

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JR.

**COMPROMISSO
DE
COMPRA E VENDA**

*6ª edição,
revista, ampliada e atualizada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

sar venda de imóvel do espólio sem alvará judicial, embora estejam de acordo os herdeiros interessados, sendo todos maiores”.

E, no corpo do acórdão: “O art. 992 do CPC é expresso ao exigir, com a concordância dos interessados, a autorização judicial para alienar bens – o que deve ser entendido no sentido amplo do mero compromisso” (AI 286.736, *Revista de Direito Imobiliário* 6/147).

34. Sintomático também, para ressaltar a ênfase que a jurisprudência cada vez mais dá ao compromisso em detrimento da escritura definitiva, é o que se tem verificado com o reconhecimento da validade do ato do mandatário outorgando escritura, ainda que tenha falecido o mandante.

De início entendia-se que a escritura definitiva era nula, porque já não existia representação, pois o mandato cessara com a morte do mandante, nos termos do art. 1.316, II, do CC/1916 [art. 682, II, do CC/2002].

Posteriormente, passou-se a entender válido o ato, em homenagem à boa-fé das partes, quando o mandatário ignorava a morte do mandante, conforme previsto no art. 1.321 do CC/1916 [art. 689 do CC/2002].

Hoje tem-se admitido que a morte do mandante não faz cessar o mandato para outorgar escritura definitiva quando o preço já esteja pago e não haja outras obrigações a serem cumpridas.

Interessante julgado do TJRJ, na Ap. 9.329, sendo relator o Des. Sampaio de Lacerda, concluiu: “É válida a escritura definitiva outorgada por mandatário, após a morte do mandante, em cumprimento a compromisso de compra e venda, irretratável e irrevogável, com preço total pago, principalmente se não se vislumbra má-fé (art. 1.321 do CC) [art. 689 do CC/2002]”.

O acórdão faz menção às opiniões de Pontes de Miranda e de Washington de Barros Monteiro e lembra o art. 160 do CC Comercial [v. art. 689 do CC/2002⁶²], ao dispor: “A morte do comitente (...) não prejudica a validade dos atos praticados pelo mandatário até que receba a notícia, nem tampouco os atos sucessivos que forem consequência dos primeiros, necessários para o adimplemento do mandato”.⁶³

E prossegue: “Trata-se de validade do mandato, após a morte, para efeito de cumprir uma promessa de venda irrevogável e irretratável”.

62. CC, Art. 689: “São válidos, a respeito dos contratantes de boa-fé, os atos com estes ajustados em nome do mandante pelo mandatário, enquanto este ignorar a morte daquele ou a extinção do mandato, por qualquer outra causa”.

63. A propósito da relação entre mandato e compromisso, v. nota 5 do Capítulo 4.

vel, totalmente pago o preço, mediante um ato sucessivo, consequência do primeiro e necessário para o adimplemento do mandato e do contrato de compra e venda do imóvel. A situação é tão evidente que não teria sentido levar a parte para a via judicial [tratava-se de processo de dívida], já que a Vara de Registros Públicos destina-se, justamente, a solucionar as hipóteses, e não a criar dificuldades para as partes” (RDI 5/157).

35. O Código Civil de 2002, ao cuidar da extinção do mandato, aponta nessa orientação da jurisprudência ao estipular, no art. 684, que: “Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz”.

Com efeito, é comum, por ocasião do último pagamento, o compromitente outorgar procuração irrevogável para pessoa de confiança do compromissário, a fim de que a escritura de venda seja lavrada quando for da conveniência do adquirente.

Ocorre que muitas vezes o mandante, invocando a natureza revogável do contrato de mandato, cassa a procuração, ou seus herdeiros simplesmente se recusam a formalizá-la ou a dar a escritura definitiva, gerando graves transtornos ao compromissário.

Agora existe lei prestigiando a irrevogabilidade desse tipo de mandato – e, portanto, impedindo tal comportamento.

A meu ver, mesmo que inexistir cláusula expressa de irrevogabilidade, ainda assim esse mandato deve ser tido como irrevogável, porquanto, se o contrato original (o compromisso) é irrevogável e já foi cumprido com o pagamento do preço, o contrato meramente instrumental (o mandato) não pode deixar de ser irrevogável, pois sua razão de ser é a consumação formal do compromisso.

36. No tema de despesas condominiais, a responsabilidade do compromissário comprador está, há muito tempo, francamente equiparada à do proprietário, esteja ou não registrado o contrato:

“As despesas condominiais vinculam-se à própria coisa, são *propter rem*, respondendo assim por elas a própria coisa e seu proprietário na forma da lei, ou seja, quem constar no Registro Imobiliário como titular de seu domínio. Excepcionalmente se reconhece a legitimidade do promitente comprador de unidade autônoma para responder à ação de cobrança de condomínio, desde que o compromisso de compra e venda, ainda que não registrado, tenha condições de alcançar tal objetivo, de que o condomínio seja devidamente notificado a emitir os recibos em

nome do adquirente e, principalmente, de que tenha este sido imitado na posse do imóvel” (2ª TACivSP, Ap 516.567, rel. Juiz Amaral Vieira, j. 2.6.1998).

“O comprador de unidade adquirida em condomínio responde pelas quotas condominiais mesmo que o compromisso de compra e venda não esteja registrado no Cartório de Imóveis” (STJ, REsp 181.358-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 5.10.1999).

37. Também no rumo tomado pela jurisprudência visando a atenuar os percalços por que passam as partes para cumprir o ato inócuo consistente no segundo contrato (a escritura definitiva) encontram-se as decisões que concedem alvará para outorga dessa escritura mesmo depois de findo o processo de inventário.

