerta Bobbio (1999, p. 99), reside na “simples razão de que a norma jurídica é bilateral, quer dizer, ao mesmo tempo que atribui um direito a uma pessoa e impõe uma obrigação (positiva ou negativa) a outra, sonde resulta que a interpretação a favor de um sujeito é ao mesmo tempo odiosa para o sujeito em relação jurídica com o primeiro, e vice-versa.” A ambiguidade do cânone esconde uma discricionariedade relegada ao intérprete, de ordem totalmente subjetiva, que será o seu senso de justiça e/ou a sua ideologia na escolha a qual sujeito favorecer.

De toda sorte, quando os *critérios tradicionais são insuficientes*, qualquer resposta ao caso concreto dependerá exclusivamente do intérprete, que procederá a uma de três operações hermenêuticas: a) interpretação ab-rogante “univalente”, em que se procede à eliminação de uma das normas contraditórias; b) interpretação ab-rogante “bivalente”, mediante a eliminação de ambas as normas contrárias; e c) interpretação corretiva, em que se conserva ambas as normas incompatíveis, desde que seja demonstrada a possibilidade de coexistência em vista da aparente incompatibilidade entre as normas, muitas vezes decorrente de uma precedente má interpretação da correlação normativa. Introduzindo-se, assim, uma parcial modificação no texto, também se procede a uma interpretação ab-rogante parcial.

De qualquer forma, nos interessa assinalar que a terminologia “ab-rogação”, em realidade, traz uma impropriedade técnica. É que o termo significa a expulsão da norma do sistema jurídico, o que somente é possível de ser implementado por ato legislativo de revogação. Como as interpretações referidas são realizadas ou pelo jurista, que não possui qualquer poder normativo; ou pelo magistrado, que tem poder apenas de determinar a não aplicação normativa em determinado caso concreto, remanescendo, em ambos os casos, a norma efetivamente válida no sistema jurídica, trata-se de interpretações ab-rogantes em sentido impróprio.

3.6 CONFLITO DE CRITÉRIOS E ANTINOMIA DE SEGUNDO GRAU

Podem haver circunstâncias em que, para determinados conflitos normativos, mais de um critério possa vir a ser aplicado, de modo que, se se optar por um, o outro restará afastado,

e vice-versa, ensejando uma *incompatibilidade de segundo grau*. Para este tipo de antinomia aplicam-se as seguintes formulações:

a) *Conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico*: a situação se apresenta quando uma norma superior anterior conflita com uma norma inferior posterior. Se se aplicasse o primeiro critério, prevaleceria a primeira norma mais antiga; se o segundo critério, a segunda norma mais nova. Nesta situação prevalece o critério da hierarquia sobre o cronológico (*lex posteriori inferior non derogat priori superiori*). Como ensina Maria Helena Diniz (1999, p. 50): “Prevalecerá, portanto, o critério hierárquico, por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo, e, além disso, a aplicação do critério cronológico sofre uma limitação por não ser absoluta”.

Exemplo da superioridade do critério da especialidade sobre o cronológico está na entrada em vigência, no direito brasileiro, do Código Civil de 2002 – Lei n. 10.406, de 10/01/2002 (lei geral) em contraposição ao Código do Consumidor – Lei n. 8.078, de 11/09/1990, já então vigente (lei especial).

Neste sentido, MARQUES, C. (2004, p. 35):

[...] a revogação do CDC pelo CC/02 como lei mais nova não ocorreu. A lei geral mais nova geralmente preserva as leis especiais e regula expressamente os conflitos e sua hierarquia. O CC/2002, na sua versão aprovada em janeiro de 2001, não possui uma norma de revogação geral tácita, mas, sim, revoga expressamente o próprio Código Civil de 1917 e parte do Código Comercial de 1850, afirmando apenas “Art. 2045. Revogam-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916 – Código Civil e a Parte Primeira do Código Comercial, Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.”

b) *Conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico*: a situação se põe entre uma norma especial anterior colida com outra geral posterior. Nesta hipótese, aplicando-se o primeiro critério, prevalece a primeira norma especial; se o segundo, prevalece a segunda norma posterior. A regra geral solucionadora é a prevalência do critério especial sobre o cronológico (*lex posteriori generali non derogat lex priori speciali*). “[...] deve ser tomada com uma certa cautela, e tem valor menos decisivo que o da regra anterior.” (BOBBIO, 1999, p. 108), já que , “[...] às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes.” (DINIZ, 1999, p. 50).

c) *Conflito entre critério hierárquico e o critério da especialidade*: trata-se de caso de uma norma superior geral e outra inferior especial. Se aplicarmos o critério hierárquico, prevalece a norma superior; se o segundo da especialidade, prevalece a norma especial. Segundo ensina Bobbio (1999, p. 107-109), “não existe uma regra geral consolidada”, sendo certo que a solução “dependerá do intérprete”, “mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais a uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional.” Nas palavras de Diniz (1999, p. 51), a supremacia do critério da especialidade se justificaria “a partir do mais alto princípio da justiça: *suum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que o ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’.”

Assim, finalmente, quando houver a viabilidade a aplicação de mais de um critério, perfazendo, pois, um *choque de critérios*, configurar-se-á a hipótese de *antinomia real*.

4 O DIÁLOGO DAS FONTES

A vida social não é estática e, portanto, cedo ou tarde acaba exigindo uma adaptação normativa às mudanças de comportamento social. Mesmo que o processo legislativo não consiga acompanhar contemporaneamente essa alternatividade da realidade fática, conforme a maior complexidade e dinâmica social, amplia-se a variedade de relações jurídicas e, conseqüentemente, a exigência de um tratamento normativo adequado ao qual possam se subsumir. A pós-modernidade substancializa a hiperatividade e hipercomplexidade social e a profusão legislativa que, inevitavelmente, trazem ao campo normativo a conflitualidade inerente ao substrato social, ensejando, de certa forma, uma crise de insegurança.

A opção ideológica da Constituição Federal brasileira de 1988 foi, acintosamente, de natureza híbrida, em vista da harmonização de diversos interesses sociais antagônicos no mesmo corpo normativo, conferindo, de certa forma, uma “unidade” no tratamento isonômico que a sua base principiológica buscou reunir. Não é por razão diversa que o homem, como maior interessado na estabilização social, é o centro de preocupação constitucional, a ele sendo resguardados direitos e garantias fundamentais. Mas como a natureza humana também é plúrima, “multidirecionais” são os seus interesses, razão pela qual a Carta Constitucional procurou, propositadamente, eleger premissas básicas e disciplinar horizontalmente os interesses de diferentes grupos sociais, dentre eles o dos consumidores. Todos estes, sob o manto protetor constitucional, em conjunto, em unidade, refletem os valores justapostos orientadores da sociedade, caracterizando-se, assim, pela sua função social.

Por essa perspectiva, poder-se-ia afirmar que algumas antinomias aparentes são desejadas, incentivadas e criadas pela Constituição Federal, como meio de destacar e dar tratamento isonômico aos diferentes interesses, relegando ao intérprete solucionar eventuais conflitos de ordem prática, perceptíveis e palpáveis apenas a depender da casuística, “com a conseqüente relativização de dogmas e postulados considerados absolutos, como a própria autonomia da vontade nos contratos e a vontade de contratar.” (MARQUES, C., 2011, p. 623). Neste contexto é que se colocam os interesses de consumidores e dos agentes econômicos, que agem, quase que paradoxalmente, de modo simbiótico, estimulando um devir econômico-social.

Luis Roberto Barroso (2003, p. 34-35) traz interessantes considerações teóricas sobre o tema, debruçado nos ensinamentos de Chaim Perelman e de Peter Häberle:

A perspectiva pós-positivista e principiológica do Direito influenciou decisivamente a formação de uma moderna hermenêutica constitucional. Assim, ao lado dos princípios materiais envolvidos, desenvolveu-se um catálogo de princípios instrumentais e específicos de interpretação constitucional. Do ponto de vista metodológico, o problema concreto a ser resolvido passou a disputar com o sistema normativo a primazia na formulação da solução adequada, solução que deve fundar-se em um linha de argumentação apta a conquistar racionalmente os interlocutores, sendo certo que o processo interpretativo não tem como personagens apenas os juristas, mas a comunidade como um todo.

O novo século se inicia fundado na percepção de que o Direito é um sistema aberto de valores. [...]

O diálogo das fontes do alemão Erik Jayme⁷⁷, trazido ao Brasil por Claudia Lima Marques – cuja terminologia já vem, inclusive, sendo adotada pelos ⁷⁸Tribunais Superiores –, com foco na heterogeneidade das fontes, característica do pós-modernismo, visa à restauração da coerência do sistema jurídico, mediante a coordenação das fontes multifárias, sob a luz dos valores constitucionais, garantindo-se a eficiência funcional sistêmica. (MARQUES, C., 2012, p. 19; 2011, p. 628; 2004, p. 43).

⁷⁷ “[...] le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources le plus hétérogènes [...] toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement; elles ‘parlent’ l’une à autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles dissent.” (apud MARQUES, C., 2012, p. 18). Cf. JAYME, Eric. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. *Recueil des Cours de l’Académie de Droit Internationale de la Haye, Haye, Nijhoff, 1995, II, p. 259.*

⁷⁸ Cf. STJ, T3, REsp 1009591/RS, rel. Min Nancy Andrigli, j. 13.04.2010, *Dje* 23.08.2010:

“CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO.

- O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC.

- Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo.

- Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, por ser mais favorável ao consumidor.

- Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos.”

Baseada na coexistência de paradigmas, apresenta-se, assim, como instrumento metodológico e uma técnica para a solução de antinomias aparentes, mediante a convivência e a coordenação sistemática das fontes normativas com campos de aplicação diferentes, mas convergentes a um mesmo sistema jurídico.

A proposta de coordenação das fontes de Erik Jayme é uma coordenação flexível e útil (*effet utile*) das normas em conflito no sistema, a fim de restabelecer a sua coerência e ressaltar os direitos humanos (*Leitmotiv* da teoria de Erik Jayme). Trata-se, em última análise, de uma mudança de paradigma: de retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico (ou do “monólogo” de uma só norma possível a “comunicar” a solução justa) à convivência dessas normas, ao diálogo das normas para alcançar a sua *ratio*, e a finalidade “narrada” ou “comunicada” em ambas, sob a luz da Constituição, de seu sistema de valores e dos direitos humanos em geral. (MARQUES, C., 2012, p. 29; 2004, p. 44).

A aplicabilidade da Teoria do Diálogo das Fontes se desenvolve mediante três comunicações e interações possíveis entre as normas jurídicas antagônicas: a) pelo “diálogo sistemático de coerência”, quando da aplicação simultânea de duas leis e uma delas puder servir como base conceitual para a outra, sobretudo quando uma for geral e a outra especial; b) pelo “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade” em antinomias aparentes ou reais, mediante a aplicação coordenada de duas leis, quando uma pode complementar, direta ou indiretamente; e c) pelo “diálogo de coordenação e adaptação sistemática” (*double sens*), que é a influência recíproca e sistemática entre os conceitos estruturais das leis. (MARQUES, C., 2004, p. 45-46; MARTOS; TARTUCE, 2013, p. 176-177).

Não é o objetivo do presente trabalho uma análise pormenorizada da Teoria do Diálogo das Fontes, que, apesar de interessante, demandaria outra sorte de corte epistemológico e, portanto, outro foco analítico e argumentativo. De toda sorte, não poderíamos deixar de referenciar essa teoria de aplicação tão moderna, justamente por trazer como seu objeto de cognição também o conflito normativo e propor um método de interpretação sistemática, “fundado na unidade do ordenamento e supremacia da Constituição, cuja contribuição original da diretriz de compatibilização de norma e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementariedade.” (MIRAGEM, 2012, p. 109).

