

RAFAEL DOMINGOS FAIARDO VANZELLA

*O Contrato
e os Direitos Reais*



EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

original pode dispor de pelo menos parte de sua *dívida* ao dispor de sua propriedade: a imunidade contra disposição sobre o crédito de titularidade do locatário é, de alguma forma, enfraquecida;⁴²² exsurge, na sua relação jurídica contratual (obrigacional), alguém com o qual nunca contratou, independentemente do art. 299 do CC/2002. Não há só vantagens para o locatário, ao contrário do que possa parecer: o patrimônio do novo proprietário locador pode ser menos expressivo do que o do anterior proprietário locador, a fim de responder pelos seus possíveis diversos inadimplementos.⁴²³

Já nos compromissos de compra e venda, a solução é diversa. A técnica utilizada é o direito subjetivo real limitado. O chamado direito real de aquisição, posição jurídica subjetiva real do promitente comprador adquirida mediante o registro do instrumento, público ou particular, de compromisso de compra e venda na matrícula do imóvel em questão, é uma *modificação* na propriedade do promitente-vendedor; mais especificamente, uma alteração da titularidade desse mesmo direito subjetivo. Trata-se de uma *inalienabilização relativa*.⁴²⁴ as transmissões do direito subjetivo de propriedade não operam em relação ao promitente-comprador titular do direito subjetivo real de aquisição. Ele tem imunidade contra disposição da propriedade. O adquirente da coisa não tem qualquer obrigação em face do promitente-comprador, senão as posições jurídicas subjetivas passivas reais de sujeição e ausência *de poder de dispor* em relação a ele, as quais pode extinguir renunciando ao seu domínio. E tem também imunidade contra disposição da posição de promitente-vendedor: o alienante da propriedade do imóvel não deixa de estar obrigado a celebrar o contrato “definitivo” de compra e venda, a fim de transmitir a propriedade do imóvel ao promitente-comprador. A tese da mera *oponibilidade do direito de crédito*, sustentada por F. C. Pontes de Miranda,⁴²⁵ não convence, uma vez que é evidente a celebração de um contrato de disposição constitutiva antes do contrato de disposição translativa da propriedade: transmitiu-se uma posição jurídica do domínio ao promitente comprador; afinal, propriedade inalienável,

422. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 71.

423. É certo que o proprietário locador anterior conserva algumas posições jurídicas subjetivas passivas obrigacionais decorrentes do contrato de locação; entre elas, o dever de indenizar o locatário, pelo incumprimento do dever de proporcionar a posse pacífica da coisa locada durante o prazo da locação. A sub-rogação do novo proprietário na posição de locador não implica, portanto, a plena exclusão do primeiro locador da relação jurídica obrigacional de locação.

424. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., 3. ed., 1971, vol. 13, p. 109-132; COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976. p. 161; cf. tb. BESSONE, Darcy. *Da compra e venda: Promessa e reserva de domínio*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 138-154.

425. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado* cit., 3. ed., 1971, vol. 13, p. 109-132.

ainda que relativamente, não é propriedade plena. O autor tem razão quanto às premissas, não, contudo, quanto à conclusão.⁴²⁶

Em outras palavras, enquanto na locação de bem imóvel urbano a aquisição da propriedade sobre a coisa locada implica, simultaneamente, a aquisição da posição jurídica subjetiva de locador por *sub-rogação legal*⁴²⁷ – trata-se de uma posição contratual *propter rem*, uma posição contratual por sub-rogação legal –, no compromisso de compra e venda a aquisição da propriedade sobre a coisa *gravada* com direito real de aquisição (*gravame*) resolve-se simplesmente no plano do direito das coisas, quer dizer, o adquirente não adquire nenhuma posição jurídica subjetiva obrigacional, ainda que tenha, como nesse caso efetivamente tem, conhecimento positivo do contrato de compromisso de compra e venda anteriormente celebrado. O teste com o poder de dispor, tanto sobre a propriedade gravada quanto sobre (aspectos do) crédito alheio, é definitivo: quem adquire, por sub-rogação legal, posição jurídica subjetiva obrigacional permanece devedor mesmo que renuncie a propriedade; quem adquire propriedade gravada pode perder suas posições jurídicas subjetivas passivas reais, renunciando a propriedade.⁴²⁸

O direito material conhece, assim, duas *técnicas de oponibilidade dos interesses econômico-sociais dos contratantes aos terceiros-adquirentes*⁴²⁹. Pelas mesmas razões, ambas submetem-se a um regime de *numerus clausus*.⁴³⁰ os fatores de adquiribilidade de uma mesma posição jurídica subjetiva patrimonial foram modificados, de maneira que o adquirente deverá, pelo menos, negociar com mais de uma pessoa se quiser, na hipótese de gravames, adquirir o *todo* do direito subjetivo patrimonial

426. Posições jurídicas subjetivas idênticas, nesse aspecto, à do locatário de bens imóveis urbanos são as de arrendatário de bem imóvel rural e de parceiro agropecuário (arts. – note-se que o adquirente, independentemente de registro, não tem, nesses contratos, o poder de “denunciar”); posição jurídica subjetiva idêntica, nesse aspecto, à do promitente-comprador titular de direito real de aquisição é a do comprador, depois da tradição em sentido estrito, na compra e venda com reserva de domínio.

