Atualidades

POSIÇÃO DO PROMITENTE-COMPRADOR, NO NEGÓCIO JURÍDICO COMPLEXO REGIDO PELA LEI DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, NA HIPÓTESE DE FALÊNCIA DO INCORPORADOR

Luiz Antonio Guerra da Silva

Recentemente, os meios de comunicação voltaram a noticiar a impossibilidade material de cumprimento da proposta de pagamento formulada pela empresa Encol S/A – Engenharia, Comércio e Indústria, nos autos da Concordata Preventiva em curso na Comarca de Goiânia.¹

A imprensa noticia que o prazo findará na primeira quinzena do mês de março/ 99, quando, então, se, efetivamente, não realizado o depósito da parcela da concordata, certamente será decretada a falência da maior empresa incorporadora/construtora do Brasil, o que revelará, decerto, o processo de quebra de maior complexidade e repercussão social na história do direito falimentar brasileiro.

O efeito decorrente da falência, independentemente da atividade do falido, é por demais nefasto, porquanto a quebra alcança e alcançará todos os agentes econômicos, atingindo, sem exceção, os componentes da engrenagem empresarial – empregados, fornecedores e clientes – (empresa ente vivo).²

O efeito negativo ganha dimensão neste momento de crise, cujos fatores: juros altos, ausência de capital, retorno da inflação e recessão econômica levam os segmentos de mercado a retraírem investimentos, fomentando, assim, o desemprego.

Verifica-se facilmente a apreensão do povo brasileiro e o *stress* que a nossa gente vem vivendo nos últimos tempos – fruto da incerteza do amanhã.

A concordata preventiva da Encol – que não é fato isolado na economia, principalmente a partir da mudança de comportamento do consumidor, com a implantação do plano real – e a potencialidade de convolação do favor legal em falência (iminência de ser decretada – é quase certo que ao tempo da publicação deste artigo já tenhamos sentença de quebra) vêm causando aflição nos milhares de promitentescompradores de unidades imobiliárias autônomas, adquiridas daquela construtora, em regime de incorporação, à época da estabilidade econômica.

Autos da concordata preventiva em curso na Vara de Falências, Concordatas e Insolvência Civil da Comarca de Goiânia, Estado de Goiás, processo 862/ 97.

^{2.} Conceito de empresa, no Projeto do Código Civil.

A concordata e potencial falência da Encol alcança/alcançará (aqui o verbo está sendo empregado de forma vulgar; não tem a dimensão dos efeitos do favor legal/decisão) diretamente cerca de 40 mil promitentes-compradores, inúmeros empregados e fornecedores, sem contar os dependentes econômicos das fontes de receitas e/ou atividades, além dos governos federais, estaduais e municipais.

Induvidoso que milhares de promitentes-compradores, neste momento, choram a agonia financeira da Encol, posto que o tumor maligno existente no corpo economicamente doente daquela incorporadora jogará por terra o "sonho da casa própria", mormente daqueles, aliás, em sua grande maioria, que dedicaram toda uma vida de trabalho à formação de poupança familiar, buscando o sonho da morada.

É necessário que se aponte o norte àqueles que se apresentam desorientados e sem rumo, na seara complexa do processo falimentar, de modo que possam buscar o porto seguro no investimento realizado, circunstancia que nos animou a escrever sobre o tema, analisando a relação jurídica e a posição dos promitentes-compradores no processo falimentar.

O operário do direito – cientista social que é – deve, obrigatoriamente, viver as agruras sociais do seu tempo e colaborar no sentido de apontar os caminhos à pacificação.

Relação jurídica decorrente de promessa de compra e venda de bens móveis e/ou imóveis é das mais comuns na vida do cidadão, do homem comum, que economizando e formando poupança procura o bemestar — "o sonho da casa própria". Este ainda constitui-se na principal realização das classes pobre e média do nosso pais.