Outrossim essa teoria dialógica se apresenta como um método hermenêutico alternativo aos critérios consagrados de solução de antinomias. Já a proposta do presente trabalho funda-se justamente na apreensão e sistematização de um quarto critério, de natureza derivativa dos demais critérios tradicionais, mormente no que tange à correlação entre generalidade e especialidade normativas, daí a *nomem* escolhido “*especialidade de segundo grau*”. Não se trata de abordagens mutuamente excludentes – a nossa e o diálogo das fontes – convergindo no propósito de vislumbrar a isonomia como princípio, visar à eficácia do sistema jurídico diante de fontes normativas heterogêneas e à conservação das normas dadas, mediante a coexistência paradigmática e a coordenação normativa; e, assim, evitar que a insuficiência de critérios afete o dever de coerência sistêmica.

5 HIPÓTESE DE ANTINOMIA APARENTE ENTRE A LEI N. 4.591/1964 E A LEI N. 8.078/1990

5.1 A LEI N. 4.591/1964 ENQUANTO LEI ESPECIAL

Conforme explorador alhures, a incorporação se contextualiza com a revolução urbana, a concentração populacional nas cidades, o impulso à verticalização e às práticas econômicas comerciais a ela relacionadas. No Brasil não foi diferente, observando-se um aumento na construção de edifícios na década de 1930. O aparecimento da figura de um intermediador e construtor, visando à organização do empreendimento e à reunião de pessoas interessadas, praticamente se confunde com o desenvolvimento do instituto e da “institucionalização” da atividade econômica.

A primariedade do desenvolvimento do negócio e a falta de gestão profissional ensejaram problemas sociais, como o abandono de obras e a decorrente irresponsabilidade das pessoas envolvidas, despertando o interesse social na regulamentação da matéria. Na década de 50, quando houve um incremento mais substancial das práticas “incorporativas”, dada a ausência de disciplina jurídica específica, os operadores do direito se socorriam do Código Civil de 1916. (RIZZARDO, 2014, p. 232).

Sendo assim, o tratamento normativo específico da atividade incorporativa – e diga-se de passagem, também do regime condominial, dada a correspondência fenomenológica entre ambos – deu-se apenas com a edição da Lei n. 4.591/1964, que sofreu modificações posteriores, sendo regulamentada pelo Decreto n. 55.815/1965.

Neste esteio, a legislação se preocupou em definir os limites da atividade em si (artigo 28, parágrafo único), relacionando-os umbilicalmente com a figura responsável pelo seu desenvolvimento: o incorporador (artigo 29). Daí depreende-se a delimitação do seu espectro normativo: a validade subjetiva assume a centro da normatização, tomando por base um critério objetivo, uma vez que guarda relação direta entre o comportamento daquele sujeito (agente econômico) com os limites objetivos da atividade econômica em si (validade material).

Insero no âmbito direito privado, o Direito Imobiliário Incorporativo guarda íntima relação com o Direito Civil (sobretudo contratual) e com o Direito Econômico, garantindo-se-lhe, entretanto, um regime jurídico próprio e bastante restrito.

Traçando uma análise comparativa entre a Lei n. 4.591/1964 e o Código Civil de 2002, especialmente no que lhes toca – i.e., a transmissão de propriedade de imóveis –, assevera Melhim Namem Chalhub (2013, p. 169):

Com efeito, a Lei n. 4.591/1964 reveste o contrato de transmissão da propriedade de imóveis em construção de feição de própria, mais ampla e mais complexa do que aquela definida pelo direito comum para a compra e venda de imóveis com construção já averbada no Registro de Imóveis e para a prestação de serviços de construção.

A promessa de compra e venda, por exemplo, embora tipificada no art. 1.417 do CC/2002, além da anterior tipificação do Dec.-lei 58/1937 e da Lei 6.766/1979, quando contratada no contexto da incorporação, a promessa submete-se a regime jurídico especial, pelo qual deve conter outros elementos além daqueles estabelecidos pelo Código Civil, sejam os inerentes à construção, sejam os correspondentes aos requisitos legais definidos na Lei 4.591/1964, tais como o prévio registro de um conjunto de documentos denominado Memorial de Incorporação, a apresentação, pelo incorporador, de relatórios periódicos sobre o andamento da obra, e, ainda, a atuação de uma Comissão de Representantes do adquirentes no curso do contrato.

Everaldo A. Cambler (2014, p. 92-93) trata da especialidade da Lei n. 4.591/1964, destacando a tipicidade do contrato de incorporação por ela definida:

A Lei 4.591/1964 reuniu, em um só mesmo diploma, a atividade empresarial da incorporação e o regime jurídico da propriedade horizontal, imprimindo tipicidade a um novo contrato, qualificando o incorporador e enumerando as exigências para o lançamento de edifícios coletivos. A lei articulou formalmente na contratualística brasileira a incorporação imobiliária, bem como concedeu ao contrato de construção os mesmo foros de tipicidade, cogitando dos seus aspectos gerais, das obrigações das partes, bem como das modalidades de que se pode revestir (por empreitada ou administração)

[...]

Com a tipificação dada pela lei especial, o contrato incorporativo constitui-se um espécie contratual de traços inconfundíveis. Essa tipicidade, definida e disciplinada em lei, fundiu, numa unidade complexa, contratos distintos: compra e venda ou promessa de compra e venda da fração ideal do terreno, a promoção de edificação, a instituição de condomínio, todos reunidos em torno de um causa e um fim comuns. Interessante notar que, muito embora indubitavelmente a tipicidade do contrato incorporativo em face do tratamento específico que a legislação deu a ele, em nenhum momento a

legislação pertinente outorgou-lhe expressamente um nome específico, como ocorreu com o contrato de construção, preferindo apenas sugeri-lo.

Outro ponto importante acerca da Lei n. 4.591/1964, também lembrado por Everaldo Augusto Cambler, diz respeito à sua derrogação pelo Código Civil de 2002. Na verdade, o dissenso se guarda relação mais significativa com as nas disposições normativas concernentes ao condomínio edilício e não à atividade de incorporação. De toda sorte, experimentamos também um conflito normativo, aqui entre uma norma geral (CC/02) e outra especial (LCI), do tipo total-parcial. As normas não foram expressamente identificadas pelo CC/2002, ensejando dúvidas e um maior esforço do intérprete quando da análise pragmática. No entender do citado autor (CAMBLER; 2014, p. 34):

Contudo, quando as normas não são pontualmente identificadas, surge a dúvida. A nosso sentir, a revogação dos artigos da Lei 4.591/1964 aconteceu de forma pontual, de maneira a preservar o tratamento da lei especial a aspectos não regulados pelo novo Código Civil, como, v.g., o §1º do art. 1.331 do CC/2002, que faz referência às partes suscetíveis de utilização independente, tais como apartamentos, escritórios, salas, lojas, sobrelojas ou abrigos para veículos, mas não faz menção às casas térreas ou assobradadas, reguladas no art. 8º, a, da Lei 4.591/1964

Deveras, quando se lê o art. 1.331, §1º, do CC/2001, tem-se a impressão de que não mais seria possível criar o condomínio edilício sobre casas térreas ou assobradadas (referência específica do art. 8º, a, da Lei 4.591/1964), quando sabemos que isso não condiz com a realidade.

Outro exemplo, do art. 5º da Lei 4.591/1964, não reproduzido no Código Civil de 2002, indica que a meação de paredes, soalhos e tetos das unidades isoladas regular-se-á pelo disposto no Código Civil. Essa referência é importante para garantir a divisão, em partes iguais, das despesas de conservação (art. 1.297, §1º, CC/2002), bem como a utilização até om meio da espessura (art. 1.306 do CC/2002).

Desta forma, a existência de traços peculiares e exclusivos ao contrato de incorporação, sob a regência específica da Lei n. 4.591/1964 permite afirmar que é uma norma especial no ordenamento jurídico, cuja espectro normativo específico há de ser considerado e coordenado com as normas do ordenamento, sejam elas gerais, sejam elas também especiais, como o é a Lei n. 8.078/1990.

5.1.1 ANÁLISE DO ARTIGO 32, § 2º

O estudo pontual do art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 tem o condão de concretizar as ponderações teóricas concernente a esta lei especial.

Relembre-se que o objeto central da atividade incorporativa é a alienação, a um adquirente, de fração ideal de terreno, vinculada a uma unidade autônoma incorporada a ser construída ou em construção, sob regime especial, por parte do incorporador, mediante o recebimento antecipado de valores, destinados a comporem recursos para a viabilização do próprio empreendimento.

Justamente por se tratar de um venda de coisa futura, cuja contraprestação é considerada, pelo menos parcialmente, como recurso financeiro a ser investido na própria construção, a legislação acaba por impor algumas condições e comportamentos significantes. Assim é que, contido no bojo do art. 32, §2º, exsurge uma regra de conduta direcionada com especial anseio ao adquirente, que proíbe a revogação contratual por manifestação da sua vontade. Trata-se, pois, de uma cláusula proibitiva do direito de arrependimento por parte do adquirente. *Verbis*:

Art. 32 [...]

§ 2º *Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004).* (grifos nossos).

Da leitura específica da norma, infere-se o objetivo do legislador: proibir ao sujeito – *adquirente de unidade imobiliária autônoma* – um determinado fazer – *rescindir o negócio jurídico entabulado com o fornecedor no ambiente do mercado de incorporação imobiliária*.

Podemos então formular o comando normativo como uma proposição normativa prescritiva, donde temos: *É proibido, ao adquirente de unidade imobiliária, distratar o contrato imobiliário firmado [com o incorporador] no âmbito do mercado de incorporação imobiliária*.

Finalmente, considerando que a Lei n. 4.591/1964, foi recepcionada pela CF/88, confirma-se a sua *validade formal*. Decompondo-se os âmbitos de validade da norma, teríamos: a) *validade espacial*: o mercado incorporativo em todo o território brasileiro (tratando-se de lei federal); b) *validade temporal*: desde a sua entrada em vigor (sobremodo desde a recepção, quando inaugurada a nova ordem jurídica); c) *validade subjetiva*: destina-se a norma aos adquirentes de unidade imobiliárias incorporadas e os incorporadores (e alguns outros sujeitos, a depender da norma específica); e d) *validade material*: proibição do direito de arrendimento e consequente proibição de rescisão contratual de compra e venda de incorporação imobiliária.

5.2 A LEI N. 8.078/1990 ENQUANTO LEI ESPECIAL

A motivação para o regramento do consumidor tem clara motivação ideológica e isso deixamos claro em toda explanação histórica da edição da Lei n. 8.078/1990, sendo de alguma clarividência a intenção de aproximação da realidade normativa à realidade fática, social, que entendeu por bem (desde a promulgação da Constituição Federal, de 05.10.1988) dar tratamento diferenciado a uma categoria de pessoas consideradas em vulnerabilidade frente à evolução do mercado: os consumidores. Para tanto, em termos normativos tratou da sua validade subjetiva, mediante a eleição de um critério objetivo, o econômico, de modo a permitir determinados comportamentos (validade material) apenas àquela categoria de pessoas.

No âmbito direito privado, o Direito do Consumidor flerta com o Direito Civil e com o Direito Econômico, mas com eles não se confundem. Constitui um efetivo microsistema jurídico, autônomo e com principiologia e regime jurídico próprios. Neste sentido, Claudia Lima Marques:

Dentre as leis do Direito Privado mais importantes no Brasil na última década encontra-se o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), cujo espírito e teleologia estão ligados a um novo paradigma, o paradigma de *diferença*, da *igualdade* dos desiguais, do tratamento desigual para os desiguais, do tratamento de grupos ou plural, de interesses difusos e de equidade, em uma visão mais nova, também chamada de pós-moderna. Efetivamente, o Código de Defesa do Consumidor – CDC é um contraponto em relação ao campo de aplicação do CC/2002, pois prevê o tratamento

especial dos diferentes ou vulneráveis caracterizados como consumidores (Art. 2º, caput, Parágrafo único do Art. 2º, Art. 29 e Art. 17 do CDC). (MARQUES, C., 2004, p. 37-38)

Traçando uma análise comparativa entre o Código Civil/2002, “novo Direito Empresarial” e o Código do Consumidor – todos ramos do Direito Privado – a autora demonstra a especialidade do direito do consumidor. Com efeito, parte da opção do legislador do CC/2002 que, ao prescrever uma nova regulamentação sobre as relações comerciais (que passou a denominar Direito de Empresa ou Empresarial), por sua discricionariedade, incluiu a figura do empresário expressamente no seu bojo, passando a regulá-lo, incorporando-o, portanto, ao seu âmbito de validade. Para tanto, o CC/02 procedeu à derrogação do Código Comercial de 1850, procedendo à revogação expressa. Quanto à figura do consumidor, deliberadamente não o incluiu no seu âmbito de validade, de modo que a sua regência remanesceu pelo CDC, sem qualquer conflito quanto a esse tocante, o que garantiu a qualificação do dispositivo como lei especial em comparação a ela. Assim, insertos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no direito privado, correlacionando os (micro)sistemas, o Direito Civil é norma geral (*genus*), enquanto o Direito do Consumidor é norma especial (*specie*).