Efeitos semelhantes à situação do locatário de bens imóveis urbanos, na circunstância de o proprietário alienar sua propriedade, encontram-se na situação dos outros locatários, do comodatário, do depositário, enfim, de todos os possuidores diretos de coisas móveis-bens materiais: a sub-rogação do adquirente, quando a tradição ocorre pela cessão da pretensão à entrega – visto que o alienante é, apenas, nesses casos, possuidor indireto –, é, tão somente, em posições jurídicas subjetivas passivas de exceção, por analogia com o art. 294 do CC. V. 5.4.1, *infra*.

427. MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão de contrato* cit., p. 69-72.

428. NATUCCI, Alessandro. Op. cit., p. 150.

429. V. 5.4.1, *infra*.

430. BURDESE. Ancora sulla natura e tipicità dei diritti reali. *Rivista di diritto civile* 2/236-238, 1983; COMPORTI, Marco. Diritti reali in generali. In: CICU, Antonio et al. *Trattato di diritto civile*. Milano: Giuffrè, 1980. vol. 8.1, p. 222; NATUCCI, Alessandro. Op. cit., p. 26-30 e n. 31.

6.3 Súmula 308 do STJ: abrandamento do regime de *numerus clausus* dos contratos de disposição?

Já está bastante assentado na experiência jurídica que o compromisso de compra e venda, sem dúvida “o mais brasileiro dos contratos de direito civil”, apresenta uma carga baixíssima de *preliminaridade*, imprestável para definir sua *tipicidade*.⁵³ Essa última se manifesta, com maior razão, no acordo de declarações jurídico-negociais que pospõe a celebração, por escritura pública, não do contrato “definitivo” de compra e venda de coisa imóvel, mas sim do *contrato de disposição*: tivesse a doutrina diferenciado a categoria do contrato de disposição da categoria do contrato obrigacional, teria percebido que o processo obrigacional preparatório da transmissão da propriedade já está todo estabelecido pelo compromisso de compra e venda, e só o *acordo de transmissão da propriedade* – necessariamente celebrado por escritura pública (art. 108 CC/2002) – é postergado, e não assim um inútil contrato “definitivo” de compra e venda, que apareceria quando praticamente todas as obrigações, tanto do promitente-vendedor quanto do promitente-comprador, já foram cumpridas. Para que mais promessas e futuridade, quando só a declaração jurídico-negocial de alienar (e não de se obrigar a alienar), por parte do promitente-vendedor, é o que basta para resolver os vínculos jurídicos implicados na operação de transmissão da propriedade imobiliária?

No âmbito dessa operação, o compromisso de compra e venda absorve, com efeito, completamente a função prático-social do contrato de compra e venda predisposto pelo Código Civil (art. 481): não é por outra razão que esse último é empregado, no Brasil, só pelos (maus) exemplos escolares. Esse fato – a que subjaz uma complexa trama econômico-social jamais estudada⁵⁴ – explica-se pela circunstância de o compromisso de compra e venda ter recebido, ao longo do séc. XX, uma positivação gradativa – legal, jurisprudencial e consuetudinária – as mais das vezes extremamente sensível e aderente às necessidades do tráfico jurídico; o que confere ao tipo normativo do compromisso de compra e venda técnicas jurídicas de tutela dos interesses econômico-sociais das partes muito mais adequadas para a acomodação e a regulação desses últimos. Representativas dessas técnicas são não apenas a dispensa de forma *solene* (art. 11 do Dec.-lei 58/1937, art. 26 da Lei

53. AZEVEDO JR., José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 15, 17-25.

54. A “conspiração universal toda vez que se trata de iludir interesses fiscais”, como diz A. Barbosa Lima Sob. (*As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro, Borsoi, [19 – ?]. p.10), é apenas a “ponta do iceberg”, e, ainda assim, hoje bastante diminuída, em razão da previsão constitucional da tributação sobre o compromisso de compra e venda (art. 156, II, CF/1988). Por trás desse contrato, estão os interesses de uma sociedade que tende a privilegiar uma regulação “possessória” em detrimento de uma regulação “proprietária” do território nacional.