A esse propósito, lembramos acórdão relatado pelo eminente Des. Afonso André (RJTJSP 60/95), em que são feitas judiciosas considerações: “O Juiz indeferiu liminarmente o pedido por já estar findo o inventário. Mas se ali não se cuidou do dever do espólio de outorgar a escritura definitiva ao compromissário, tal procedimento ficou incompleto, nada impedindo que se reabra o inventário para cumprimento da obrigação deixada pelo morto. O processo de inventário não tem feição contenciosa estrita, mas, ao contrário, deve prestar-se, de modo flexível e tanto quanto for necessário, ao atendimento de todos os interesses da sucessão *mortis causa*, nos direitos e nos deveres. Trata-se de uma forma de prestação de serviço público, por via judiciária, que serve para legitimar situações jurídicas do interesse dos particulares e que exigem o concurso do Estado para sua final constituição. Daí o provimento do recurso, para que o pedido de alvará tenha o devido processamento, ouvindo-se os interessados, reabrindo-se o inventário, do qual o pedido de alvará é apenso”. No mesmo sentido: RJTJSP 73/214 (rel. Aniceto Aliende).

Esse ponto de vista já pode ser tido como consagrado (TJSP, Ap 243.618-1, rel. Des. Toledo César, j. 30.1.1966, RTJ 180/55; AI 237.914-1, rel. Des. Roberto Bedran, j. 1.11.1994, RT 712/154; Ap 206.067-1, rel. Des. Campos Mello, j. 18.5.1995, RT 713/101).

38. Em relação à forma do contrato, o debate intenso que se travou há anos passados ficou inteiramente serenado no sentido de que o compromisso lavrado por instrumento particular produz os mesmos efeitos que aquele por instrumento público.

Surgem ainda alguns problemas relacionados com instrumentos particulares assinados a rogo de analfabetos, com aposição da impressão digital.

Em regra, nega-se validade ao ato.

O 1ª TACivSP, por intermédio de acórdão relatado por Feitas Camargo (RDI 6/113), decidiu que “a aposição de impressão digital do polegar em documento particular não supre a necessidade de assinatura e nem a substitui” (cf. CC, art. 135) [art. 221 do CC/2002]. Principalmente em se tratando de contrato em que se pactua a venda de propriedade imobiliária”.

Esclareça-se, todavia, que o caso era chocantemente irregular, havendo, até, menores entre os alienantes.

O STF entendeu da mesma forma: “Como preleciona Orlando Gomes, ‘a assinatura pode ser autógrafa ou holográfica. No primeiro caso, é do próprio punho. Quando o contratante não pode ou não sabe assinar seu nome, a outrem, a seu rogo, é permitido fizê-lo. Diz-se, então, que a assinatura é holográfica, ou, vulgarmente, a rogo. Se, porém, o contratante é analfabeto, a assinatura a rogo deve ser aposta em instrumento público. Substitui-se em alguns contratos, como o de trabalho, pela impressão digital’ (Contratos, p. 65) (...). A decisão recorrida, para declarar a nulidade da promessa, considerou que, sendo a vendedora analfabeta, somente por intermédio de procurador poderia ela assumir obrigação via instrumento particular. Raciocinava à luz do art. 145, III, da lei civil [art. 166, IV, do CC/2002]. Esta circunstância, somada ao que de peculiar existe nestes autos, no tocante à matéria – o que levou o voto vencido a optar pela rescisão total do compromisso –, demonstra que o acórdão se acha imune à impugnação excepcional, pois que atribuiu interpretação razoável à questão federal suscitada” (RTJ 90/259).

A solução dada aos casos – sem dúvida, correta – não deve ser entendida como absoluta, sem comportar exceções.

Muitas vezes se depara o Tribunal com situações que exigem maior flexibilidade na aplicação da regra. A assinatura é tomada para demonstrar o consentimento do interessado; e, se a assinatura se fez a rogo e é possível comprovar por outros meios que o consentimento foi manifestado de forma livre e consciente, é possível, excepcionalmente, ter o contrato como regular, sob pena, às vezes, até de causar prejuízo ao próprio analfabeto. O interesse daquele que é o destinatário da proteção da lei é vital para a interpretação do negócio jurídico e para a solução do litígio.

Tais sutilezas não passaram despercebidas a interessante julgado de que foi relator o Des. Sydney Sanches:

“Pouco importa, no caso, que F., sendo analfabeta, tenha participado de instrumentos particulares de contrato, quando, em princípio, isso deveria ocorrer por instrumento público.

podia ser de outro modo, sob pena de violação de princípios primordiais do Direito, como o que manda dar a cada um o que é seu e o que veda o enriquecimento sem causa.

Repetimos: entendido o compromisso como espécie do gênero “compra e venda”, então, como contrato preliminar impróprio, em que o negócio jurídico real se esgota praticamente no primeiro contrato, as soluções são encontradas mais facilmente e em maior consonância com a realidade.

66. Nem é por outro motivo que nas desapropriações – caso em que o direito de propriedade do particular é afrontado de modo direto – a indenização é paga ao compromissário comprador.

Exatamente nesse sentido decidiu o 2º TACivSP, conforme acórdão relatado pelo ilustre Juiz Costa Carvalho: “Desde que o expropriante tenha conhecimento da promessa e de sua cessão, a chamada aos autos dos contratantes se impõe e é absolutamente necessária, a fim de que *peessoa que não tenha direito* ao levantamento da indenização venha a receber o preço”.

E observe-se que se tratava, no caso, de promessa e de cessão sequer registradas.