Há que se procurar na função social de cada um destes contatos (Art. 421) a linha de sua interpretação. No caso dos contratos de consumo, haverá prioridade (primazia) de aplicação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) em relação ao novo CC/2002. O diferente aqui é o sincretismo de métodos (*Methoden synkretismus*), temos a distinção e a unificação lado a lado, ao mesmo tempo, no mesmo sistema de direito privado brasileiro. Um bom exemplo desta coabitação de métodos legislativos é o próprio Direito de empresa CC/02.

[...]

Comparando a opção brasileira com a realizada na Alemanha, na Reforma do BGB ocorrida entre 2000 e 2001, no Brasil houve a inclusão da figura do ‘Empresário’, mas não a de ‘consumidor’ no Código Civil de 2002. Esta inclusão da figura do empresário no Código Civil Brasileiro de 2002, no Art. 966, sem que tenha sido incluído a do consumidor (semelhantemente ao *Verbraucher* do § 14 do BGB), **deixa intacto o microsistema de direito do consumidor. Assim, o CDC, continua a regular com suas normas especiais – com primazia e prioridade – as relações de consumo.** As normas do CC/2002 podem ser aplicadas às relações de consumo como normas gerais, subsidiárias no que couber, ou quando especificarem sua aplicação ao caso ou contrato. (MARQUES, C., 2004, p. 39-40, grifos nossos).

Podemos trazer, analogicamente, essas considerações, para demarcar o Direito do Consumidor como um microsistema inserto no ordenamento jurídico, cuja consideração de especialização há de ser respeitada e ajustada diante de todas as demais normas do ordenamento, sejam elas gerais, sejam elas também especiais, como o é a Lei n. 4.591/1964.

5.2.1 ANÁLISE DO ARTIGO 53

Para fins de comprovação do processo de diferenciação normativo da Lei n. 8.078/1990 – lei especial que é –, analisaremos o comando normativo do artigo 53, mediante a decomposição dos diferentes aspectos de validade normativa.

O artigo 53 dispõe acerca da abusividade da cláusula de decaimento, por parte do fornecedor, nas hipóteses de rescisão contratual por iniciativa do consumidor, adquirente de bem móvel ou imóvel. Em se tratando de trabalho voltado à discussão de norma que repercute no âmbito do direito imobiliário, procederemos, ainda, a um corte epistemológico em nossa análise, para considerarmos apenas as aquisições de bens imóveis por parte do consumidor.

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

Para podermos proceder a uma acurada depuração normativa aos auspícios da Filosofia do Direito, precisamos “transformar” a leitura da norma jurídica em sua correspondente proposição normativa, de modo a identificar o seu significado. Esse processo cognitivo permite a melhor apreensão do objeto de conhecimento, *in casu*, a norma jurídica insculpida no artigo 53.

Preliminarmente, não se deve deixar de considerar a premissa básica de incidência do microsistema jurídico do Código de Defesa do Consumidor, que diz respeito, principalmente, ao seu objeto e ao seus sujeitos. Como fartamente analisado no Capítulo 2 acima, a regência das normas consumeristas nas relações jurídicas têm como condições essenciais: a) em termos objetivos, seja posto à disposição do consumidor, no mercado de consumo, a *prestação de*

serviços ou produtos decorrentes de atividade de produção, montagem, criação, *construção*, transformação, importação, exportação, distribuição ou *comercialização*, incluindo-se, aqui, o bem imóvel (art. 3º); b) em termos subjetivos: b.1) que essas atividades sejam desenvolvidas com habitualidade por um fornecedor (art. 3º); e b.2) que o consumidor, adquirente e alvo dos produtos e serviços no mercado de consumo, utilize-os como destinatário final, sob o ponto de vista *fático e econômico* (art. 2º).

Da leitura específica da norma depreende-se que um duplo objetivo do legislador: a) permitir ao sujeito – *o consumidor* – um determinado fazer – *rescindir o negócio jurídico entabulado com o fornecedor no ambiente do mercado de consumo*; b) proibir a outro sujeito – *o fornecedor* – um outro fazer – *reter a totalidade da quantia paga pelo consumidor em decorrência da rescisão contratual por ele motivada*. O descumprimento do comando normativo (abarcando os dois aspectos traduzidos pelos modais deônticos *permitir* e *proibir*) enseja a aplicação de uma sanção – *nulidade de pleno direito da cláusula contratual*.

Assim, poder-se-ia enunciar os comandos normativos contidos no artigo 53 pela seguinte proposição normativa prescritiva: *É permitido ao consumidor que adquirir um bem imóvel, mediante contrato de compra e venda oneroso [inclusive o decorrente de incorporação imobiliária], firmado com um fornecedor [que procedeu a venda futura de fração ideal de terreno vinculada a unidade autônoma, sob regime condominial], rescindi-lo sem que haja a retenção total das parcelas por ele pagas*.

Considerando que a Lei n. 8.078/1990 foi promulgada pelo Congresso Nacional, no exercício da competência prevista pelo artigo 24, incisos I e V da CF/88⁷⁹, portanto, emanda da competente fonte normativa (autoridade legislativa), confirma-se a sua *validade formal*. Decompondo-se os âmbitos de validade da norma, teríamos: a) *validade espacial*: o mercado de consumo em todo o território brasileiro (tratando-se de lei federal); b) *validade temporal*: desde a sua entrada em vigência (observando-se o artigo 118 do CDC⁸⁰); c) *validade subjetiva*: destina-se a norma aos consumidores (destinatário final) e aos fornecedores; e d)

⁷⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, *econômico* e urbanístico; [...]

V - produção e *consumo*”

⁸⁰ Pelo artigo 118 da Lei n. 8.078, de 11.09.1990, a vigência se daria em 180 dias após a publicação, que se deu aos 12.09.1990. Logo, a vigência do Código de Defesa do Consumidor se deu em fevereiro de 1990.

validade material: permissão de rescisão contratual de compra e venda (incluindo os de incorporação imobiliária) e proibição de retenção total dos valores pagos.

5.3 DA “ESPECIALIDADE DE SEGUNDO GRAU” DA LEI N. 8.078/1990 FRENTE À LEI N. 4.591/1964

Diante da hipercomplexização das relações jurídicas e da consequente profusão legislativa, não é raro o intérprete se deparar com normas vigentes antinômicas. A doutrina, em diversas oportunidades, procede a operações hermenêuticas, na busca de um elemento diferenciador, capaz de ser a pedra de toque de diferenciação entre duas normas, solucionando a crise quanto à aplicabilidade normativa.

O que se observa é que, muitas vezes, estas análises se restringem ao confronto entre uma norma geral e outra especial. Outra tantas, a doutrina caminha por linhas interpretativas mais subjetivas, com fortes motivações ideológicas e, que não raro, buscam fundamento motivacional e justificador na própria *ratio* de produção normativa. Ocorre que esse procedimento, concentrado em elementos de ordem subjetiva, acabam por confiar a solução do conflito à liberdade do intérprete, o que pode comprometer a legitimidade do critério escolhido, ensejando a sua ineficácia e, ao mesmo tempo, abalando a segurança e coerência do sistema jurídico como um todo. Com efeito, a concepção própria de um sistema [jurídico] pressupõe uma ordem interna do seus elementos fundantes [normas jurídicas], de modo que quanto maior a coordenação entre eles, mais sólida e relevante é a sua coerência interna, contribuindo para a estabilidade e a segurança das relações jurídicas; ao revés, aplicações normativas em sentidos opostos, decorrentes de interpretações distintas (por falta de objetividade), geram soluções diferentes para situações semelhantes, ferindo a isonomia, esta sim cara à ordem jurídica e à realidade social plurissubjetiva e moderna.

Assim, com a preocupação voltada para a consistência e a segurança jurídica, bem como para a aplicação normativa isonômica, sugerimos a revisitação dos critérios interpretativos das antinomias aparentes, pautada em elementos objetivos, decorrentes da observação e interação entre os próprios critérios já existentes.

Como asseverado, o sistema jurídico é pródigo na produção normativa conflitante, onde duas normas vigentes, idênticas nos âmbitos de validade, prescrevam,

contraditoriamente, a mesma conduta, porém parametrizada por modais deônticos conflitantes (*permitir*, a determinado sujeito, um fazer; e *proibir*, ao mesmo sujeito, o mesmo fazer). Também não é raro que, no mesmo contexto relacional, duas normas possam apresentar uma distinção (sutil porém significativa) quanto a apenas *parte* de um determinado âmbito de validade (subjeto, por exemplo), mediante a inserção de um elemento especializante, um *discrimen* que (de tão significativa) tenha a função de alterar ou requalificar, completamente, o respectivo âmbito validade da outra norma. Neste caso, sob um aspecto estrutural (restrito ao determinado âmbito de validade), a norma caracterizada pelo *discrimen* (“norma discriminante”) estará contida na outra norma (“norma generalizante”). Daí poder-se concluir que é esse *discrimen* (critério objetivo diferenciador entre as duas normas restrito a determinado âmbito de validade) tem o condão de conferir uma “superespecialidade” à “norma discriminante” no contexto relacional com a dita “norma generalizante”, em razão do que sugerimos a criação de um quarto critério de solução de antinomias, que designamos de “*especialidade de segundo grau*”.

Entendemos que a inclusão deste quarto critério hermenêutico, fundado em elementos objetivos, derivado dos próprios critérios tradicionais já consagrados, amplia a “sistematização” dos caminhos a serem percorridos pelo intérprete e incentiva a coexistência harmônica das normas dispare insertas no sistema jurídico, contribuindo, assim, para sua coerência. Além disso, pela fundamentação objetiva, favorece a isonomia e segurança às relações jurídica, por tender à aplicação de soluções semelhantes a situações igualmente semelhantes.

Para melhor compreensão, a título exemplificativo, retomemos a análise comparativa entre o art. 32, § 2º da Lei n. 4.591/1964 (LCI) e o art. 53 da Lei n. 8.078/1990 (CDC), poderemos observar que ambas, prioritariamente, buscam dar um comando normativo ao *adquirente* de unidade fração ideal de imóvel vinculada a unidade autônoma incorporada, sob regime condominial (*âmbito de validade subjetivo*), relativamente ao seu comportamento diante do contrato de compra e venda firmado com o incorporador (*âmbito de validade material*), para tanto valendo-se de modais deônticos diversos: enquanto a LCI *proíbe* um fazer – rescisão contratual –; o CDC *permite* o mesmo fazer. Ambas as normas são vigentes (*âmbito de validade temporal*) e são aplicáveis às relações que tomam lugar no mercado de consumo (*âmbito de validade espacial*). No que tange ao *âmbito de validade subjetivo*, deve-se destacar que, para que o CDC tenha aplicabilidade, é imperativo que o sujeito cumpra com

um requisito objetivo, qual seja, que seja destinatário final fático do bem (*elemento especializante* ou *discrimen*). Ou seja, somente se subsumirá à norma consumerista aquele sujeito que cumprir um requisito específico que o âmbito de validade subjetivo impõe: não basta que o sujeito [*adquirente de bem imóvel*], teoricamente, se enquadre na figura de consumidor, por adquirir um produto consumível [*bem imóvel*] colocado à disposição, no mercado de consumo [*imobiliário incorporativo*] por um fornecedor [*incorporador*]; ao revés, é imperativo que o adquirente utilize o bem como destinatário final fático e econômico [*discrimen*], retirando-o totalmente daquela cadeia produtiva, tomando-o para uso e gozo próprios.