Atos jurídicos de compra e venda ou promessa de compra e venda de imóveis são realizados diariamente à luz das regras ditadas pelo governo federal (quer através do sistema financeiro da habitação, quer por outras modalidades de financiamento) – que ora aquecem ora desaceleram o mercado imobiliário.

Promessa de compra e venda é contrato bilateral. A bilateralidade reside na reciprocidade de obrigações entre os participantes da relação jurídica. De um lado, o promitente-vendedor obriga-se a vender/entregar a coisa; de outro lado, o promitente-comprador obriga-se a pagar o preço.

A promessa revela-se como meio eficaz de cessão de direitos e transferência da propriedade; os direitos reais sobre coisas móveis opera-se pela tradição (art. 675 CC), enquanto de coisas imóveis pela transcrição do título no álbum imobiliário (art. 530, I e 676 CC).

O mercado da construção civil, mormente em decorrência da incorporação imobiliária, serve-se largamente do referido título translativo da propriedade – promessa de compra e venda. A atividade mercantil de incorporação imobiliária³ indica que a alienação das frações ideais vinculadas às unidades autônomas opera-se através da efetiva venda ou mediante promessa (art. 29 da Lei 4.591/64), o que demonstra, à evidência, que os incorporadores e/ou construtores utilizam-se da promessa de compra e venda.

Colhem-se dos ensinamentos de Orlando Gomes⁴ a natureza do negócio jurídico complexo denominado *incorporação*, que "na determinação da natureza jurídica do contrato de incorporação imobiliária cabem breves considerações a respeito de sua unidade. A incorporação abrange distintos atos jurídicos que podem ser objeto de contratos diversos: compra e venda ou promessa de compra e venda de coisa comum e de coisa privativa, construção de edifício ou de um conjunto de edificações, instituição de condomínio especial. Todos eles se reúnem num só instrumento para um só

^{3.} Lei 4.591, de 15.12.64, Lei de Incorpora-

^{4.} Contratos, Forense, 1978, pp. 550-551.

fim. (...) A verdade é, porém, que se trata de prestações típicas de três contratos unificadas por uma causa típica. Essas prestações não perdem a individualidade, mas se fundem numa unidade complexa que adquire tipicidade ao ser definida, nomeada e disciplinada na lei (...)".

Identificada a unicidade do negócio jurídico da incorporação, tem-se que a relação entre incorporador e adquirente é, na maioria das vezes, exclusivamente, de promessa, salvo a hipótese de compra e venda, razão por que afasta-se, nesta abordagem, a análise do confronto da natureza jurídica do pacto adjeto de mútuo encartado naquele instrumento, posto que a relação fundamental na incorporação não é o empréstimo de coisa fungível.

Celebrada a promessa, deve o promitente-comprador - a quem interessa efetivamente a segurança da transação - levála a registro no Cartório Imobiliário, porquanto com a transcrição do título o então direito obrigacional (cessão de direitos) transformar-se-á automaticamente em real - oponível a terceiros (transferência do domínio) (arts. 531, 533, 676 e 856, I, do CC; 167 da Lei 6.015, de 31.12.73 e arts. 5º e 22 do Decreto-lei 58, de 10.12.37).5

Quitado o preço viabiliza-se ao promitente-comprador o manejo da adjudicação compulsória ou mesmo da chamada execução específica, em ocorrendo recusa, por parte do incorporador ou promitentevendedor, na outorga da escritura definitiva (arts. 15, 16 e 22 do Decreto-lei 58 e arts. 639, 640 e 641 do CPC), por tratar-se de obrigação juridicamente infungível.

Historicamente, após ultrapassado o momento lírico - em que se reconhecia na incorporação mera atividade civil, sem fins lucrativos - o que vigorou até o advento da Lei de Incorporações Imobiliárias (cf. arts.