Diz, ainda, o relator, com o peso de sua grande experiência profissional: “O promitente comprador, e no caso quem tem essa qualidade agora é a cessionária, é quase sempre parte legítima na expropriatória. Quase sempre será o verdadeiro credor da indenização, sendo citados os proprietários ou cedentes mais para virem dizer se ainda têm o que pleitear quanto ao pagamento do preço (...). Em regra, só ao promitente comprador interessará o *quantum* fixado como indenização. As promessas de venda são invariavelmente feitas com a transferência da posse e o promitente comprador, do ponto de vista econômico, é o que pode usar e gozar da coisa e é o que dela pode dispor pela via da cessão de direitos. *O direito de propriedade do promitente vendedor é meramente residual, se limitando a um direito creditício e à possibilidade de rescisão no caso de inadimplência do promitente comprador*”.³⁹

39. RT454/170. Julgamento de 14.3.1973, participando, além do relator Costa Carvalho, os Juízes Maércio Sampaio e Manuel Carlos. Em sentido aparentemente contrário, encontra-se acórdão do TACivSP, de 12.5.1971 (RT 428/262), onde ficou decidido que “o cessionário de direitos à indenização é carecedor da ação de desapropriação indireta pois esta tem como um dos pressupostos o poder de dispor ou alienar, sendo indispensável que se possa transmitir o imóvel, cujo preço se reclama”. Bem examinado o acórdão, porém, se verifica que se tratava de mera cessão de direitos a indenização e não de cessão de direitos de compromissário comprador.

Nada temos a acrescentar aos termos dos acórdãos, que vêm confirmar plenamente muito do que temos afirmado neste trabalho. Lembremos mais outro julgado do TJSP, relatado pelo Des. Sabino Neto, sobre caso em que os promitentes vendedores foram admitidos no processo de desapropriação apenas como assistentes, e não como litisconsortes, como era seu desejo. Diz o acórdão, com grande percuciência:

“Ora, se o promissário comprador recebe a posse em virtude de um contrato que, registrado, faculta o exercício de um direito real, ainda que *sui generis*, a ele, e somente a ele, compete discutir o preço do bem expropriado. Ao promitente vendedor assiste o direito de receber, efetuado o pagamento (...). O seu interesse jurídico, portanto, se restringe a que o expropriado saia vencedor na demanda e que o depósito, na quantia correspondente ao seu crédito, seja reservado para solução do débito.

“Sob o aspecto processual, em suma, a tutela jurisdicional é pedida, na ação de desapropriação de imóvel prometido à venda, contra o promissário comprador. A posição do promitente vendedor é a do titular de uma relação jurídica, cuja consistência econômica depende da pretensão do promissário comprador, e, daí, o seu direito de intervir na causa, para atuar no sentido de que a sentença seja favorável à parte a que aderiu (...)” (RJTJSP 68/257).

67. Esse ponto de vista – segundo o qual o direito à indenização é do compromissário comprador, cabendo ao compromitente vendedor apenas a parcela do preço a que ainda fizer jus – firmou-se. Se o preço está pago, se o compromitente não disputa a indenização, o pagamento desta – ou seja, o levantamento do depósito – deve ser deferido ao compromissário, ainda que às vezes o contrato não esteja registrado. Nesse sentido vem decidindo o TJSP, com sábias ponderações, ainda mesmo quando se trate de cessão de contrato, inexistente oposição por parte do compromitente vendedor e do cedente. Neste caso, o poder expropriante não pode opor objeções ao levantamento.⁴⁰

40. RJTJSP 123/263: “Seus compromissos estão quitados, construíram nos lotes e foram atingidos pela desapropriação. Querem receber pelo desfalque em seu patrimônio, mas a tanto se antepõe a falta de registro de seus compromissos, a rigor pela ausência de providência a cargo do Espólio (do compromitente vendedor). (...) Assim, no pertinente, a decisão increpada lembra dois julgados deste TJ (RJTJSP 83/67 e 83/186), onde se enfatiza que a expropriatória é ação tendente a compor prejuízos, na hipótese, do compromissário comprador, pois a coisa passou a integrar seus bens imóveis (o compromitente vendedor só ficou com o crédito), de sorte que aquele pode exigir que não se lhe cause dano à coisa de seu patrimônio. Em arremate, o Juiz de Direito (Dr. Urbano Ruiz) anota que a desapropriação é modo originário de aquisição da propriedade, sendo irrelevante a filiação dominial, nada obstando,

por isso, o registro, a final, da carta de sentença (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., p. 190). (...) Ora, os interessados só devem ser remetidos para ação própria em disputa à titularidade quando ocorrer *dúvida fundada sobre o domínio*. Disso não se cuida. O domínio encontra-se evidenciado, mas também o direito dos compromissários na especialíssima situação destes autos. De resto, o princípio constitucional da *justa indenização* tem conotação de valor real, mas igualmente de quem deva recebê-la. Justo preço a repor a perda. E não são os compromissários que a tiveram? Como preleciona Jimenez de Asúa, ao magistrado compete adaptar o texto da lei às evoluções sofridas pela vida (real, não imaginária), da qual, em última análise, o Direito é forma. Daí o poder de ajustá-la a situações que a lei não pôde imaginar na hora remota de seu nascimento (*A Desapropriação e a Intervenção na Propriedade*, Robinson Casseb, Saraiva, p. 9)” (AI 147.035-2, rel. Roberto Stucchi).