Em outras palavras, no CDC existe um elemento objetivo [*destinação final fática*] que requalifica o sujeito da norma [*adquirente de bem imóvel*], de modo que somente assim ele conseguirá alcançar a especialidade subjetiva [*figura do consumidor*] que lhe permite ser atingido pelo espectro material das normas de consumo [*permitir-lhe a revogação contratual com proibição de abusividade*]. De modo prático, se o adquirente for uma pessoa física ou jurídica que adquira um imóvel para seu uso, seu negócio jurídico imobiliário encetado com o incorporador se subsumirá às regras do CDC (Lei n. 8.078/1990); entretanto, se o adquirente for, pessoa física ou jurídica, que adquira o imóvel com a finalidade de recolocá-lo, com habitualidade, no mercado imobiliário, como o caso de investidores pessoas físicas e pessoas jurídicas que tenham por objeto social a negociação de seu patrimônio imobilizado, valorizando e trocando ativos, não poderá ser qualificado como consumidor (por falta de elemento discriminador objetivo), subsumindo, o seu negócio jurídico com a incorporadora, às normas da LCI (Lei n. 4.591/1964).

Em outra palavras, a despeito de ambas as normas – Lei n. 4.591/1964 e a Lei n. 8.078/1990 – serem especiais, a aparentemente antinomia entre o art. 32, § 2º da LCI e o art. 53 do CDC, pode ser solucionada, objetivamente, pela aplicação do quarto critério da “especialidade de segundo grau”. Em vista do *elemento especializante (discrimen)* – manifesto na expressão “destinatário final” no art. 2º [define o consumidor], cuja qualificação tem o condão de atingir todas as demais normas insertas no âmbito material consumerista –, que toca o âmbito de validade subjetivo de ambas as normas (art. 32, §2º da LCI e art. 53 do CDC), pode-se afirmar que a primeira norma (art. 32, §2º da LCI) tem mais amplitude do que a segunda (art. 53 do CDC), apresentando-se como um *genus* para a esta, sua então *specie* neste particular contexto relacional. Enquanto no art. 32, §2º da LCI, o adquirente de unidade

imobiliária é apenas um adquirente; no art. 53 do CDC, pelo qualificador (do art. 2º), o adquirente deixa de ser um simples adquirente para assumir a posição de adquirente-consumidor, sendo o suficiente para solucionar a aparente antinomia, de modo que ambas as normas remanescem válidas no ordenamento jurídico, tendo aplicação conforme o seu grau de especialidade. **Se, no conflito entre duas normas especiais, em determinado contexto relacional, for possível ao intérprete depreender a assunção de uma postura discriminante por parte de uma norma (“norma discriminante”) em relação a outra (“norma generalizante”), em vista de um elemento especificante objetivo (*discrimen*), então a aparente antinomia entre normas especiais poderá ser solucionada pela aplicação do quarto critério da “especialidade da especialidade”; portanto, “especialidade de segundo grau”.**

Veja-se a consideração de Maria Helena Diniz (1999, p. 41), percebendo um processo de discriminação, relativa ao âmbito de validade subjetivo de normas conflitantes:

Realmente, se, em certas circunstâncias, *uma norma ordena ou permite determinado comportamento somente a algumas pessoas, as demais, em idênticas situações, não são alcançadas por ela, por se tratar de disposição excepcional*, que só vale para as situações normada. (grifos nossos).

Diante de todas as caracterizações infirmadas no presente trabalho, podemos concluir pela “superespecialidade” ou “especialidade de segundo grau” da Lei n. 8.078/1990 frente a outras normas especiais, quando, neste contexto relacional, compatíveis as normas em seus âmbitos de validade, destaque-se a validade subjetiva da lei consumerista, marcada pelo seu elemento diferenciador (*discrimem*), qual seja, a qualificação do sujeito como consumidor pela destinação final que dá ao produto ou serviço adquirido (art. 2º CDC).

Assim também Claudia Lima Marques especificamente quanto ao destaque do âmbito de validade subjetivo da Lei n. 8.078/1990:

Em resumo, se o novo Código Civil de 2002 modificou o Direito Privado brasileiro, unificando o direito das obrigações, e definiu o empresário (Art. 966), a sociedade empresária (Art. 982) e o estabelecimento (art. 1.142), não definiu – assim como também o fez o Código Civil Italiano de 1942 – o elemento unificador do direito privado: a empresa. **Trata-se, pois, de uma opção subjetiva: a definição do papel que o sujeito exerce no mercado, naquele preciso momento e naquele contexto relacional, é que definirão**

o campo de aplicação das leis e a maneira como elas ‘dialogam’ ou se aplicam, ao mesmo tempo, àquela mesma situação jurídica: prioritariamente ou subsidiariamente! E mais do que isto, a finalidade (civil, empresarial ou de consumo) da relação é outro fator a considerar. Isto valoriza a teoria finalista de interpretação do CDC e a definição principal de consumidor do artigo 2º do CDC: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”. (MARQUES, C., 2004, p. 40, negritamos)

No mesmo sentido, Luis Antonio Rizzato Nunes⁸¹ partilha exatamente desta concepção da “superespecialidade” do Código de Defesa do Consumidor ainda de modo mais amplo, defendendo, com fundamento na natureza de norma principiológica da Lei n. 8.078/1990, a sua *prevalência sobre quaisquer normas, gerais ou especiais*, ainda que anteriores:

A Lei n. 8.078 é norma de ordem pública de interesse social, geral e principiológica, o que significa dizer que é **prevalente sobre todas as demais normas especiais anteriores que com ela colidirem**. As normas gerais e principiológicas, [...] têm prevalência sobre as normas gerais e especiais anteriores. (apud MARTOS; TARTUCE, 2013, p. 172, grifos nossos).

Em sentido semelhante Sérgio Cavalieri Filho⁸², ao designar a Lei n. 8.078/1990 como “lei especialíssima” – para nós a “superespecialidade”, expressões sinônimas quanto ao conteúdo –, tratando ainda da sua fundamentação constitucional como significativa de uma “qualificação” renovada de suas normas, – característica essa que, para nós, evidencia-se pela objetividade do *discrimen* eleito no âmbito da validade normativa subjetiva.

Os princípios da Lei 8.078/1990 se irradiam por todo o texto, pelos diversos capítulos e seções, e são ferramenta fundamental para a interpretação do texto da lei. Quando um lei ordinária – o Código do Consumidor – densifica um princípio constitucional (a defesa do consumidor), ela ganha uma qualidade nova. A lei é ordinária, mas é excepcionalmente **qualificada** pelo fato de versar um direito fundamental, uma matéria que a Constituição encomendou a uma **lei especialíssima**. (apud MARTOS; TARTUCE, 2013, p. 172).

⁸¹ Cf. RIZZATO NUNES, Luis Antonio. *Comentários ao Código do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 224.

⁸² Cf. CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 11.

José Antonio Faria de Martos e Flávio Tartuce (2013, p. 173) apontam para um exemplo prático objeto de uma jurisprudência do Superior Tribunal Federal relativamente à aplicação do Código de Defesa do Consumidor sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/1986) e também sobre a Convenção de Varsóvia (1929); portanto, aplicação de uma *normas especial posterior em prevalência a outra norma especial anterior em razão da sua “superespecialização” plasmada na restrição do significante inserto no âmbito de validade subjetiva normativa, qual seja, a figura qualificada do consumidor.*

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a **incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional.** Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (STF, 1ª Turma, RE 351750/RJ, rel. Min. Marco Aurélio Melo, rel. p/ acórdão Min. Carlos Ayres Britto, j. 24.09.2009, *DJe* 25.09.2009, grifos nossos).

Diante deste contexto relacional, conclui-se pela “superespecialidade” teórica da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) em relação à Lei n. 4.591/1964 (Lei de Condomínio e Incorporações), cuja aplicação dependerá da subsunção da situação concreta ao aspecto qualificador, discriminante e específico da norma consumerista, que diz respeito ao *âmbito de validade subjetivo* da norma, com a qualificação da figura do consumidor enquanto destinatário final fático e econômico. Este aspecto é que permitirá a gradação da lei consumerista como “norma discriminante” e, portanto, qualitativamente mais especial do que a legislação incorporativa, que, neste contexto relacional, apresentar-se-á como *genus* ao *discrimen* paradigmático da *specie* consumerista.

6 CONCLUSÃO

1) Gunter Teubner (2005, p. 80-104) procurou, em seus estudos, integrar a dogmática jurídica à ciência social, especialmente no âmbito do direito civil e econômico. O que nos chama a atenção é releitura que faz do pluralismo jurídico, da perspectiva de diversos discursos em permanente conflito. Em suas palavras:

[...] Os fenômenos do pluralismo jurídico são, ao mesmo tempo, normas sociais e regras jurídicas, direito e sociedade, formais e informais, orientados por normas e espontâneos. No pluralismo jurídico, o relacionamento entre o direito e a sociedade são separados, mas interligados, autônomos, mas interdependentes, fechados, porém, ao mesmo tempo abertos.

Estas observações, em última análise, apenas confirmam a pós-modernidade como um cenário plural, de interesses antagônicos e fontes normativas, propiciando múltiplos conflitos que desafiam a estabilidade das relações e a coerência do ordenamento jurídico.

O *pluralismo*, a pluralidade de métodos, de fontes e de agentes econômicos caracteriza e desafia o Direito Privado brasileiro atual. É o desafio proposto pelo aparecimento de novos sujeitos de direitos que levam à distinção do campo de aplicação de uma norma subjetivamente com base no agente econômico envolvido (civil, empresário ou consumidor). (MARQUES, C., 2004, p. 38)

Na perspectiva no Direito Privado, parcela considerável de conflitos decorrem das novas percepções das relações privadas, que, para acomodação e harmonia sistêmica, passam a exigir atenção e método do intérprete. Dentre esses conflitos, destacamos as discussões acerca da regência normativa das relações jurídicas, inseridas no âmbito do Direito Civil Imobiliário Incorporativo, cuja atividade cerne – a incorporação imobiliária –, recebeu tratamento jurídico especial da Lei n. 4.591/1964 (Lei de Condomínios e Incorporações - LCI), recepcionada pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), “abalada” pela perspectiva paradigmática da Lei n. 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), que, por sua vez, é promulgado com a finalidade de conferir eficácia real à norma programática de garantia fundamental insculpida no inciso XXXII, do artigo 5º da CF/88.

A despeito dos 27 anos de coexistência sistêmica das duas normas – ambas consideradas como leis especiais – não existe pacificidade na aplicação das normas nas relações sociais, dando vida ao problema teórico do conflito normativo. Assim, para enfrentarmos o tema de modo diferente dos até então apresentados, a escolha metodológica recaiu sobre a perspectiva da estrutura normativa das legislações, fundadas na Teoria Geral do Direito, e, com especial relevância, a *Teoria do Ordenamento Jurídico*, de Norberto Bobbio, apoiado em outros teóricos.

Dada a necessidade de limitação cognitiva, além do corte epistemológico que definiu o método, também reduzimos o objeto à análise da viabilidade ou não de eventual distrato por parte dos adquirentes de unidades autônomas imobiliárias incorporadas, em vista da aparente antinomia entre as normas de regência, quais sejam: o artigo 32, §2º da Lei n. 4.591/1964 e o artigo 53 da Lei n. 8.078/1990.

2) Analisando as características próprias e dos elementos essenciais do negócio jurídico incorporativo, além de suas normas de regência, com especial atenção às previsões normativas quanto à irrevogabilidade e à irretratabilidade do contrato pelo adquirente de unidade autônoma destacamos o seguinte.

A Lei n. 4.591/1964 – advinda do Anteprojeto 19/1964, de autoria do então Ministro da Justiça Caio Mário da Silva Pereira – unificou a disciplina jurídica do condomínio edilício e da incorporação de imóveis, dada a correlação umbilical entre ambas, representando a primeira normatização do instituto da incorporação imobiliária.