6.766/1979) e a possibilidade de execução específica das ações de cumprimento, tanto de entrega da posse quanto de “adjudicação compulsória” (art. 22 do Dec.-lei 58/1937, art. 25 da Lei 6.766/1979, art. 1.418 do CC/2002, arts. 461 e 466-B do CPC),⁵⁵⁻⁵⁶ mas também a composição, em um mesmo esquema contratual, dos riscos dos contratantes perante terceiros-adquirentes de direitos subjetivos reais sobre a coisa imóvel: de um lado, acautela-se o promitente-vendedor, ao postergar a celebração do acordo de transmissão da propriedade (contrato de disposição translativa), permanecendo, até a celebração desse último, que ocorre após o pagamento integral do preço da coisa vendida, imune contra a disposição da *propriedade*, perpetrada pelo promitente-comprador,⁵⁷ bem como contra a quebra desse último, ou à tentativa de penhora da propriedade por parte de outros de seus

55. Essas ações de cumprimento, como deixou claro D. Bessone (*Da compra e venda: Promessa e reserva de domínio*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 96-137, 138), não dependem do registro do instrumento do compromisso de compra e venda, na medida em que integradas, exclusivamente, no processo obrigacional. Apesar de o lamentável art. 1.418 do CC/2002 sugerir uma confusão entre a eficácia obrigacional e a eficácia real do compromisso de compra e venda, a Súmula 239 do STJ continua sendo plenamente aplicável. Se a proposta é a de uma (impertinente) interpretação literal do art. 1.418 do CC/2002, note-se que a expressão “titular de direito real” encontra-se entre vírgulas, tendo, portanto, caráter meramente explicativo, não subordinativo.

56. Questão interessante é a debatida no STJ, REsp 648.468, 3.^a T., j. 14.12.2006, rel. Min. Menezes Direito, sobre contra quem deve ser ajuizada a ação de adjudicação compulsória, tendo ocorrido diversas cessões da posição contratual de promitente-vendedor. O tribunal se precipita, ao postular que “a obrigação decorrente da adjudicação compulsória é do promitente-vendedor, pouco relevando o papel dos cedentes, considerando que o direito que se pretende somente pode ser cumprido pelo titular do domínio”. No caso concreto, o entendimento está correto, uma vez que a alienação da propriedade, por parte do promitente-vendedor, foi seguida da cessão de sua posição contratual ao adquirente-cessionário. No entanto, pode acontecer que o promitente-vendedor apenas aliene a propriedade, ou constitua gravames reais sobre ela, de modo a permanecer na posição de promitente-vendedor. Em casos como tais, a ação de adjudicação compulsória deve ser proposta contra o promitente-vendedor e também contra o proprietário que adquiriu propriedade gravada com direito real de aquisição do promitente-comprador, em litisconsórcio passivo necessário (art. 47 do CPC). Daí que, se o novo proprietário ou titular de direito subjetivo real limitado renunciar a propriedade ou o direito subjetivo real limitado, antes do ajuizamento da demanda, não terá de pagar os custos processuais e as verbas sucumbenciais.

57. Um contrato de disposição translativa ou constitutiva da propriedade, celebrado pelo promitente-comprador, não passará, na verdade, de uma alienação ou gravação *a non domino* e, como tal, ineficaz (art. 307 do CC/2002). Obviamente, nada obsta, *a priori*, que o promitente-comprador ceda ou empenhe, ou dê em usufruto, a posição jurídica subjetiva de que é titular, em todo o seu complexo (cessão de posição contratual), ou só algum, ou alguns, de seus elementos (por exemplo, cessão de crédito). V. *infra*. Nada disso é característico da posição jurídica do promitente-comprador: qualquer credor, ou melhor, qualquer parte contratante tem esses mesmos poderes.

credores; de outro lado, *pode* precaver-se o promitente-comprador, ao apresentar ao Registro de Imóveis em que a coisa negociada esteja matriculada, o instrumento do compromisso de compra e venda a ela referente, no qual contém, *por força de lei*, o acordo de constituição de um direito subjetivo real (limitado) de aquisição (contrato de disposição constitutiva), permanecendo imune aos efeitos dos contratos de disposição que o promitente-vendedor celebrar com terceiros a respeito da mesma propriedade, bem como à quebra desse último, ou à penhora daquela mesma propriedade, promovida por outros dos credores do promitente-vendedor (art. 1.417 do CC/2002, art. 167, I, 9, da Lei 6.015/73).⁵⁸⁻⁵⁹⁻⁶⁰