RJTJSP 130/301: “Os próprios recorrentes admitem, por modo expresso, que não gozam da titularidade do bem expropriado, mas a de contrato particular de cessão de compromisso. É bem verdade que tal compromisso, como se pode inferir dos elementos trazidos para os autos, não está inscrito no registro público imobiliário. Mas não é menos verdade que os recorrentes o quitaram devidamente, pagando a totalidade do preço. Ora, inobstante arrolados pela expropriante, nominalmente, nenhum dos possíveis interessados se opõe ao levantamento, não se notando, nos autos, o menor sinal de disputa pela providência em seu prol. Somente os recorrentes o buscam. Natural seria, ao converso, que, tivessem eles legítimo interesse, já teriam manifestado tal no curso do feito, que vai avançado. Entretanto, os únicos que lutaram no curso do feito em defesa de seus interesses foram os agravantes. Sinal patente de legitimidade. Nem importa indagar quem edificou as mencionadas benfeitorias, se o acessório há de seguir o principal, nos termos dos arts. 59 e 61 do CC [art. 95 do CC/2002]. Demais, se dúvida fundada existisse quanto à titularidade (art. 34 da lei especial), ‘só pode ser suscitada por terceiro, e não pelo expropriante; do contrário, tal expediente facultaria à administração resolver litígios relativos a imóveis, de forma sumária, ou seja, obter a posse e, em seguida, recusar-se a pagar indenização’ (RTFR 111/12). (...) Não seria, assim, justo que, tendo os agravantes pago a totalidade do preço do bem, dispondo de título jurídico mínimo de seus direitos, de resto indisputado pelas várias personagens do histórico do feito, tivessem que aguardar tempo imprevisível para haver o que é seu, sobretudo se é do espírito do instituto expropriatório o pagamento da respectiva indenização em dinheiro, de modo justo e prévio” (AI 168.029-2, rel. Nelson Schiesari). O acórdão cita ainda outro precedente: rel. Viseu Júnior, *RJTJSP* 105/293.

“Indenização – Desapropriação – Levantamento por cessionário de compromisso de compra e venda – Possibilidade – Inexistência de eventuais pretensões de terceiros em face do reconhecimento expresso do direito do expropriado pelo proprietário e o primitivo compromissário comprador e cedente.

“Indenização – Desapropriação – Cessionário de compromisso de compra e venda – Possibilidade – Circunstância que não obsta à transcrição da sentença no registro imobiliário, visto que a aquisição do domínio pela expropriante é originária, sendo a sentença título hábil para a transcrição” (AI 93.915-2, rel. Des. Lair Loureiro, j. 27.6.1985, *RJTJSP* 96/286).

Veja-se também caso de desapropriação indireta: TJSP, ApCiv 71.307-5, rel. Cuba dos Santos, j. 14.5.1998, v.u.

68. É verdade que, às vezes, a expropriação pode ser causa de rescisão do compromisso – quando, por exemplo, ela se dá logo após a celebração do contrato e sua eventualidade era ignorada pelo compromissário comprador (RT 438/164).

Mas, a rigor, essa hipótese pode ocorrer mesmo no caso de compra e venda definitiva, pois se trata de alegação de vício da vontade que pode se dar em qualquer negócio jurídico, seja ele compromisso ou compra e venda.

69. Hoje em dia, o compromisso comporta cláusula de retrovenda, admitindo a jurisprudência não haver incompatibilidade entre o caráter resolutório e a irretratabilidade do compromisso. Trata-se, portanto, de evolução da jurisprudência no mesmo rumo, que tem sido assinalado, de aproximação cada vez maior entre o compromisso e a compra e venda.

O professor Arnoldo Wald dá notícia do entendimento do STF sobre o tema. Indica o eminente civilista o RE 71.236-GB (2ª T., decidido em 27.5.1971, em parecer publicado na RT 476/57), com a seguinte ementa: “Promessa de compra e venda de imóvel – Cláusula de retrovenda – Incorre incompatibilidade entre as cláusulas de retrovenda e de irretratabilidade da promessa, desde que condicional, operando após o decurso do prazo estatuído para o retrato”.

O acórdão é relatado pelo Min. Thompson Flores e subscrito pelos Ministros Eloy da Rocha, Bilac Pinto e Antônio Neder. Diz o acórdão: “É bastante para tanto que se considerem as cláusulas introduzidas no ajuste. E a inserção da referente ao retrato com elas se harmoniza, completando com mais precisão a vigência da irretratabilidade do compromisso, e, conseqüentemente, dos seus efeitos, máxime após a inscrição no Registro Imobiliário”.

Informa ainda o aludido parecer que esse acórdão foi confirmado, em grau de embargos, pelo Plenário, por unanimidade, sendo relator o Min. Luiz Gallotti, votando ainda os Ministros Adalício Nogueira, Oswaldo Trigueiro, Eloy da Rocha, Djaci Falcão, Barros Monteiro, Amaral Santos, Thompson Flores e Bilac Pinto. Em sentido contrário só encontramos um precedente do TJPR (RT 590/231).

Sobre retrovenda, ver, ainda, o n. 202, adiante.

70. Convém notar a evolução verificada pelo compromisso no que diz respeito ao cabimento da ação de imissão de posse.

Disponha o art. 381 do CPC de 1939: “Compete a ação de imissão de posse: I – aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detenham”.

ao compromissário comprador, quer esteja registrado e o compromisso (TJSP, rel. Jurandyr Nilesso, *RT 554/97*), quer não esteja (rel. Thompson Flores, com remissão a outros julgados do STF, *RTJ 91/171*).⁴⁵

72. Já o promitente vendedor não tem ação de imissão de posse contra o compromissário. O TJSP julgou interessante caso de ação dessa natureza, pelo rito ordinário, em que o pedido tomou caráter reivindicatório. Diz o julgado: “Mas como ação reivindicatória o pedido não pode vingar. Esta é a ação que compete ao titular do domínio, que não detém a posse, contra o possuidor não proprietário. Mas para a ação vingar é preciso que não seja justa a posse dos réus. E estes detêm a posse do imóvel a justo título, isto é, um compromisso de compra e venda do imóvel, que não foi rescindido. Enquanto não for rescindido o contrato em questão, do qual o autor não figura como parte, não pode o apelante desalojar os réus do imóvel em questão” (rel. Francisco Negrisollo, *RT 554/100*).