Com base na análise dos dispositivos legais e nos entendimentos doutrinários sobre o tema, definimos a incorporação como a atividade empresarial de coordenação e desenvolvimento de empreendimento imobiliário, caracterizada pela alienação antecipada a adquirentes interessados de frações ideais de unidades imobiliárias autônomas em construção pelo incorporador, que, mediante negócio jurídico bilateral, se obriga à entrega das unidades concluídas, devidamente regularizadas no Registro de Imóveis, e no tempo previamente estabelecido, contra o recebimento também antecipado de recursos, para fins de consecução da própria incorporação.

Analisando as características próprias definidas pelo regime jurídico incorporativo, podem ser definidos alguns elementos essenciais à incorporação: a) *elemento objetivo*: é caracterizado pelo núcleo duro da atividade, que é a *alienação futura de frações ideais de terreno*, vinculadas a *unidades autônomas* em edificação multipavimentadas, *a serem construídas ou em construção* sob o *regime condominial*; b) o *elemento subjetivo*: guarda relação embrionária com a figura do incorporador, qualificado normativamente pelo artigo 29 da Lei n. 4.591/1964 pela atividade realizada, sem qualquer relação com a sua profissão de origem, sendo unânime o posicionamento doutrinário acerca da sua natureza empresarial de inexorável finalidade lucrativa; c) *elemento negocial*: diz respeito ao contexto socioeconômico em que envolvido o fenômeno jurídico da incorporação imobiliária e a multiplicidade de operações complexas, coordenadas em consideração ao resultado econômico; e d) *elemento formal*: revela-se no ingresso da incorporação no fôlio real, ou seja, na sua inscrição no competente Registro de Imóveis, seguida da abertura das matrículas específicas para cada unidade autônoma.

Dada a complexidade de atividades que circundam a atividade incorporativa *de per se*, reconhece-se uma multiplicidade de participantes secundários, com destaque ao arquiteto projetista, ao construtor, prestadores de serviços, fornecedores diversos, agentes financeiros, corretores de imóveis, oficial de registro de imóveis. Aqui se destaca que, embora a construção seja essencial à incorporação, com ela não se confunde, de modo que, quando não houver a confusão entre a figura do incorporador e a do construtor, então aparecerá a figura do construtor contratado especificamente para tanto, seja pelo incorporador, seja pelos próprios adquirentes das unidades autônomas (artigo 48 da Lei n. 4.591/1964), que se destaca das demais figuras pela solidariedade que possui junto ao incorporador pelo empreendimento imobiliário.

Quanto ao adquirente ou promitente comprador, não há caracterização especial, destacando-se apenas a sua obrigação fundamental de obediência rigorosa à regularidade dos pagamentos do valor ajustado para a compra e venda – correspondendo à fração ideal de terreno e às acessões futuras –, no prazo, pelo meio e nas condições acordadas quando da aquisição. Na hipótese de inadimplência do adquirente ou promitente comprador, é facultada a resolução contratual pelo incorporador.

E quanto ao cerne do nosso objeto de estudo, o artigo 32, §2º da Lei n. 4.591/1964 trata expressamente da irretratabilidade e da irrevogabilidade dos contratos de transferência de titularidade das unidades imobiliárias autônomas incorporadas.

3) O direito do consumidor brasileiro encontra sua fonte inspiradora no Direito Constitucional, alcançando *status* de direito fundamental, uma vez previsto no artigo 5º, XXXII da Carta Magna, e, portanto, de cláusula pétrea pelo artigo 60, § 4º, IV, tendo sido exigida uma disciplina legal ordinária, como previsto pelo artigo 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), cuja eficácia real adveio da promulgação da Lei n. 8.078, 11/09/1990. Além disso, fora também alcançado a princípio geral da atividade econômica pelo artigo 170, V da Carta Política, o que demonstra a harmonia entre o direito do consumidor e o direito econômico.

O nascimento do Direito Consumidor vem inserto em um contexto de mudança paradigmática das relações sociais e, conseqüentemente, jurídicas, marcado pelo crescimento pungente e criativo da economia e pela necessidade de reequilíbrio das forças socioeconômicas antagônicas. Assim, o papel do CDC é de um verdadeiro *agente de realidade normativo*, que, pela cogência de suas normas, impõe a readequação paradigmática a todas as relações jurídicas que se subsumirem a seu espectro de validade. Neste esteio, a autonomia privada e a liberdade contratual experimentam uma mitigação, sobretudo em vista da função social do contrato.

Em termos normativos, destaca-se a proibição de previsões contratuais que impliquem desequilíbrio injustificado das partes, em dissonância com a principiologia harmonizadora do Código de Defesa do Consumidor (artigo 4º, III – *princípio da equivalência contratual*), donde salientamos a) a proibição de práticas e cláusulas abusivas impostas unilateralmente pelo fornecedor (artigo 6º, IV), e b) proibição de cláusulas contratuais desproporcionais e que importem em vantagem excessivamente onerosa ao consumidor (art. 6º, V). O mecanismo retificador é definido pelo próprio diploma que prevê a nulidade de pleno de direito de qualquer cláusula contratual “que contrarie o disposto neste código ou de qualquer forma não assegure o justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes” (§4º do art. 51).

O Código do Consumidor é considerado como uma lei principiológica, que trata das *relações de consumo*, sendo seu objeto as relações jurídicas desta nova realidade sócio-

jurídica; e seu escopo, o resgate de sua harmonia. Este escopo vem delineado expressamente no corpo legal, nos seus artigos 4º e 5º, sob a alcunha de “Política Nacional de Relações de Consumo”, cujo cerne principiológico e teleológico acerca da harmonia entre os agentes de mercado e os negócios jurídicos entre eles encetados pode ser facilmente depreendido do inciso III do artigo 4º.

Neste cenário entre desiguais, ocupando o consumidor, justamente, o elo mais frágil pela visão econômica, é decorrência lógica tratar-se da figura mais importante da relação de consumo. A sua caracterização pode ser percebida por três aspectos marcantes previstos pela norma: a) o primeiro aspecto, de ordem estrutural, enuncia poder ser o consumidor qualquer *pessoa física ou jurídica*. Neste sentido, quanto à aplicação do conceito de consumidor às pessoas jurídicas, a despeito da expressa previsão no art. 2º do CDC, a doutrina não se manteve unânime neste particular, dividindo-se em duas principais correntes teóricas, a maximalista e a finalista, sobrevivendo uma terceira mais moderna, o “finalismo aprofundado” com aceitação no STJ, que passa aceitar a possibilidade de uma pessoa jurídica ser considerada como consumidora a depender da casuística, tendo por base uma reinterpretação da abrangência conceitual do termo destinatário final, que, ainda mantendo um viés teleológico econômico, abre-se para a importância fática; b) o segundo aspecto tem natureza subjetiva, já que trata de uma qualidade inerente e própria do consumidor, que é a sua *vulnerabilidade* presumida (art. 4º, I do CDC), retratada pela sua subordinação econômica ao fornecedor, com pouco ou nenhum lastro de negociação contratual. Importante, ainda, salientar que vulnerabilidade não se confunde com *hipossuficiência* econômica, ainda que esta possa guardar alguma relação com a vulnerabilidade fática do consumidor; c) o terceiro aspecto tem traço material, que é a necessidade do consumidor ser o *destinatário final* do bem ou serviço adquirido nesta dinâmica do mercado de consumo. É imperativo que o adquirente se comporte, sob o aspecto fático, exatamente como um consumidor final, “consumindo” o produto ou serviço em suas mãos, dando-lhe uso e fruição conforme o seu interesse. Sob o aspecto econômico, o adquirente tem o dever de encerrar o processo produtivo no momento da sua aquisição, considerando-se, obviamente, a cadeia em que inserido o fornecedor e a relação jurídica entre eles.

Quanto ao fornecedor (previsto no art. 2º CDC) será todo aquele (pessoa física ou jurídica) que, com habitualidade, colocar um produto ou serviço à disposição para aquisição e uso deste adquirente final, no mercado de consumo, mediante o desenvolvimento de atividade

de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

O objeto da relação de consumo está umbilicalmente ligado à atividade econômica exercida pelo fornecedor de tais *produtos e serviços*, razão pela qual o Código preferiu tratamento topográfico conjunto dos temas, concentrando as normas no mesmo dispositivo legal (art. 3º, §§1º e 2º do CDC).

4) Da análise das duas normas especiais, coloca-se o questionamento acerca da aplicabilidade das normas do Código de Defesa do Consumidor aos contratos imobiliários incorporativos. Assim, é possível afirmar que serão aplicadas as normas regentes das relações de consumo todas as vezes que a relação jurídica incorporativa se subsumir aos seus elementos normativos. Isto é: todas as vezes em que o incorporador, com habitualidade, procede à negociação e à alienação futura de fração de ideal terreno vinculada à unidade imobiliária autônoma a ser construída ou em construção, sob regime condominial, a um adquirente vulnerável tecnicamente, que o retirará do mercado para seu uso e fruição, conferindo-lhe, pois, destinação fática e econômica final, então, neste negócio jurídico, estarão presentes os elementos (objetivo, subjetivo e teleológico) inexoráveis à relação de consumo, aplicando-se, pois, as normas do Direito do Consumidor.

A jurisprudência nacional também já teve diversas oportunidades de se manifestar acerca da aplicabilidade normativa do Código de Defesa do Consumidor nas relações jurídicas imobiliárias, em especial as incorporativas, fundando-se nos ditames do equilíbrio contratual e da boa fé exigíveis às relações jurídicas inseridas num contexto pós moderno de pluralidade subjetiva e de necessidade de conformação dos respectivos interesses e potências (sobretudo econômicas) antagônicos.

5) Caso específico que se enfrenta é acerca do tratamento jurídico adequado para um cenário que envolva o distrato de contrato de compra e venda de unidade imobiliária autônoma objeto de incorporação por vontade do adquirente, diante da variedade de normas jurídicas disponíveis no ordenamento jurídico, organizadas em microssistemas, e diante do dever prioritário de coerência sistêmica.

Em realidade, o CDC, sensível à realidade socioeconômica e à relevância do setor de construção civil – pródigo em incluir tais cláusulas de decaimento em seus contratos com os adquirentes – cuidou de tratar especificamente do tema, não se conformando com os comandos proibitivos de abusividade pelos princípios nele encetados, estabelecendo comando próprio no art. 53, que não só trata da abusividade do perdimento, mas disciplina expressamente a sua aplicabilidade a contratos que envolvam compra e venda de móveis e imóveis, que inclui o alcançar as relações jurídicas incorporativas.

Levando-se em consideração a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas incorporativas (respeitado o espectro de incidência, sobretudo em vista da qualificação subjetiva do consumidor, em termos de sua vulnerabilidade e da destinação fática e econômica), em diálogo com o princípio do *pacta sunt servanda* que rege as relações privadas, além dos primados da boa-fé objetiva, da função social do contrato e da equidade, parece razoável o entendimento permissivo quanto ao distrato nos negócios jurídicos incorporativos por iniciativa do consumidor, reconhecendo a abusiva da cláusula de decaimento em benefício do fornecedor, contando que – em vista do total reequilíbrio e harmonia entre as partes – seja-lhe garantida uma justa recomposição da perda com o desfazimento do negócio.