58. Se houver posse direta da coisa, por parte do promitente-comprador, o registro do instrumento do compromisso de compra e venda, com a consequente constituição de seu direito subjetivo real limitado, é *dispensável* para assegurar seus interesses (só) em face da penhora da propriedade: o Código de Processo Civil confere um *ius possessionis* contra a agressão judicial à posição do possuidor, por meio da possibilidade de oposição de embargos de terceiro (art. 1.046, § 1.º, do CPC). Isso não tem nada que ver com a realização da posição do possuidor: entre dois credores não titulares de direito subjetivo real, o direito positivo prefere àquele que tenha a posse atual da coisa. E, a despeito da Súmula 84 do STJ, essa situação não é exclusiva ao compromisso de compra e venda: poderiam propor embargos de terceiro também o locatário, o comodatário, o depositário etc.; e, por óbvio, também o comprador que, por qualquer razão, não seja ainda proprietário.
59. “Para uma análise mais abrangente do caso, é pouco dizer que o objetivo das partes, ao contratar, é celebrar outro contrato. É preciso ter sempre presente que uma das partes quer vender [melhor seria *alienar*] seu imóvel e garantir-se do pagamento do preço; e a outra parte quer adquirir esse imóvel e dele se utilizar logo” (AZEVEDO JR., José Osório de. Op. cit., p. 18).
60. Já se tendo provado a natureza real do direito do promitente-comprador (v. 3.4.3, supra), cabe apenas salientar que as diversas opiniões em sentido contrário, que sustentam a *mera* “oponibilidade” de seu crédito em relação aos potenciais adquirentes (v. 5.4, supra), baseiam-se em discussões sobre os efeitos da *Vormerkung* (prenotação preventiva) no direito alemão. De fato, o fenômeno é em tudo análogo, pois um *Vorvertrag* de compra e venda ou um contrato de compra e venda sem a aposição da *Einigung* pode, com base nos §§ 883 e 885 BGB, ser inscrito para gerar efeitos perante os terceiros-adquirentes (cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen F., STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht*. 17. ed. München: C. H. Beck, 1999. p. 191-205; FLUME, Werner. *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts: Das Rechtsgeschäft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1979. p. 613-616). A natureza da *Vormerkung* é uma das mais controvertidas no direito alemão, não havendo consenso sobre sua realidade ou obrigacionalidade (cf. BAUR, Fritz; BAUR, Jürgen F., STÜRNER, Rolf. *Sachenrecht* cit., p. 203-204; DULCKEIT, Gerhard. *Die verdinglichung obligatorischer Rechte*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 1951, p. 24-27; WEITNAUER, Hermann. *Verdinglichte Schuldverhältnisse*. In: CANARIS, Claus-Wilhelm; DIEDERICHSEN, Uwe (hrsg.). *Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag*. München: C. H. Beck, 1983. p. 720-721). C. W. Canaris conclui pelo seu caráter de posição jurídica obrigacional “realizada”, na medida em que, conquanto confira imunidade contra disposição e contra execuções judiciais, não há pretensão a sujeito passivo total (*Die Verdinglichung obligatorischer Rechte*. In: JAKOBS, Horst Heinrich et al (hrsg.). *Festschrift für Werner*

O compromisso de compra e venda *não* é, por conseguinte, um contrato de disposição. Ele é um contrato obrigacional *conexo* a um contrato de disposição *constitutiva*, o qual só é eficaz mediante a observância do procedimento típico de publicidade definido em lei. Reitere-se que esse contrato de disposição não é *translativo* da propriedade, mas *constitutivo* de um direito subjetivo real (limitado).⁶¹ afirmações de um “tratamento idêntico ao compromissário comprador e ao proprietário”⁶² têm uma preocupação saudável, mas não são tecnicamente adequadas. O promitente-comprador é “proprietário” (titular) de seu crédito contra o promitente-vendedor, e pode também ser “proprietário” (titular) de um direito subjetivo real limitado (direito subjetivo real de aquisição). Os contratos de disposição *eficaz* que celebra são, exclusivamente, sobre essas posições jurídicas subjetivas patrimoniais, que lhes são próprias, jamais sobre a propriedade. A assimilação é, nesses termos, do *promitente-comprador* para com

Flume zum 70. Geburtstag. Köln: Otto Schmidt, 1978. p. 381-392, vol. 1). Com efeito, o promitente-comprador só tem pretensão à celebração do acordo de transmissão da propriedade contra o promitente-vendedor, ou contra quem for sucessor da posição contratual desse último. Mas, consoante a proposta desta tese, os efeitos reais decorrem daquelas imunidades; somada à unicidade do poder de dispor de quem adquire direito subjetivo real posteriormente à irradiação do direito real de aquisição, não se vê razões para negar o caráter real desse último.

Sobre a classificação desse direito subjetivo real, em direito real de aquisição ou direito real de garantia, não se vê nenhuma consequência prática em pôr essa posição jurídica subjetiva real sob uma ou outra classe, ou, ainda, em um *tertium genus*; nem em identificar necessariamente uma classificação para a ela, a fim de adequar o seu caráter ao direito positivo. Cf. BESSONE, Darcy. *Da compra e venda...* cit., p. 148-154.