73. Quanto à proteção possessória comum, inclusive a concernente à ação de nunciação de obra nova e de embargos de terceiro, geralmente tem sido ela conferida ao compromissário comprador, ainda que sem contrato registrado. Os casos mais frequentes e controvertidos são os de penhora de imóveis por dívidas do promitente vendedor, não estando registrado o compromisso.

A tendência da jurisprudência vinha sendo no sentido de prestigiar o compromissário comprador.

Trata-se de problema difícil, porque entram em conflito dois interesses igualmente legítimos: o do compromissário comprador que pagou o preço e o do credor que considerava o bem integrado no patrimônio do devedor.

É claro que se a transmissão se deu em fraude de execução a solução haverá de ser outra. Mas, ainda que a transmissão se verifique em fraude contra credores (arts. 158 e ss. do CC/2002), a posse e até o simples direito de crédito oriundo do compromisso têm sido suficientes para repelir a penhora por meio de embargos. Demonstrada a fraude através da ação pauliana, por certo que o compromisso não poderá subsistir.

74. De que o compromissário comprador deva gozar de proteção possessória não há dúvida alguma. Sua posse é justa, uma vez que não é violenta, clandestina, nem precária (art. 1.200 do CC/2002); é verdade que muito frequentemente consta dos contratos que a posse do adquirente é “precária” – o que deve ser entendido como “posse provisória”,

45. Vejam-se ainda: *RT 662/74*, rel. Roque Komatsu; *RJTJSP 89/147*, rel. Álvarez Cruz; *RJTJSP 108/275*, rel. Sabino Neto.

porquanto a precariedade da posse (“precário”) é outra coisa, e jamais poderia ser estabelecida por convenção. Trata-se, na verdade, de erro grosseiro ou, pelo menos, de condenável uso na acepção vulgar de um termo que tem significado técnico, o que acaba por gerar perplexidade para as partes.

Interessante e lúcido acórdão, relatado pelo ilustre Juiz Salles Abreu, abordou esse tema e – principalmente – as questões processuais mais graves e acima noticiadas, isto é, a questão da anterioridade do compromisso em relação à penhora e a questão do alcance dos embargos de terceiro nessa matéria, ficando decidido que: “Os embargos de terceiro, no Código de Processo Civil vigente, constituem também meio idôneo de proteção de domínio e posse ou de direito real, ou *obrigação que confere posse sobre coisa alheia*” (*RT 481/156*).

No mesmo sentido os acórdãos do TJPR na *RT 487/156* (que cita a *RT 432/150*), do 1º TACivSP na *RT 452/125* e do STF na *RT 75/150*, citando outros precedentes.⁴⁶ Em sentido contrário o acórdão do TJRJ na *RT 452/238*.

75. Após a 1ª edição desta obra, acirrou-se o debate jurisprudencial em torno da viabilidade de oposição de embargos de terceiro por parte do compromissário comprador, com contrato não registrado, quando penhorado o imóvel compromissado.

A despeito de menor parte da jurisprudência entender em sentido oposto, no STF predominou a corrente que entende que o contrato não registrado não pode ser oposto *erga omnes*, motivo pelo qual descabem os embargos e a penhora deve ser considerada eficaz.

Relevantes argumentos de ambas as correntes podem ser encontrados em julgamento do Plenário da Suprema Corte (ERE 87.958-RJ,

46. “Os embargos de terceiro constituem-se em ação mandamental, negatória, de quem não foi parte na demanda principal se vier a sofrer de um ato de constrição judicial, quer seja senhor e possuidor, quer seja apenas possuidor. O terceiro, assim, quer a título de propriedade, quer de posse, ou direito, defender-se-á por meio de embargos” (*RT 487/156*). “O promitente comprador, imitado na posse, mesmo sem registro do compromisso, pode proteger a sua posse por meio de embargos de terceiro. Embora o terceiro possa alegar fraude contra credores, não o pode fazer, utilmente, o exequente na contestação dos embargos” (*RT 452/125*). “Fraude de execução; inoccorrência. Pré-existente à pendência da lide o compromisso de compra e venda de imóvel, não há falar em fraude de execução, do art. 895, II, do Código de Processo Civil de 1939, ainda que o registro do contrato tenha sido feito posteriormente. Procedência dos embargos de terceiro” (*RTJ 75/150*) (citado na *nota 48 do Cap. I*). Convém observar que neste caso do STF houve registro do contrato, embora posterior, e, nos outros casos acima aludidos, não há notícia de qualquer registro.

RTJ 89/285), destacando-se, pela corrente predominante, os votos dos Ministros Moreira Alves e Cordeiro Guerra.

Disse o primeiro: “Com efeito, ninguém nega que os embargos de terceiro possam ser opostos pelo mero possuidor. O que não me parece certo, no entanto, é admiti-los em favor do simples possuidor para o efeito de desconstituir a penhora de imóvel de propriedade do executado, a qual não acarreta turbação ou esbulho de posse. A ser isso possível, e se o imóvel penhorado tivesse sido entregue em comodato a alguém, o comodatário poderá excluí-lo da penhora por meio de embargos de terceiro. Em se tratando de promitente comprador, os embargos de terceiro só podem ser utilizados por ele, para opor-se à penhora do imóvel de propriedade ainda do promitente vendedor executado, se estiver inscrita a promessa de compra e venda irrevogável e irretroatável, pois, nesse caso, a penhora não atinge a posse, mas sim o direito real à aquisição de que aquele é titular. Se não estiver inscrita a promessa, o promitente comprador é simples titular de direito pessoal, e, embora esteja na posse do imóvel, não pode atacar o ato de constrição judicial que é a penhora, como não o poderiam o comodatário, o locatário, o depositário, também possuidores e titulares de mero direito pessoal com relação à coisa penhorada”.