6) O núcleo central de interesse deste trabalho se concentrou no conflito normativo em um determinado ordenamento jurídico (sob o ponto de vista da Filosofia e da Teoria do Direito), razão pela qual se partiu exatamente do estudo do ordenamento jurídico, enquanto um ambiente pródigo de normas prescritivas de diferentes condutas, cuja pluralidade e juízos de qualificação “multidirecional” ensejam o aparecimento de conflitos. Para tanto, tomou-se com referência central os estudos de Norberto Bobbio (1999), em seu *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

Para a compreensão do tema, imperativa a contextualização teórica da concepção do ordenamento jurídico e as suas consequências enquanto palco dos conflitos normativos. Neste sentido, explica Bobbio que o Direito – em sua acepção de direito objetivo –, sendo um fenômeno complexo, adota como referência um *sistema normativo*, assim considerado em sua integralidade e não apenas em uma única norma. Assim, a sua única condição de existência é a *pluralidade de normas*, haja vista que seria inconcebível todas as ações humanas possíveis

fossem reguladas por um único tipo de norma de conduta⁸³ (ao mesmo tempo permissiva, proibitiva e imperativa). Mas é exatamente da inexorável pluralidade de normas no ordenamento jurídico e da multiplicidade de relações entre elas que advêm os conflitos. Essa problemática é estudada por Bobbio (1999, p. 22-35) sob três aspectos: a) o primeiro, quanto à *unidade* entre as normas, implicando uma análise sobre a *hierarquia* entre elas; b) o segundo, sob a perspectiva da constituição de um *sistema*, engendrando o enfrentamento das *antinomias jurídicas*; e c) o terceiro, acerca da *completude*, cujo foco de atenção passa ser as *lacunas*. Considerando que o escopo do nosso trabalho reside no conflito normativo, restringimos o nosso estudo à questão da coerência do sistema.

O sistema jurídico deve ser analisado pela sua premissa básica, correspondente à sua constituição por normas jurídicas, mais do que em uma simples justaposição, sendo necessária uma coerência entre elas para que esse ordenamento seja considerado como um sistema.

Analisando o sistema jurídico pelo princípio dinâmico descrito por Hans Kelsen e, sua Teoria Pura do Direito (1999), então a relação entre as normas jurídicas seria apenas formal, de modo que o enfoque se restringiria às fontes de produção normativa. Assim, *quanto mais complexo o sistema, maior a pluralidade de fontes normativas*, donde “parece não haver dúvida de que possam existir normas produzidas por um fonte em contraste com normas produzidas por outras”. Assim, “deve-se concluir que num *sistema dinâmico duas normas em oposição são perfeitamente legítimas*.” (BOBBIO, 1999, p. 74, grifos nossos).

Bobbio pondera, então, que o enfrentamento da oposição entre duas normas depende do necessário exame de seu conteúdo, de nada adiantando a referência apenas à autoridade emanadora. Neste sentido, pondera se as oposições normativas dentro de um sistema normativo teriam o condão de desestabiliza-lo e desorganiza-lo a ponto de desnatura-lo enquanto um ordenamento, passando a ser imprescindível o estudo sobre as condições e os limites de existência e validade de um sistema; em outras palavras, como se manifesta a sua *coerência*. Admitir-se esse dever de coerência do sistema jurídico, equivaleria a admitir um *princípio de que determinasse a observância de compatibilidade normativa*, cuja consequência seria a eliminação de pelo menos um das normas em desajuste.

⁸³ Num sistema jurídico coexistem, ao lado das normas de conduta, normas de estrutura ou competência. (BOBBIO, 1999, p. 33).

Pela tridimensionalidade jurídica de Miguel Reale, o sistema jurídico seria composto de três subsistemas – normativo, fático e valorativo – que se retroalimentam e que não dispensam correlação, razão pela qual são isomórficos. Na hipótese de incongruência entre esses subsistemas quebra-se a isomorfia, formando-se uma lacuna; se houver conflito dentro do subsistema normativo, haverá antinomia.

7) O conflito normativo enquanto problema jurídico não é recente, já encontrando eco desde a Antiguidade e século XVII, e exurgindo próximo da sua concepção atual com a Revolução Francesa, que consolidou a “lei enquanto fonte do direito, o controle da legalidade das decisões judiciais, e principalmente, a concepção do direito como sistema” (DINIZ, 2009, p. 2). É neste contexto que a figura do homem ganha relevância, como ator responsável pelas mudanças das estruturais sociais e políticas, ensejando inclusive, no campo normativo, o enaltecimento dos direitos individuais. O fenômeno da *positivação jurídica* marca a importância da *lei como fonte formal* do direito e a sua *sistematização*, além do abandono dos parâmetros imutáveis de conduta e ordem social, inspirado pelo pragmatismo do homem com o mundo.

O cenário em que insere o Direito é dinâmico e plútime, exigindo-se a sua adaptabilidade às mudanças e alternatividade de necessidades humanas. A produção normativa, portanto, na tentativa de acompanhar a evolução da vida social e das relações jurídicas acaba sendo constante e pródiga, tal como as decisões judiciais, que se ocupam da sua aplicabilidade. Esse mecanismo chama especial atenção na pós modernidade, com o recrudescimento do pluralismo subjetivo e da necessidade regulamentação dos interesses antagônicos em busca de conformação.

O interessante é que a dinâmica e o incremento da produção normativa ampliam a (possibilidade de) satisfação das necessidades humanas e das mais diversas relações jurídicas, e, portanto, a eficácia real das normas e a segurança do próprio sistema; mas, paradoxalmente, a mesma dinâmica produtiva insere no sistema normas jurídica em aparente falta de sincronia material, ensejando conflitos internos que abalam a estabilidade do sistema jurídico. Daí a questão do conflito de normas se tratar de problema que se liga à coerência do ordenamento jurídico.

8) Dá-se o nome de antinomia à incompatibilidade normativa, que, presente no contexto do sistema jurídico, compromete a sua homogeneidade e a segurança jurídica que justifica a sua própria concepção. Considerando que a problemática tem como elemento central a norma jurídica, procedeu-se não exaustiva da sua estrutura e dos relacionamentos possíveis entre normas que possam ensejar conflitos.

A norma jurídica é uma proposição porque dela decorre um significado, e “o que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é justamente o seu significado.” Assim, a norma jurídica é uma *proposição normativa prescritiva*, consistindo sua função principal a influência no comportamento alheio, a fim de modificá-lo (mediante um comando). Além disso, caracteriza-se também como proposição prescritiva (e, portanto, também normativa prescritiva): a) pelo comportamento do destinatário, que se manifesta pela execução do comando (é um comportamento prático); e b) pelo critério de valoração, por não estar sujeita à valoração de veracidade ou falsidade, mas, sim, de validade ou invalidade (ou de justo ou injusto; de oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente). Com efeito, os predicados (quanto à aceitação) aplicáveis às proposições prescritivas obedecem a dois critérios: a) um de ordem material, que é a correspondência com valores íntimos (critério de justificação material), donde os predicados serão justa ou injusta (oportuna ou não oportuna); e b) ou formal, que é a derivação das fontes primárias de produção normativa (critério de justificação formal), cujo predicado será válida ou inválida. (BOBBIO, 2005, p. 80-83).

Segundo os ensinamentos de Bobbio (1999, p. 82; 2005, p. 184-185), é possível enumerar quatro funtores deônticos (modalizadores), que são por ele designados “figuras de qualificação normativa”: *obrigatório* (“O” ou *ominis*), *proibido* (“O não” ou *nullus*), *permitido positivo* (“não O não” ou *non omnis*) e *positivo negativo* (“não O” ou *nonnullus*), todos em relacionamento intercorrente^{84 85}.

⁸⁴ Para maior elucidação do tema, verificar quadro ilustrativo dos referidos relacionamentos nas obras citadas de Norberto Bobbio. Originalmente, na *Teoria da Norma Jurídica* (BOBBIO, 2005, p. 185); e, posteriormente, reproduzida em *Teoria do Ordenamento Jurídico* (BOBBIO, 1999, p. 82).

⁸⁵ Segundo Bobbio temos também: a) entre uma norma que obriga um fazer e outra que o permite há subalternidade e um relação de implicação, “no sentido de que a verdadeiro do primeiro (subalternante) deduz-se da verdade do segundo e vice-versa”; b) entre uma norma que proíbe um fazer e outra que não faze-lo também há um subalternidade e relação de implicação; e c) entre uma norma que permite fazer e outra que permite não fazer há uma subcontrariedade, de modo que vale “a regra de que podem ser ambos verdadeiros, mas não podem ser ambos falsos.” (BOBBIO, p. 1999, p. 84).

Assim, para se verificar a eventual incompatibilidade entre as normas jurídicas, deve-se proceder à correlação entre duas proposições normativas, que não poderão ser ambas verdadeiras (do contrário não haveria incompatibilidade), resultando em seis relações: 1) entre obrigatório e proibido; 2) entre obrigatório e permitido negativo (não fazer); 3) entre proibido e permitido positivo (fazer); 4) obrigatório e permitido positivo (fazer); 5) proibido e permitido negativo (não fazer); e 6) permitido positivo (fazer) e permitido negativo (não fazer).

Partindo-se da análise das proposições normativas e da definição de que proposições incompatíveis são aquelas que não podem ser ambas verdadeiras, Bobbio conclui por **três hipóteses de incompatibilidade normativa, ou seja, de antinomias**: “1) entre uma norma de *ordena* fazer algo e outra norma de *proíbe* fazê-lo (*contrariedade*); 2) entre uma norma que *ordena* fazer e uma que *permite* não fazer (*contraditoriedade*); e 3) entre uma norma de *proíbe* fazer e uma que *permite* fazer (*contraditoriedade*).” (BOBBIO, 1999, p. 85).

Além das hipóteses supra referidas, a configuração da antinomia depende também do implemento de algumas condições. Em primeiro lugar, *ambas as normas devem ser vigentes e devem pertencer ao mesmo ordenamento, in casu*, o ordenamento jurídico, considerado como o direito positivo, posto. Em segundo lugar, é imperativo que *ambas as normas tenham o mesmo âmbito de validade*.

Segundo Bobbio (1999, p. 87), o *âmbito de validade normativo* deve ser analisados sob quatro *aspectos*: temporal, espacial, pessoal e material. Assim, temos que: a) sob o *aspecto temporal*, ambas devem ser vigentes; b) sob o *aspecto espacial*, ambas devem estar contidas no mesmo limite espacial de incidência; c) sob o *aspecto pessoal*, é imperativo que as normas “*prescrevam ordens ao mesmo sujeito*” (DINIZ, 1999, p. 23); e d) sob o aspecto material, ambas deverão ter operadores opostos (*permitir, obrigar* – o que se liga às hipóteses antinômicas supra referidas), assim como os seus conteúdos deverão ser mutuamente excludentes. Menciona-se, ainda, a observância do âmbito de *validade formal*, donde ambas as normas devem ter a mesma fonte formal, ou seja, *devem ter sido emanadas da mesma autoridade competente*.

As antinomias podem ser distintas conforme a *maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas*, que, segundo a terminologia de Alf Ross (apud BOBBIO, 1999, p. 88-

89), são: a) *Antinomia total-total*: configura-se quando as duas normas incompatíveis possuem o igual âmbito de validade, engendrando incompatibilidade absoluta. Nesta hipótese, nenhuma das duas poderá ser passível de aplicação pelo intérprete sem que entre em conflito com a outra. Por exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar das cinco às sete na sala de cinema”. Segundo DINIZ (1999, p. 29), tais casos são mais raros e “a busca de uma resolução, conforme as circunstâncias, deve ser feita por meio de interpretação baseada em dados alheios ao texto.”; b) *Antinomia parcial-parcial*: dá-se quando as duas normas incompatíveis tiverem âmbito de validade “*em parte igual e em parte diferente*”. Assim, os campos de aplicação de uma e da outra conflitam em uma parte e outra não. Por exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar cachimbo e charuto das cinco às sete na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar charuto e cigarro das cinco às sete na sala de cinema”; c) *Antinomia total-parcial*: se perfaz quando, das duas normas incompatíveis, uma delas possui âmbito de validade igual ao da outra. Ou seja, “se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte do da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira”. Desta forma, em hipótese alguma a primeira norma poderá ser aplicada sem entrar em conflito com a segunda. Exemplo: “É proibido, aos adultos, fumar das cinco às sete, na sala de cinema” e “É permitido, aos adultos, fumar, das cinco às sete, somente cigarros.”