61. Além do ponto em que sustenta a *invalidade* do contrato de compra e venda celebrado por aquele que não é proprietário, na posição de vendedor, a tese da integração dos acordos de vontade, de se obrigar e de “transferir”, no esquema do contrato de compra e venda, proposta por D. Bessone (idem, p. 44, 50-51), enfraquece-se também nessa circunstância: a compra e venda pode “se integrar” a outros acordos de transmissão ou constituição de direitos subjetivos reais, assim como outros contratos, tais como a compra e venda, meramente obrigacionais, podem “se integrar” ao acordo de transmissão da propriedade. O que parece, na verdade, é que a tese de D. Bessone tem um endereçamento, muito específico, para a doutrina e a jurisprudência que buscaram negar, no direito positivo, a existência de uma “*Einigung*” (idem, p.144).
62. AZEVEDO JR., José Osório de. Op. cit., p. 21. O que se ampara, outrossim, pela seguinte passagem: “à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade junto ao compromitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, como que vai desaparecendo até se apagar de todo” (idem, p.19). A propriedade do promitente-vendedor não é “propriedade resolúvel”; poderia ser, mas o expediente técnico presente na regulação do compromisso de compra e venda é outro. Ainda assim, mesmo que se tratasse de “propriedade resolúvel”, aquelas palavras seriam apenas metafóricas: o direito positivo não conhece uma “propriedade por graus de pagamento”.

o *comprador*,⁶³ e, ainda assim, imperfeitamente, pois o primeiro tem, no fundo, mais direitos subjetivos do que o segundo.⁶⁴

Extremamente representativa é, nesse sentido, uma posição jurídica subjetiva do promitente-comprador, reconhecida pela Súmula 308 do STJ, a qual tem uma profunda relação com o regime de *numerus clausus*: ao enunciar que a hipoteca constituída em favor dos agentes financeiros pelas construtoras-proprietárias não tem eficácia em relação aos promitentes-compradores que, com essas últimas, assim celebram um compromisso de compra e venda, ainda que esse último contrato seja posterior àquele de constituição de hipoteca e independa do registro de seu instrumento, não teria o STJ assim reconhecido um caráter de *disposição*, não legalmente previsto, no compromisso de compra e venda? Não teria o STJ rompido a *regra da prioridade* do contrato de disposição constitutiva da hipoteca? Não teria o STJ rarefeito a *imunidade contra disposição* apresentada pelo credor-hipotecário? Não teria o STJ criado um *tipo de titularidade* de nível maior do que o próprio direito de propriedade, a favor do promitente-comprador, na medida em que até mesmo quem adquire propriedade gravada com hipoteca não tem precedência em relação ao credor-hipotecário? Não teria o STJ abrandado, enfim, o regime de *numerus clausus*, uma vez que “obrigacionalizou” ou “relativizou” o direito subjetivo real do credor-hipotecário, “realizando” ou “absolutizando” o direito subjetivo obrigacional do promitente-comprador?

Esta obra sustenta que *não*. Com efeito, a análise do direito das coisas, tal qual delineado no Código Civil, foi tomada, nas últimas décadas, por uma tendência de profunda desconfiança, em razão de sua aparente tensão com os mandamentos constitucionais. Considerado algo estático e contemplativo da tradição, em comparação com o direito das obrigações,⁶⁵ olvidou-se que é, por excelência, a ordem de *atribuição* das posições

63. Ainda mais quando se observa que “a semelhança ainda mais se acentua em regimes, como o nosso, em que o contrato de compra e venda não transfere por si a propriedade, não deixando, portanto, de ser também, nesse sentido, uma promessa. E o fato de o compromisso aparecer então como uma ‘promessa de promessa’ (o que era motivo de horror para grande número de juristas) é hoje aceito de forma tranquila, sendo certo que essa ‘cadeia de promessas’ já pode hoje se estender indefinidamente” (AZEVEDO JR., José Osório de. Op. cit., p. 24).

64. Idem, p. 25-67. Além de uma maior acumulação de experiência sobre a matéria, o que rende uma casuística riquíssima ao compromisso de compra e venda e, por consequência, uma grande previsibilidade na sua aplicação, basta lembrar, aqui, que um contrato de compra e venda, que não venha acompanhado, por qualquer razão, do acordo de transmissão da propriedade eficaz, não pode se conectar a um acordo de constituição de direito subjetivo real de aquisição, o que faz frágil a estabilidade da posição do comprador em comparação àquela do promitente-comprador.