E o Min. Cordeiro Guerra: “A promessa de compra e venda do imóvel, sem a formalidade essencial da inscrição no Registro Público, não se torna oponível a terceiros. O registro é que lhe atribui eficácia *erga omnes*, como bem decidiu o acórdão-padrão, da lavra do eminente Min. Djaci Falcão: ‘Na realidade, não se anula a escritura, que subsiste íntegra e válida perante o outorgante. O que se nega é o efeito perante terceiros, de acordo com o Código Civil e a Lei dos Registros Públicos. De fato, antes da inscrição da promessa, vige o art. 589 do CC, [art. 1.275 do CC/2002] e o imóvel penhorado pertencia ao executado”.

Pela corrente minoritária, transcreve-se trecho do voto do Min. Soarez Muñoz:

“Sr. Presidente, não há dúvida de que o voto do eminente Min. Moreira Alves é de evidente relevância. Mas insisto, *data venia*, no meu ponto de vista, entendendo que a posse do promitente comprador não é em nome de outrem; é em nome próprio, desde que o proprietário lha tenha transmitido em razão do contrato. A posse, nos termos do art. 493, III, do CC, [v. art. 1.204 do CC/2002] se transmite por qualquer dos meios da aquisição em geral. O promitente vendedor pode acrescer à obrigação de outorgar a escritura definitiva a de imitar, desde logo, o promitente comprador na posse do imóvel. Foi o que ocorreu na espé-

cie *sub judice*. Celebrado o contrato de promessa de compra e venda através de escritura pública, o promitente comprador passou a residir no apartamento, como se proprietário fosse. Não necessitava inscrever no Registro de Imóveis a avença para obter a imissão na posse, porque já se acha nela, há muitos anos.

“De outro lado, a situação de visibilidade da propriedade resultante dessa posse confere ao compromissário legitimidade *ad causam* para propor embargos de terceiro possuidor (AI n. 28.756, RE ns. 19.642, 62.198, 71.162).

“A pretensão a embargar, por parte do possuidor, salienta Pontes de Miranda, dá a quem quer que tenha posse indireta, ou direta, a legitimação ativa (*Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*, t. IX, p. 52). Mantenho o voto, rejeitando os embargos.”⁴⁷

76. Nos Tribunais Estaduais a divergência foi grande. Tal fato ficou evidenciado em proposição do Juiz Negi Calixto no *Encontro de Juizes dos Tribunais de Alçada*, realizado no Rio de Janeiro em novembro de 1981, que, na fundamentação de seu trabalho,⁴⁸ esgotou a matéria e aderiu francamente à tese que se encontrava em desvantagem no STF.

Assim se manifestou o eminente Juiz do TAPR, cingindo-se, porém, à hipótese em que o contrato tenha sido lavrado por instrumento público:

“Não há dúvida nenhuma de que a corrente minoritária do excelso STF está incensurável.

“Tornando-se, o embargante, promitente comprador do imóvel em data bem anterior ao início da execução ou anterior à própria dívida do executado, mediante contrato irrevogável e irretroatável, com preço pago, pode ele utilizar-se dos embargos para desconstituir qualquer constrição judicial que venha perturbar a sua posse, mesmo não inscrito o seu compromisso.

47. Podem ainda ser colacionados os seguintes acórdãos do STF: RE 87.958-RJ, 1ª T., rel. Min. Cunha Peixoto, RJ 91/257, em que preponderou a corrente minoritária; ERE 89.696-RJ, Plenário, rel. Min. Moreira Alves, vencidos os Ministros Soares Muñoz, Cunha Peixoto, Xavier de Albuquerque e Thompson Flores, RTJ 95/282; RE 91.814-RN, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 96/1.358; RE 93.742-RS, rel. Min. Cordeiro Guerra, RTJ 97/1.390; RE 93.438-3-SP, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 5.2.1982, n. 25, p. 443.

No AgRg 84.064, RTJ 100/215, também preponderou a corrente minoritária, mas o caso parece ter apresentado alguma peculiaridade.

48. Foi, aliás, em tal proposição que encontramos o destaque dos votos dos Ministros do STF citados na nota anterior.

“É da tradição de nosso Direito que o promitente comprador, imitado na posse, independentemente de registro da promessa, pode proteger essa posse ou direito, de turbação ou esbulho, mediante processo de embargos de terceiro, desde que comprovada a ausência de qualquer modalidade de fraude, tanto de execução como de credores.

“Tomando posse do imóvel, o promitente comprador adquire o direito à sua defesa. Os atos de posse, aliados à circunstância de ser promitente comprador, conferem-lhe a qualidade de possuidor. Só não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância, bem como os violentos, ou clandestinos (CC, art. 497 [art. 1.208 do CC/2002]). E a transmissão da posse efetivou-se por contrato, amparando, por conseguinte, os embargos de terceiro, tanto o terceiro dono da coisa como o simples possuidor, de sorte que perde significação a falta de registro do contrato.

“E, nos termos do art. 1.126 do CC, [art. 482 do CC/2002] o contrato de compra e venda se aperfeiçoa com o mútuo consentimento, independentemente de qualquer outra formalidade.