Outra classificação dá-se *quanto ao conteúdo* das antinomias: a) *antinomia própria*: decorrente de razão formal, independente do conteúdo material. Trata-se da antinomia normativa que decorre do fato de duas normas possuírem caráter deôntico oposto; isto é, ocorre quando uma determinada conduta é prescrita em uma norma, mas proibida pela outra em contraste; b) *antinomia imprópria*: ao revés, decorre do conteúdo material da norma. Para Bobbio, a despeito emprego pela linguagem jurídica, trata-se de situações outras que não a antinômica, por isso a adjetivação imprópria (1999, p. 89). Podem ser 1) *antinomias de princípios*, “se houver desarmonia numa ordem jurídica pelo fato dela fazerem parte diferentes ideias fundamentais entre as quais se pode estabelecer um conflito” (DINIZ, 1999, p. 27); 2) *antinomia valorativa ou de valoração ou de avaliação*, presente quando o “legislador não for fiel a uma valoração por ele próprio realizada, pondo-se em conflito com as valorações”, por exemplo, quando se prescreve uma pena mais grave para um delito menor (DINIZ, 1999, p. 27; BOBBIO, 1999, p. 90); 3) *antinomia teleológica*, que decorre de uma impropriedade de meio, em vista da “incompatibilidade entre os fins propostos por certa

norma e os meios previstos por outra para a consecução daqueles fins” (DINIZ, 1999, p. 280; e 4) *antinomia técnica*, atinente à falta de uniformidade da terminologia legal.

Finalmente, no âmbito das antinomias próprias, podem ser classificadas *quanto ao critério de solução*: a) *antinomia aparente*, quando há critérios para a solução dessas normas dentro do ordenamento jurídico, portanto, são solúveis; b) *antinomia real*, quando não há critério normativo para a solução. Neste caso, “o intérprete é abandonado a si mesmo ou pela falta de critério [de solução] ou por conflito entre os critérios dados.” (BOBBIO, 1999, p. 92).

9) Conforme vimos analisando, o ordenamento jurídico tende a se organizar como um sistema, onde se prima pela coexistência e compatibilidade normativa como instrumento de garantia de coerência, segurança e estabilidade do próprio sistema e da realidade social que rege. Assim, ser-lhe-á inexorável inadmitir a incompatibilidade normativa em seu âmbito, donde a solução desejável implicará a eliminação de uma das normas (derrogação) ou mesmo de ambas (ab-rogação). Ato contínuo, a questão que se coloca é acerca de qual das normas é que terá a aplicação de comando normativo afastada, reclamando a definição de critérios de solução das antinomias.

A experiência pretoriana firmou, ao longo do tempo, três critérios para a solução de antinomias: a) *Critério Cronológico (lex posteriori derogat priori)* – leva em consideração a vigência das normas em contradição, postulando que “entre normas gerais estabelecidas pelo mesmo órgão em diferentes ocasiões, a validade da norma editada em último lugar sobreleva à da norma fixada em primeiro lugar e que a contradiz.” (KELSEN apud DINIZ, 1999, p. 34). Esse critério da *lex posteriori* é previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, *ex vi* da “Lei de Introdução às Normas Brasileiras” (Decreto-lei n. 4.657, de 04/09/1942, com a nova nomenclatura que lhe foi dada pela Lei n. 12.376, de 30/12/2010), artigo 2º; b) *Critério Hierárquico (lex superior derogat inferiori)* – baseia-se da superioridade da fonte de produção normativa, postulando pela prevalência da norma hierarquicamente superior, independente de sua ordem cronológica; c) *Critério da Especialidade (lex specialis derogat generali)* – determina a prevalência da norma especial sobre a norma geral, justamente em vista de seu caráter diferenciador, mediante a “passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *specie* do *genus*)” (Bobbio, 1999, p. 96). Outrossim, trata-se de uma típica situação antinômica do

tipo total-parcial, donde afasta-se a aplicação apenas da parte da norma geral que for incongruente com o comando da norma especial.

10) Hipóteses há, entretanto, que esses critérios não se mostram suficientes para a solução da problemática antinômica. Bobbio (1999, p. 97) afirma que, a princípio, as antinomias total-total e parcial-parcial não se satisfazem com os critérios elaborados pela incapacidade de prevalência de um sobre o outro.

Em sentido contrário, o propósito do presente trabalho buscou demonstrar a possibilidade de solução de uma antinomia parcial-parcial pela aplicação de um *quarto critério hermenêutico*, decorrente da interpretação lógica dos próprios critérios já consagrados, sobretudo no que diz respeito às considerações acerca da generalidade e da especialidade normativa, ao qual denominamos de “*especialidade de segundo grau*”.

11) Nas circunstâncias em que mais de um critério possa vir a ser aplicado para determinados conflitos normativos estar-se-á diante de uma *antinomia de segundo grau*. Aplicam-se os seguintes cânones: a) *Conflito entre o critério hierárquico e o critério cronológico*: a situação se apresenta quando uma norma superior anterior conflita com uma norma inferior posterior. Se se aplicasse o primeiro critério, prevaleceria a primeira norma mais antiga; se o segundo critério, a segunda norma mais nova. Nesta situação prevalece o critério da hierarquia sobre o cronológico (*lex posteriori inferior non derogat priori superiori*); b) *Conflito entre o critério da especialidade e o critério cronológico*: a situação se põe entre uma norma especial anterior colida com outra geral posterior. Nesta hipótese, aplicando-se o primeiro critério, prevalece a primeira norma especial; se o segundo, prevalece a segunda norma posterior. A regra geral solucionadora é a prevalência do critério especial sobre o cronológico (*lex posteriori generali non derogat lex priori speciali*); c) *Conflito entre critério hierárquico e o critério da especialidade*: trata-se de caso de uma norma superior geral e outra inferior especial. Se aplicarmos o critério hierárquico, prevalece a norma superior; se o segundo da especialidade, prevalece a norma especial. Segundo ensina Bobbio (1999, p. 107-109), “não existe uma regra geral consolidada”, sendo certo que a solução “dependerá do intérprete”, “mas, na prática, a exigência de adaptar os princípios gerais a uma Constituição às sempre novas situações leva frequentemente a fazer triunfar a lei especial, mesmo que ordinária, sobre a constitucional.”

Assim, finalmente, quando houver a viabilidade a aplicação de mais de um critério, perfazendo, pois, um *choque de critérios*, sem solução, configurar-se-á a hipótese de *antinomia real*.

12) O diálogo das fontes do alemão Erik Jayme, trazido ao Brasil por Claudia Lima Marques – cuja terminologia já vem, inclusive, sendo adotada pelos Tribunais Superiores –, com foco na heterogeneidade das fontes, característica do pós-modernismo, visa à restauração da coerência do sistema jurídico, mediante a coordenação das fontes multifárias, sob a luz dos valores constitucionais, garantindo-se a eficiência funcional sistêmica. (MARQUES, C., 2012, p. 19; 2011, p. 628; 2004, p. 43). Baseada na coexistência de paradigmas, apresenta-se, assim, como instrumento metodológico e uma técnica para a solução de antinomias aparentes, mediante a convivência e a coordenação sistemática das fontes normativas com campos de aplicação diferentes, mas convergentes a um mesmo sistema jurídico, mediante três comunicações e interações possíveis entre as normas jurídicas antagônicas:) pelo “diálogo sistemático de coerência”; b) pelo “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade” em antinomias aparentes ou reais; e c) pelo “diálogo de coordenação e adaptação sistemática” (*double sens*).

A análise pormenorizada da Teoria do Diálogo das Fontes não se coadunou com o presente trabalho, já que demandaria outra sorte de corte epistemológico e, portanto, outro foco analítico e argumentativo. De toda sorte, não poderíamos deixar de referenciar essa teoria de aplicação tão moderna, justamente por trazer como seu objeto de cognição também o conflito normativo e propor um método de interpretação sistemática, “fundado na unidade do ordenamento e supremacia da Constituição, cuja contribuição original da diretriz de compatibilização de norma e sua aplicação simultânea ao caso, sob o signo da complementariedade.” (MIRAGEM, 2012, p. 109).

Outrossim essa teoria dialógica se apresenta como um método hermenêutico alternativo aos critérios consagrados de solução de antinomias. Já a proposta do presente trabalho funda-se justamente na apreensão e sistematização de um quarto critério, de natureza derivativa dos demais critérios tradicionais, mormente no que tange à correlação entre generalidade e especialidade normativas, daí a *nomem* escolhido “*especialidade de segundo grau*”. Não se trata de abordagens mutuamente excludentes – a nossa e o diálogo das fontes – convergindo no propósito de vislumbrar a isonomia como princípio, visar à eficácia do

sistema jurídico diante de fontes normativas heterogêneas e à conservação das normas dadas, mediante a coexistência paradigmática e a coordenação normativa; e, assim, evitar que a insuficiência de critérios afete o dever de coerência sistêmica.

13) Partindo para a conclusão e definição de nossa tese partimos da premissa de que: a) a existência de traços peculiares e exclusivos ao contrato de incorporação, sob a regência específica da Lei n. 4.591/1964 permite afirmar que é uma norma especial no ordenamento jurídico, que há de ser respeitada pelas demais normas, inclusive a Lei n. 8.078/1970; b) por outro lado, o Direito do Consumidor se apresenta como um microsistema inserto no ordenamento jurídico, cuja consideração de especialização há de ser respeitada e ajustada diante de todas as demais normas do ordenamento, sejam elas gerais, sejam elas também especiais, como o é a Lei n. 4.591/1964.

Especificamente quanto ao art. 32, §2º da Lei n. 4.591/1964, da sua leitura específica, infere-se o objetivo do legislador: proibir ao sujeito – *adquirente de unidade imobiliária autônoma* – um determinado fazer – *rescindir o negócio jurídico entabulado com o fornecedor no ambiente do mercado de incorporação imobiliária*. Daí podermos então formular o comando normativo como uma proposição normativa prescritiva, donde temos: *É proibido, ao adquirente de unidade imobiliária, distratar o contrato imobiliário firmado [com o incorporador] no âmbito do mercado de incorporação imobiliária*.

Procedendo-se à análise de sua estrutura normativa, podemos trazer as seguintes considerações: a) considerando que a Lei n. 4.591/1964, foi recepcionada pela CF/88, confirma-se a sua *validade formal*; b) *validade espacial*: o mercado incorporativo em todo o território brasileiro (tratando-se de lei federal); c) *validade temporal*: desde a sua entrada em vigor (sobremodo desde a recepção, quando inaugurada a nova ordem jurídica); d) *validade subjetiva*: destina-se a norma aos adquirentes de unidade imobiliárias incorporadas e os incorporadores (e alguns outros sujeitos, a depender da norma específica); e e) *validade material*: proibição do direito de arrependimento e conseqüente proibição de rescisão contratual de compra e venda de incorporação imobiliária.

Já da análise do art. 53 da Lei n. 8.078/1990, depreende-se um duplo objetivo do legislador: a) permitir ao sujeito – *o consumidor* – um determinado fazer – *rescindir o negócio jurídico entabulado com o fornecedor no ambiente do mercado de consumo*; b)

proibir a outro sujeito – *o fornecedor* – um outro fazer – *reter a totalidade da quantia paga pelo consumidor em decorrência da rescisão contratual por ele motivada*. O descumprimento do comando normativo (abarcando os dois aspectos traduzidos pelos modais deônticos *permitir* e *proibir*) enseja a aplicação de uma sanção – *nulidade de pleno direito da cláusula contratual*. Assim, poder-se-ia enunciar os comandos normativos contidos no artigo 53 pela seguinte proposição normativa prescritiva: *É permitido ao consumidor que adquirir um bem imóvel, mediante contrato de compra e venda oneroso [inclusive o decorrente de incorporação imobiliária], firmado com um fornecedor [que procedeu a venda futura de fração ideal de terreno vinculada a unidade autônoma, sob regime condominial], rescindi-lo sem que haja a retenção total das parcelas por ele pagas*.

Depurando-se a norma pela sua estrutura temos: a) considerando que a Lei n. 8.078/1990 foi promulgada pelo Congresso Nacional, no exercício da competência prevista pelo artigo 24, incisos I e V da CF/88⁸⁶, portanto, emanda da competente fonte normativa (autoridade legislativa), confirma-se a sua *validade formal*; b) *validade espacial*: o mercado de consumo em todo o território brasileiro (tratando-se de lei federal); c) *validade temporal*: desde a sua entrada em vigência (observando-se o artigo 118 do CDC); d) *validade subjetiva*: destina-se a norma aos consumidores (destinatário final) e aos fornecedores; e e) *validade material*: permissão de rescisão contratual de compra e venda (incluindo os de incorporação imobiliária) e proibição de retenção total dos valores pagos.