65. WIEGAND, Wolfgang. Die Entwicklung des Sachenrechts im Verhältnis zum Schuldrecht. *Archiv für die civilistische Praxis* 190/112-113, 135-138.

jurídicas subjetivas patrimoniais logicamente preexistentes: nenhum outro setor do ordenamento jurídico desempenha essa função.⁶⁶ Quisera-se, contudo, que fosse o reduto do individualismo, o paradigma do voluntarismo, o resquício mais exemplar de um direito bucólico, infenso às grandes transformações da economia capitalista.⁶⁷ Foram poucos, porém, os juristas que se detiveram a apreciar seu desenvolvimento menos pelos conflitos de interesse político-lógicos que suscita, e suas respectivas soluções dogmáticas, do que pelas transformações fundamentais de seu conteúdo, de seus princípios e de seus métodos.⁶⁸ Representativa, nesse sentido, é a repercussão rarefeita que o princípio da boa-fé teve no direito das coisas, na perspectiva da elaboração jurídica. Estigmatizado por ser a sede da boa-fé, em sentido subjetivo, esqueceram os juristas de identificar as influências marcantes que recebe das concretizações da boa-fé em sentido objetivo, muito especialmente da figura do exercício inadmissível de posições jurídicas subjetivas, que encontra no art. 187 do CC/2002 sua consagração legislativa. Ora, o problema não é, apenas, teórico-prático: já há certo número de casos em que o STJ reconhece, mesmo à falta de elaboração doutrinária, o encobrimento, direto ou indireto, do exercício das pretensões petitórias.⁶⁹⁻⁷⁰

66. WIEACKER, Franz. *Zum System des deutschen Vermögensrechts: Erwägungen und Vorschläge*. Leipzig: Theodor Weicher, 1941. p. 30.

67. MAYER-MALY, Theo. Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte. In: NEUMANN, Manfred (hrsg.). *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte: Arbeitstagung des Vereins für Socialpolitik – Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften in Basel vom 26. – 28. September 1983*. Berlin: Duncker und Humblot, 1984. p. 25-26.

68. WOLF, Manfred. Beständigkeit und Wandel im Sachenrecht. *Neue Juristische Wochenschrift* 42/2647; idem, p. 2652: “O direito das coisas parece predestinado, portanto, a um capítulo dos conceitos lógico-formais e, em virtude das suas figuras legalmente fixadas parece satisfazer apenas umas poucas necessidades de proteção social e de controle judicial da equidade. No entanto, as transformações gerais dos vetores axiológicos e dos métodos de aplicação do direito mostram-se também no direito das coisas”.

69. “Condomínio. Área comum. Prescrição. Boa-fé. Área destinada a corredor, que perdeu sua finalidade com a alteração do projeto e veio a ser ocupada com exclusividade por alguns condôminos, com a concordância dos demais. Consolidada a situação há mais de vinte anos sobre área não indispensável à existência do condomínio, é de ser mantido o *statu quo*. Aplicação do princípio da boa-fé (*suppressio*). Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 214.680, 4.^a T., j. 10.08.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; seguem a mesma orientação: STJ, REsp 254.095, 3.^a T., j. 29.03.2001, rel. Min. Menezes Direito; STJ, REsp 356.821, 3.^a T., j. 23.04.2002, rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, REsp 325.870, 3.^a T., j. 14.06.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros); “Promessa de compra e venda. Consentimento da mulher. Atos posteriores. “*Venire contra factum proprium*”. Boa-fé (...). 2. A mulher que deixa de assinar o contrato de promessa de compra e venda juntamente com o marido, mas depois disso, em juízo, expressamente admite a existência e validade do contrato, fundamento para a denúncia de outra lide, e nada impugna contra a execução do contrato durante mais de 17 anos, tempo em que os promissários compradores exerceram pacificamente a posse sobre o imóvel, não pode depois se opor

Trata-se, então, de questionar o sistema sobre a compatibilidade, no seu mesmo universo, do regime de *numerus clausus* dos contratos de disposição com um dos aspectos do surpreendente desenvolvimento jurisprudencial acerca da posição do promitente-comprador. O que não se resolve senão por uma tentativa de harmonizar dois princípios fundamentais de toda ordem jurídica de circulação econômica: o *numerus clausus* dos contratos de disposição e a boa-fé. O contraste entre esses dois princípios se apresenta em um ponto bastante específico, mas essencial, da doutrina do *numerus clausus*: mediante a diligência do *status* de atribuição de uma posição jurídica subjetiva patrimonial, tendo o adquirente concluído que sobre ela pesa um pacto meramente *obligacional*, por estar fora do catálogo legal de contratos de disposição, seu poder de adquirir não é, por essa circunstância de conhecimento positivo, afetado. Mais do que isso, ao se tornar o novo titular da posição jurídica subjetiva, poderia desconsiderar aquele pacto, já que, sendo meramente obrigacional, dele não tomou parte. Tem legitimidade, assim, para exercer suas pretensões petitórias sobre a posição jurídica subjetiva, entre elas a vindicação da coisa, frustrando, com isso, os interesses econômico-sociais do credor naquele mesmo pacto. Obtempera, inelutavelmente, o princípio da boa-fé: se conhecia o pacto, ou podia conhecer, ou era razoável que conhecesse, ainda que dele não tomara parte, e, por ser obrigacional, não afete sua esfera jurídica, pode o adquirente, por essa simples razão, desviar-se dos *deveres de proteção* a que se submetem todos os agentes privados? A questão, como já observado, não é sem amparo no direito positivo.⁷¹ De maneira que a resposta para tais problemas tem de ser buscada não na contemplação de um (contrato de disposição de um) direito subjetivo real fora do catálogo, mas em uma situação de *imunidade* de que se favorece o promitente-comprador, em razão da concretização do princípio da boa-fé. A metódica é, enfim, bastante outra.