“Seria profundamente injusto por via oblíqua anular-se uma escritura pública de compromisso de compra e venda e despojar-se o promitente comprador de um bem e de um direito, sujeitando-o a uma constrição, por efeito de penhora, por exemplo, em razão de dívida alheia.”

A proposição do Dr. Negi Calixto foi aprovada por 16 votos contra 1, ficando com a seguinte redação: “O promitente comprador, por escritura pública irretroatável, com o preço pago, imitado na posse do imóvel, embora não inscrita, pode através de embargos de terceiro excluir da penhora o imóvel objeto da promessa feita antes da dívida executada, desde que ausente qualquer modalidade de fraude, tanto de credores como da execução” (JTACivSP 72/10).

77. Conforme já dissemos atrás, nós entendemos – apegados à corrente então minoritária e hoje francamente majoritária (Súmula 84 do STJ), como se verá adiante – que o compromissário comprador pode opor sua posse, por meio de embargos de terceiro, contra penhora do imóvel por dívida do promitente vendedor mesmo não estando registrado o contrato, desde que não se vislumbre, no caso, qualquer sinal de má-fé.

O que pensamos sobre o assunto consta de acórdão por nós relatado nos EInfrs 261.552 do 1ª TACivSP, que foram rejeitados pela unanimidade dos votos dos eminentes Juizes Vieira Manso, Paulo Shintate, Olavo Silveira e Rafael Granato. Desse julgado extraímos os seguintes

pontos, que interessam ao presente estudo e contêm o que pensamos sobre a matéria:

“Não se vislumbra no caso qualquer eiva de má-fé. O compromisso é de 10.5.1973 e as firmas foram reconhecidas em 17.5.1973. No entanto, a própria operação financeira que deu origem à execução é de 14.11.1973 – seis meses após o compromisso. Trata-se, portanto, de optar entre proteger a boa-fé do adquirente, que, extraídas as certidões pessoais e imobiliárias, tinha toda segurança na aquisição, e a boa-fé do credor, que emprestou dinheiro crendo que o imóvel ainda compunha o patrimônio do devedor.

“Na hipótese dos autos, cabia perfeitamente ao embargado defender sua posse sobre o imóvel, a qual é legítima, justa, de boa-fé, escoimada de qualquer vício, utilizando-se dos embargos de terceiro, que é instituto destinado legalmente a defender não só a propriedade como também a posse.

“Não colhe o argumento do v. voto vencido, *data venia*, aliás com o único argumento que serve de suporte à mencionada corrente jurisprudencial, segundo o qual o compromisso de compra e venda para valer perante terceiros precisa estar registrado. Isto porque os embargos são opostos em nome da posse, desde que legítima, provenha ela de que título for. E aí não interessa saber se o instrumento representativo do título estava ou não registrado, pois, repita-se, não é o título nem o instrumento que estão em jogo na defesa possessória por meio de embargos.

“Ligar a defesa possessória à existência de registro de títulos é, *data venia*, subverter a dogmática da posse, pois em matéria de posse a regra é a absoluta falta de registro, e, ainda que registro haja, a posse sempre haverá de ser provada como fato, isto é, como poder de fato sobre a coisa e não como direito decorrente de documentos, registrados ou não.

“Acresce notar ainda que, no conflito que se apresenta entre a boa-fé de quem adquiriu um imóvel livre e desembaraçado e a boa-fé do credor que emprestou dinheiro crendo que o imóvel ainda compunha o patrimônio do devedor, deve preponderar a boa-fé do primeiro. As transmissões imobiliárias (e o compromisso, mesmo sem registro, é hoje, na realidade do Direito brasileiro, uma forma de transmissão) representam, em regra, relações jurídicas mais graves e que demandam maior proteção de garantia por parte do Judiciário, tendo em vista a estabilidade das relações sociais, do que as meras relações pessoais de crédito financeiro, em que o prestador do crédito geralmente tem condições de melhor aferir e conferir a real situação patrimonial do pretendente ao crédito. Em

suma, de modo geral, a ordem social mais será abalada se preponderar a boa-fé do credor sobre a boa-fé do adquirente. A Justiça não pode ignorar a existência de milhões de compromissos de compra e venda não registrados e muitas vezes não registráveis e que constituem a forma mais comum de se adquirir a propriedade imobiliária entre nós, e negar proteção possessória aos mesmos.”

78. Em 1984, contrariando a orientação dominante nos Tribunais Estaduais, a matéria foi objeto da Súmula 621 do STF, a saber: “Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis”.

Conforme foi por nós observado em comunicação no *VII Encontro dos Tribunais de Alçada*, realizado em São Paulo em 1985, a questão não estava ainda suficientemente amadurecida no âmbito do próprio STF, consoante se podia ver de votos dos Ministros Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Thompson Flores, Oscar Correa e Décio Miranda (*RT* 611/276).

Era de se esperar que houvesse – como, de fato, houve – saudável e respeitosa rebeldia por parte dos seguidores da corrente oposta. Naquele *VII Encontro* foram aprovadas, por ampla maioria, as proposições da referida comunicação no sentido de afastar o alcance da súmula das hipóteses de imóvel loteado e daquelas em que o embargante era possuidor por outros motivos além da promessa.

Em trabalho doutrinário, o eminente professor e magistrado Dr. Francisco Muniz já havia demonstrado a viabilidade dos embargos com apoio apenas na posse (*RT* 613/7).

O próprio STF, contudo, começou a atenuar a perigosa rigidez da regra. No RE 102.648-RJ (*RTJ* 116/1.115), a súmula deixou de ser aplicada, embora inexistente inscrição do contrato, porque havia uma simples prenotação do mesmo no Registro de Imóveis.