14) Diante da complexidade das relações sociais e da pluralidade fontes normativas choque antinômicos entre elas, dentro um sistema, não é raro. Para buscar uma possível solução, o intérprete se socorre de alguma operações hermenêuticas, que, muitas vezes, restringem-se ao confronto entre uma norma geral e outra especial. Em outra oportunidades, a doutrina caminha por linhas interpretativas mais subjetivas, com fortes motivações ideológicas e, que não raro, buscam fundamento motivacional e justificador na própria *ratio* de produção normativa. Em nosso entendimento, esse procedimento, concentrado em elementos de ordem subjetiva, acabam por confiar a solução do conflito à liberdade do intérprete, o que pode comprometer a legitimidade do critério escolhido, ensejando a sua

⁸⁶ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

I - direito tributário, financeiro, penitenciário, *econômico* e urbanístico; [...]

V - produção e *consumo*”

ineficácia e, ao mesmo tempo, abalando a segurança e coerência do sistema jurídico como um todo. Com efeito, a concepção própria de um sistema [jurídico] pressupõe uma ordem interna do seus elementos fundantes [normas jurídicas], de modo que quanto maior a coordenação entre eles, mais sólida e relevante é a sua coerência interna, contribuindo para a estabilidade e a segurança das relações jurídicas; ao revés, aplicações normativas em sentidos opostos, decorrentes de interpretações distintas (por falta de objetividade), geram soluções diferentes para situações semelhantes, ferindo a isonomia, esta sim cara à ordem jurídica e à realidade social plurissubjetiva e moderna.

Assim, com a preocupação voltada para a consistência e a segurança jurídica, bem como para a aplicação normativa isonômica, sugerimos a revisitação dos critérios interpretativos das antinomias aparentes, pautada em elementos objetivos, decorrentes da observação e interação entre os próprios critérios já existentes (para fins de possível apreensão de um outro critério hermenêutico).

Como asseverado, o sistema jurídico é pródigo na produção normativa conflitante, onde duas normas vigentes, idênticas nos âmbitos de validade, prescrevam, contraditoriamente, a mesma conduta, porém parametrizada por modais deônticos conflitantes (*permitir*, a determinado sujeito, um fazer; e *proibir*, ao mesmo sujeito, o mesmo fazer). Também não é raro que, no mesmo contexto relacional, duas normas possam apresentar uma distinção (sutil porém significativa) quanto a apenas *parte* de um determinado âmbito de validade (subjetivo, por exemplo), mediante a inserção de um elemento especializante, um *discrimen* que (de tão significativa) tenha a função de alterar ou requalificar, completamente, o respectivo âmbito validade da outra norma. Neste caso, sob um aspecto estrutural (restrito ao determinado âmbito de validade), a norma caracterizada pelo *discrimen* (“norma discriminante”) estará contida na outra norma (“norma generalizante”). Daí poder-se concluir que é esse *discrimen* (critério objetivo diferenciador entre as duas normas restrito a determinado âmbito de validade) tem o condão de conferir uma “superespecialidade” à “norma discriminante” no contexto relacional com a dita “norma generalizante”, em razão do que sugerimos a criação de um quarto critério de solução de antinomias, que designamos de “*especialidade de segundo grau*”.

Este quarto critério hermenêutico, fundado em elementos objetivos, derivado dos próprios critérios tradicionais já consagrados, tem condão de ampliar a “sistematização” dos

caminhos a serem percorridos pelo intérprete, incentiva a coexistência harmônica das normas disparens inseridas no sistema jurídico, contribuindo, assim, para sua coerência. O seu diferencial, que é a fundamentação objetiva, favorece a isonomia e segurança às relações jurídicas, por tender à aplicação de soluções semelhantes a situações igualmente semelhantes.

Diante de todas as considerações teóricas e procedendo-se ao enfrentamento do comando normativo do art. 32, §2º da Lei n. 4.591/1964 e do art. 53 da Lei n. 8.078/1990, a despeito de ambas as normas serem especiais, a aparentemente antinomia pode ser solucionada, objetivamente, pela aplicação do quarto critério da “especialidade de segundo grau”. Em vista do *elemento especializante (discrimen)* – manifesto na expressão “destinatário final” no art. 2º [define o consumidor], cuja qualificação tem o condão de atingir todas as demais normas inseridas no âmbito material consumerista –, que toca o âmbito de validade subjetivo de ambas as normas (art. 32, §2º da LCI e art. 53 do CDC), pode-se afirmar que a primeira norma (art. 32, §2º da LCI) tem mais amplitude do que a segunda (art. 53 do CDC), apresentando-se como um *genus* para a esta, sua então *specie* neste particular contexto relacional. Enquanto no art. 32, §2º da LCI, o adquirente de unidade imobiliária é apenas um adquirente; no art. 53 do CDC, pelo qualificador (do art. 2º), o adquirente deixa de ser um simples adquirente para assumir a posição de adquirente-consumidor, sendo o suficiente para solucionar a aparente antinomia, de modo que ambas as normas remanescem válidas no ordenamento jurídico, tendo aplicação conforme o seu grau de especialidade.

Desta forma: se, no conflito entre duas normas especiais, em determinado contexto relacional, for possível ao intérprete depreender a assunção de uma postura discriminante por parte de uma norma (“norma discriminante”) em relação a outra (“norma generalizante”), em vista de um elemento especificante objetivo (*discrimen*), então a aparente antinomia entre normas especiais poderá ser solucionada pela aplicação do quarto critério da “especialidade da especialidade”; portanto, “especialidade de segundo grau”.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O código de defesa do consumidor 20 anos depois: uma perspectiva da justiça. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 31, n. 114, p. 74-80, dez. 2011.
- AVVAD, Pedro Elias. *Direito imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários*. 3. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2012.
- AZEVEDO JR., José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- _____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: _____. (Org.) *A nova interpretação constitucional: ponderações, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 1-48.
- BLUM, Renato Ópice; Elias, Paulo Sá. O consumidor do século XXI. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 31, n. 114, p. 103-118, dez. 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Verisani. Barueri, SP: Manole, 2007.
- _____. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Mário Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. (Coleção Elementos de Direito).
- _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 3. ed. rev. Bauru, SP: Edipro, 2005.
- _____. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Rev. Téc. de Claudio de Cicco. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 10. ed. Brasília: Editora UNB, 1999.
- BRASIL. Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre os condomínios em edificação e as incorporações imobiliárias. *Diário Oficial da República Federativa do*

Brasil. Brasília, 21 dez. 1964. Seção 1, p. 11682. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 9 fev. 2017.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1991. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*. Brasília, ano CXXVIII, n. 176, 12 set. 1990. Seção 1, p. 133-144. (Suplemento). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 9 fev. 2017.

CASTRO, Daniel Aureo de. (Coord.). *Direito imobiliário atual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus Jurídico, 2014.

CAMBLER, Everaldo Augusto. *Responsabilidade civil na incorporação imobiliária*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

CHALHUB, Melhim Namem. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. Incorporação imobiliária: aspectos do sistema de proteção do adquirente de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 36, n. 75, p. 167-198, jul.-dez. 2013.

_____. Jurisprudência consolidada na súmula 543 do STJ necessita de revisão. *Revista Consultor Jurídico*, 22 fev. 2016. (Opinião). Disponível em: <<http://conjur.com.br/2016-fev-22/melhim-chalhup-sumula-534-stj-necessita-revisao?>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen*. Prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Jr. 4. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

DANTAS, Jorge Luiz. Juristas devem aceitar a coexistência de paradigmas. *Revista Consultor Jurídico*, 21 jun. 2012. Disponível em: <<http://conjur.com.br/2012-jun-21/jorge-luiz-dantas-juristas-aceitar-coexistencia-paradigmas?>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Capítulos I-III. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et ali*. *Código de defesa do*

consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 21-142.

GONÇALVES, Samuel Alvarenga. Diálogo das fontes. *De Jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 6, p. 317-323, jan.-jun. 2006. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/27609>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e *et ali*. *Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. Introdução. In: _____ e *et ali*. *Código de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 1-13

ISKANDAR, Jamil Ibrahim. *Normas da ABNT*: comentadas para trabalhos científicos. 6. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

JAYME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado. *Revista Cadernos de Pós-Graduação em Direito PPG-Dir/UFRGS*, v. 1, n. 1, 2003, p. 115-131. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/43489/27367>>. Acesso em: 9 fev. 2017.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MARÇAL, Sérgio Pinheiro. Definição jurídica de consumidor: evolução da jurisprudência do STJ. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 26, n. 89, p. 107-113, dez. 2006.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. (Coord.). *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. O “diálogo das fontes” como método da nova teoria geral do direito: um tributo a Erik Jayme. In: _____. (Org.) . *Diálogo das fontes*: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 18-66

- _____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o código de defesa do consumidor e o código civil de 2002. *Revista da Escola Superior de Magistratura do Sergipe*, Aracaju, n. 07, p. 15-54, 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br//dspace/handle/2011/22388>>. Acesso em: 9 fev. 2017.
- MARQUES, Fernando Rodrigues; GARCIA, Leandro Araújo. Evolução da propriedade e dos centros urbanos no mercado pós-moderno: diretrizes metodológicas do direito imobiliário. In: CASTRO, Daniel Aureo de. (Coord.). *Direito imobiliário atual*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier: Campus Jurídico, 2014, p. 223-247.
- MARTOS, José Antonio de Faria; TARTUCE, Flávio. O diálogo das fontes e a hermenêutica consumerista no Superior Tribunal de Justiça. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI/UNINOVE, 22., 2013, São Paulo. *Sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 165-188. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=11>>. Acesso em: 9 fev. 2017.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2011.
- MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 4. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- MIRAGEM, Bruno. Eppure si muove: diálogo das fontes como método de interpretação sistemática no direito brasileiro. In: MARQUES, Claudia Lima. (Org.) . *Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 67-109.
- NERY JR., Nelson. Visão sobre a principiologia do código de defesa do consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 31, n. 114, p. 95-101, dez. 2011.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. Atualização de Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. 11 ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2014.
- PRADO, Sergio Malta. Da teoria do diálogo das fontes. *Migalhas de Peso*, 31 jan. 2013. Disponível em: <<http://m.migalhas.com.br/depeso/171735/da-teoria-do-dialogo-das-fontes>>. Acesso em: 9 fev. 2017.
- REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *Teoria tridimensional do direito: situação atual*. 5. ed., rev. e reestr. São Paulo: Saraiva, 2003.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária: com modelos de minutas*. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2014.

_____. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: leis 6.766/79 e 9.785/99*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Thomson Reuters: Revista dos Tribunais, 2014.

SCAVONE JR., Luiz Antonio. *Direito imobiliário: teoria e prática*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: GEN: Forense, 2013.

SIMÕES, Felipe Siqueira de Queiroz; CUNHA, Luiza Fontoura da. Distrato de compra e venda de bem imóvel: análise prática do negócio e da jurisprudência atual. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 80, p. 389-408, jan.-jun. 2016.

SODRÉ, Marcelo Gomes. Vinte anos: riscos sofridos pelo código de defesa do consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 31, n. 114, p. 81-87, dez. 2011.

TEIXEIRA, Tarsício. *Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações do contrato preliminar*. São Paulo: Saraiva, 2013.

TERRA, Marcelo. As incorporações imobiliárias e o art. 53 do CDC. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 39, n. 80, p. 409-427, jan.-jun. 2016.

TEUBNER, Gunther. *Direito, sistema e policontextualidade*. Tradução de Brunela Vieira de Vincenzi. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 80-104.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária: da análise econômica do direito. In: _____. (Org.). *Novo direito imobiliário registral*. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 99-115.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. A teoria do diálogo das fontes. *Revista Jus Navegandi*, Teresina, ano 16, n. 2755, 16 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18279>>. Acesso em: 9 fev. 2017.