Diz o primeiro precedente que embasa a formulação da Súmula 308 do STJ: “ainda que não houvesse regra específica traçando esse modelo, não poderia ser diferente a solução. O princípio da boa fé objetiva impõe ao financiador de edificação de unidades destinadas à venda aprecatar-se para receber o seu crédito da sua devedora ou sobre os pagamentos a ela efetuados pelos terceiros adquirentes. O que se não lhe permite é assumir a cômoda posição de negligência na defesa

ao pedido de fornecimento de escritura definitiva. Doutrina dos atos próprios. Art. 132 do CC/1916. 3. Recurso conhecido e provido” (STJ, REsp 95.539, 4.ª T., j. 03.09.1996, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

70. VON OLSHAUSEN, Eberhard. Die verwechselten Grundstücke oder § 242 BGB im Sachenrecht. *Juristenzeitung*, p. 288; STAUDER, Tobias. *Die Verwirkung zivilrechtlicher Rechtspositionen: Die Linie der Rechtsprechung bei der Anwendung des Verwirkungstatbestandes*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995. p. 207-211.

71. V. 5.4.1.2, *supra*.

dos seus interesses, sabendo que os imóveis estão sendo negociados e pagos por terceiros, sem tomar nenhuma medida capaz de satisfazer os seus interesses, para que tais pagamentos lhe sejam feitos e de impedir que o terceiro sofra a perda das prestações e do imóvel”.⁷²

O regime de *numerus clausus* dá, porém, essa comodidade ao titular, *in casu*, o credor-hipotecário; por sua vez, a boa-fé acaba por tirar-lha: “consagraria abuso de direito em favor do financiador que deixa de lado mecanismos que a lei lhe alcançou, para instituir sobre o imóvel (...) uma garantia hipotecária pela dívida da sua devedora, mas que produziria necessariamente efeitos sobre o terceiro. No comum dos negócios, a existência de hipoteca sobre o bem objeto do contrato de promessa de compra e venda é fator determinante da fixação e abatimento do preço da venda, pois o adquirente sabe que a presença do direito real lhe acarreta a responsabilidade pelo pagamento da dívida. Não é assim no negócio imobiliário de aquisição da casa própria de edificação financiada por instituição de crédito imobiliário, pois que nesta o valor da dívida garantida pela hipoteca não é abatido do valor do bem, que é vendido pelo seu valor real, sendo o seu preço pago normalmente mediante a obtenção de um financiamento concedido ao adquirente final, este sim garantido com hipoteca pela qual o adquirente se responsabilizou, pois essa é a sua dívida”.⁷³

Observa-se, nesses termos, que as regras do sistema financeiro da habitação (SFH) foram utilizadas apenas como argumentos *obter dicta*, e não como *rationes decidendi*. Com efeito, para os agentes financeiros que atuam naquele sistema,⁷⁴ não há possibilidade de execução da garantia hipotecária, em face dos promitentes-compradores, porquanto as regras sobre garantias reais não se aplicam plenamente

72. REsp 187.940, STJ, 4.^a T., j. 18.02.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; outros precedentes que fundamentam a súmula, conforme o próprio STJ, são: STJ, REsp 287.774, 4.^a T., j. 15.02.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, REsp 401.252, 4.^a T., j. 28.05.2002, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; STJ, REsp 329.968, 4.^a T., j. 09.10.2001, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ, REsp 431.440, 3.^a T., j. 07.11.2002, rel. Min. Nancy Andrighi; STJ, REsp 439.604, 3.^a T., j. 22.05.2003, rel. Min. Menezes Direito; STJ, REsp 498.862, 3.^a T., j. 02.12.2003, rel. Min. Menezes Direito; REsp 418.040, 3.^a T., j. 20.04.2004, rel. Min. Humberto Gomes de Barros; STJ, REsp 514.993, 4.^a T., j. 25.11.2003, rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, REsp 651.125, 3.^a T., j. 02.09.2004, rel. Min. Menezes Direito; STJ, REsp 557.369, 4.^a T., j. 07.10.2004, rel. Min. Fernando Gonçalves.