5. Lei 6.015/73 - Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências; Decreto-lei 58/37 -Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

28 e 29), cabe afirmar, hoje, sem receio de equívocos, que a atividade de incorporação é manifestamente mercantil, embora reconheça-se o seu fim social. Não se pode olvidar que a capitalização de recursos, por parte do construtor/incorporador, tem natureza de poupança popular, daí encerrar fim social.

A Lei de Incorporações Imobiliárias responsável pela pujança do mercado da construção civil, de fim social por excelência -, reconhecendo ser a incorporação atividade mercantil, sujeita, expressamente, o incorporador ao processo falimentar,6 como prescreve o Título II, Capítulo II, no art. 43, inc. III:7 so ab odnos" o anst rog hiss

"Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física, ser-lhe-ão impostas as seguintes normas: (...) III - em caso de falência do incorporador, pessoa física ou jurídica, e não ser possível à maioria prosseguir na construção das edificações, os subscritores ou candidatos à aquisição de unidades serão credores privilegiados pelas quantias que houverem pago ao incorporador, respondendo subsidiariamente os bens pessoais deste".

Infere-se que tal preceito não fora lançado sem justificativa. O que motivou a inserção do inc. III, no art. 43, da Lei 4.591/ 64? A resposta é única: proteção ao promitente-comprador que contrata o recebimento a termo, de unidade autônoma, em regime de incorporação imobiliária.

O legislador ampliou a proteção, posto que sobrevindo a falência do construtor/ incorporador e em não sendo possível à maioria prosseguir nas edificações, os créditos desembolsados serão habilitados como privilegiados, na forma da lei falimentar. Induvidoso, pois, que social é a proteção sob o regime da incorporação.

Decreto-lei 7.661, de 21.6.45, Lei de Falências e Concordatas. 7. Cf. nota de rodapé n. 4.

A Lei de Quebra (Decreto-lei 7.661/ 45), que é posterior à edição do Decretolei 58/37 e seu decreto regulamentador 3.079/38 e anterior à Lei de Incorporações (Lei 4.591/64), no Título II - Dos Efeitos Jurídicos da Sentença Declaratória da Falência -, na Seção Quarta - Dos Efeitos Quanto Aos Contratos do Falido -, informa no art. 43 e respectivo parágrafo único que: "Os contratos bilaterais não se resolvem pela falência e podem ser executados pelo síndico, se achar de conveniência para a massa. Parágrafo único. O contraente pode interpelar o síndico, para que, dentro de 5 (cinco) dias, declare se cumpre ou não o contrato. A declaração negativa ou o silêncio do síndico, findo esse prazo, dá ao contraente o direito à indenização, cujo valor, apurado em processo ordinário, constituirá crédito quirografário".

Sendo, pois, a promessa de compra e venda contrato bilateral é certo que não se resolverá com a sentença de quebra, como se vê do comando previsto na lei falimentar e dos ensinamentos dos clássicos falencistas: Carvalho de Mendonça, Miranda Valverde, Waldemar Ferreira, Walter T. Álvares, José da Silva Pacheco, Sampaio de Lacerda e outros.

Significa dizer que competirá ao promitente-comprador, na hipótese de falência do promitente-vendedor, interpelar o síndico da falência (administrador da massa falida) para que cumpra ou não a obrigação contratada. Quedando-se silente, a promessa se resolve, restando ao credor, em querendo, habilitar o crédito, na forma indicada na lei de quebra.

Todavia, quanto ao promitente-comprador de imóvel regido pela Lei de Incorporação, o legislador falimentar emprestou-lhe tratamento diferenciado – porque seu crédito antes quirografário passou a privilegiado (cf. art. 43, III da Lei 4.591/64).

O tratamento especial dado ao promitente-comprador decorre da conjugação do art. 44, inc. VI, da Lei Falimentar, com o art. 43, inc. III, da Lei de Incorporação Imobiliária, quando o legislador assim reza: "Nas relações contratuais, abaixo mencionadas, prevalecerão as seguintes regras: (...) VI – na promessa de compra e venda de imóveis, aplicar-se-á a legislação respectiva".