73. STJ, REsp 187.940, 4.^a T., j. 18.02.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

74. Fora do SFH, pode-se questionar se, diante da Súmula 308 do STJ, os agentes financeiros poderiam subordinar o mútuo à construtora-proprietária à celebração, entre essa última e os promitentes-compradores, de um pacto adjeto por meio do qual esses últimos – e não os primeiros – cedessem fiduciariamente, ou empenhassem, a sua posição contratual àqueles agentes financeiros, em uma operação de constituição de garantia de dívida alheia. Muito provavelmente esses contratos de cessão fiduciária ou de penhor de posição contratual seriam considerados nulos, por abusividade (art. 51, III, IV, do CDC).

às operações do SFH: é extraída do art. 22 da Lei 4.864/1965 uma imposição de substituição da garantia real, a partir do momento em que se celebra cada um dos compromissos de compra e venda sobre as coisas imóveis, já existentes ou não, de modo que o crédito do *promitente-vendedor* é fiduciariamente transmitido (“cessão fiduciária”) ao agente financeiro mutuante, cuja garantia hipotecária perde, com isso, eficácia relativamente ao *promitente-comprador* cedido.⁷⁵ As *rationes decidendi*, muito mais abrangentes e que levaram a uma redação muito mais ampla da súmula em comento, amparam-se em um *dever de proteção* do agente financeiro para com os *promitentes-compradores*, decorrente dos efeitos dos contratos de disposição que aquele celebra com o proprietário. Esse dever de proteção, irradiado da especificidade do *tráfico jurídico* em questão, que dificulta o desconto do gravame do preço da coisa imóvel, por parte do *promitente-comprador*, implica o encobrimento, (só) contra esse último, das pretensões reais do agente financeiro. Nesses termos, o *promitente-comprador* é titular de uma *exceção material* atribuída pela *função de bloqueio* do princípio da boa-fé, mais especificamente de uma de suas concretizações, que é o exercício inadmissível de posição jurídica, agora reduzido a texto de lei pelo art. 187 do CC/2002.⁷⁶

Não se conclui, por aí, por um estrangulamento do *principium divisionis* entre contratos obrigacionais e contratos de disposição.⁷⁷ Dificilmente essa circunstância far-se-á presente no campo das execuções concursais,⁷⁸ nem só em virtude das finalidades dessa última, mas porque, sobretudo, falta, aqui, aquele elemento de autonomia na circulação econômica. Nas execuções concursais, a circulação é *forçada*: não há um contratante diligenciando para, com segurança, adquirir uma posição jurídica subjetiva patrimonial e, assim, contrair deveres de proteção do patrimônio alheio a partir do conhecimento razoavelmente obtido. Em outras palavras, o compromisso de compra e venda não confere, ao menos plenamente, imunidade contra disposição e contra execuções judiciais. E não se faz necessário se alongar, aqui, como só essa circunstância é decisiva para que, na escolha das técnicas contratuais de provimentos dos bens econômicos, os agentes privados considerem seriamente os contratos de disposição. O princípio da boa-fé, nesses termos, nem sempre poderá ser concretizado; daí seu caráter excepcional, permanecendo o regime de *numerus clausus* dos contratos de disposição como a regulação motriz do tráfico jurídico.

75. REALE, Miguel; REALE JÚNIOR, Miguel; AMARAL DUTRA, Pedro do. *O sistema financeiro da habitação: Estrutura, dirigismo contratual e a responsabilidade do estado*. In: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES DE CRÉDITO IMOBILIÁRIO E POUPANÇA (org.). *A atividade de crédito imobiliário e poupança*. São Paulo: ABECIP, 1994. p. 11.

76. V. 5.4.1.2, *supra*.

77. WEITNAUER, Hermann. *Verdinglichte Schuldverhältnisse* cit., p. 720-721.

78. Cf. STJ, REsp 300.209, 4.^a T., j. 16.08.2001, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar.

Deve ser lembrado, então, por fim, que “ao ser elaborada a norma legal, surge essa exigência de certeza e segurança e fica em perene contraste com as não menos justificadas exigências da equidade, da justiça do caso concreto, contraste que o direito supera nos diferentes casos *segundo as diversas exigências dos vários institutos*”.⁷⁹ O que o pensamento jurídico deve esperar, da experiência jurídica, e a ela, para tanto, oferecer, não é o repúdio da equidade, da justiça do caso concreto, e sim que se aplique, corretamente, cada um dos vários institutos presentes no ordenamento jurídico, respeitando as exigências teóricas e metódicas de cada um. Essa elaboração jurídica só é adequada quando haja a extração desses institutos e o delineamento dessas exigências voltadas à construção da decisão jurídica, para o que, aqui, procurou-se contribuir.

79. ASCARELLI, Tullio. *Teoria geral dos títulos de crédito*. 2. ed. Trad. Nicolau Nazo. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 4 (sem grifos no original).