A legislação aplicável é exatamente o inc. III, do art. 43, da Lei 4.591/64 e o Decreto-lei 58/37 e seu decreto regulamentador 3.079/38.

Excepcionou o legislador o tratamento ao promitente-comprador de imóvel regido pela Lei de Incorporação, pois remeteu-o à legislação respectiva, especialíssima em relação à especial – que é a falimentar.

Depreende-se, pois, que sobrevindo falência do construtor a relação jurídica entre promitente-comprador e promitente-vendedor (incorporador agora falido) terá como norte a lei respectiva, no caso a Lei de Incorporações (art. 43, inc. III, da Lei 4.591/64) e o Decreto-lei 58/37 (art. 12, § 2º, segunda parte) e seu Decreto regulamentador 3.079/38.

Com efeito, sobrevindo a quebra do incorporador, os promitentes-compradores terão a faculdade de: a) interpelar o síndico para que se manifeste sobre o cumprimento do contrato bilateral (promessa de compra e venda) ou pague indenização (perdas e danos); b) deliberar, em assembléia, por maioria, se prosseguem ou não com o empreendimento (continuidade ou retomada das edificações), sendo que: b1) se a decisão for pela continuidade do empreendimento, os promitentes poderão contratar terceiros para a finalização das edificações; ou b2) se a decisão for pela não continuidade, os promitentes poderão habilitar os respectivos créditos, nos autos da falência, na qualidade de credores com privilégio geral (valores efetivamente desembolsados).

A assembléia dos promitentes-compradores é soberana; dela extrai-se a vontade da maioria; se os promitentes deliberarem pela conclusão da obra, o falido, o síndico, os promitentes divergentes, os demais credores da falência e/ou da massa e o MP não poderão opor-se à continuidade do empreendimento. Os promitentes divergentes, vencidos pela maioria, em assembléia, em querendo, poderão habilitar seus respectivos créditos, buscando reaver na força da massa aquilo que desembolsaram.

Não se olvide que as leis de quebra e de incorporação, obrigatoriamente, devem ser interpretadas e aplicadas segundo o fim social da norma, de modo que, na hipótese de quebra do incorporador, deverá o Juiz da Falência superintender o processo falimentar — como agente político que é—ao lado do Ministério Público, na qualidade de fiscal da lei—aplicando-se ao caso concreto o preceito de maior benefício ou menor onerosidade aos promitentes-compradores, na linha de orientação da LICC.

O entendimento aqui exposto não diverge da posição unânime acolhida pela Egrégia 2ª Turma do STF, quando do julgamento do apelo extremo 96.105-RJ, sob a relatoria do saudoso Ministro Décio Miranda.9

co para que se manifeste sobre o compri-

Conclui-se, portanto, que sobrevindo sentença de quebra do incorporador (caso iminente da Encol), competirá aos promitentes-compradores imediatamente organizarem-se em assembléia, preferencialmente através de suas associações (muitas já organizadas, inclusive com personalidade jurídica) para deliberarem sobre o destino que pretendem imprimir ao/no empreendimento decorrente da incorporação, comunicando-se a decisão urgentemente ao síndico, no processo falimentar, salvaguardando, assim, os seus direitos de promitentes-compradores.

A omissão, neste particular, vem sendo interpretada como impossibilidade material de continuidade das edificações, situação que implicará resolução do negócio jurídico, com a transformação dos promitentes em meros credores, com a arrecadação do terreno e respectivas edificações nele erigidas, garantindo-se, assim, apenas o direito à habilitação dos créditos, nos autos da falência, o que, sem dúvida, trará maior prejuízo aos então investidores/promitentes-compradores.

litar os respectivos préditos, nos autos da falébolas de qualidade de creditores com priv vilócio gesal (Valores eletívemente desoni-

^{8.} Decreto-lei 4.657, de 4.9.42, art. 5: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

^{9.} RE 96.105-RJ, em 13.12.83.