No AgRg 117.842-6-SP (rel. Min. Djaci Falcão, *Julgados STF-Lex* 108/5), referente ao conhecido caso do Clube Atlético Ypiranga, a súmula foi expressamente desconsiderada, tendo em vista a existência de posse pacífica suficiente para usucapião.

Nos Tribunais Estaduais a controvérsia continuava, com inúmeros pronunciamentos contrários à orientação do STF, podendo ser citados, entre tantos outros, os seguintes acórdãos: *RT* 637/124 e 638/130, rel. Juiz Guimarães e Souza, do 1º TACivSP; *RT* 616/167, rel. Des. Norberto Ungaretti, do TJSC; *RJTJSP* 109/91, rel. Des. Nelson Schiesari; *RJTJSP* 113/105, rel. Des. Torres de Carvalho; *RT* 659/108, rel. Des. Sena Re-

bouças; *RT* 667/14, rel. Juiz Octaviano Lobo; *RT* 670/101, rel. Juiz Elliot Ackel – estes últimos também do 1º TACivSP.

Tal corrente pode ser considerada vitoriosa, tendo em vista os pronunciamentos divulgados pelo STJ. Com efeito, ambas as Turmas da 2ª Seção afastaram-se, decididamente, da tese consagrada pela Súmula 621. É o que se verifica dos seguintes julgados: REsp 2.286-SP, rel. Cláudio Santos, *RSTJ* 10/468; REsp 1.310-SP, rel. Athos Carneiro, *RSTJ* 11/299; REsp 593-SP, rel. Bueno de Souza, *RSTJ* 10/314, citando diversos precedentes, entre os quais os REsp 633 (rel. Min. Sálvio de Figueiredo), 662 (rel. Min. Waldemar Zveiter), 696 (rel. Min. Fontes de Alencar) e 866 (rel. Min. Eduardo Ribeiro); REsp 871-SP, rel. Gueiros Leite, *RSTJ* 9/297; AgRg no AI 481-SP, rel. Fontes de Alencar, *RSTJ* 8/29; REsp 556-SP, rel. Waldemar Zveiter, *RSTJ* 8/317; REsp 698-SP, rel. Fontes de Alencar, *RSTJ* 7/353; REsp 212-SP, rel. Bueno de Souza, *RSTJ* 7/279.

Não encontramos julgado algum do STJ em sentido contrário, sendo que tal posição culminou na Súmula 84: “É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda de compromisso de compra e venda, ainda que desprovido do registro”.

Essa súmula, além de deixar superada a velha Súmula 621 do STF (STJ, REsp 90.386-SC, rel. Waldemar Zveiter, j. 22.10.1996, *RT* 739/234), teve enorme repercussão em juízo e fora dele.

Sua fundamentação está extravasando o âmbito do próprio compromisso de compra e venda e atingindo outras hipóteses, como a de doação – TJSP, Ap 991.09.050.534-5, j. 5.11.2009, rel. Gilberto dos Santos, indicando precedentes do STJ (AgRg no Ag 1.030.918-SP, rel. Sidnei Beneti, j. 18.11.2008; REsp 416.340-SP, j. 4.3.2004, rel. Fernando Gonçalves; REsp 223.424-GO, j. 14.9.1999, rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, do qual consta: “Prestando-se os embargos de terceiros à defesa do ‘simples possuidor’ (artigo 1.046, parágrafo primeiro, CPC), é de prestigiar-se a posse dos donatários, que restou provada. O registro, se imprescindível para a comprovação do domínio, não se faz necessário para provar a condição de possuidor”); e também para afastar decretos de sequestros ou de inalienabilidade e de indisponibilidade de bens: TJRS, ApCiv 70.026.207.795, j. 19.11.2008, rel. Romeu Marques Ribeiro Filho.

79. É preciso ressaltar que a velha súmula do STF encontrava apoio em motivação de muito respeitável conteúdo ético, pois visava a coibir fraudes, que pululam em tais questões. Na verdade, ainda é muito

frequente o devedor em perigo simular e pós-datar um compromisso particular e, assim, fraudar o credor. O remédio, entretanto – com a amplitude e o radicalismo da súmula –, causou um mal muito maior do que a doença, criando situações de injustiça e de grave afronta ao direito das obrigações, pois muitas vezes o crédito era solvido à custa do compromissário comprador, o qual não era o devedor.

A crítica que a súmula merece está, a nosso ver, em haver confundido as questões que operam em dois planos absolutamente distintos.

Um é o da validade e eficácia normais do negócio jurídico. Nesse campo, o disposto na súmula pode até ser considerado precedente. Com efeito, o contrato, enquanto não registrado, não produz efeitos perante terceiros. Mas que terceiros são esses? São os terceiros interessados, aqueles que podem ser atingidos pelas relações jurídicas oriundas do contrato. Assim, exemplificativamente, aquele que adquiriu o mesmo bem do compromitente vendedor e registrou seu contrato, com o quê faz prevalecer seu direito real sobre o direito pessoal do outro compromissário comprador,⁴⁹ ou o credor que recebeu em hipoteca aquele mesmo bem. Não, porém, aquele terceiro não interessado (usada a expressão em seu significado técnico-jurídico – art. 346, III, do CC), isto é, aquele que tem interesse mais distante, indireto, simplesmente econômico ou moral.

Não nos parece que o simples credor, com garantia apenas genérica sobre a universalidade dos bens do devedor, possa, sem demonstrar claramente todas as demais circunstâncias do negócio, impor seu interesse sobre o legítimo, autêntico e escorreito direito do compromissário comprador apenas porque este não registrou seu contrato. O mero interesse, ou o vago direito do credor, não pode sobrepujar um direito subjetivo com amparo na lei, no contrato, na moral, na boa-fé.

O outro campo é o da anomalia do negócio jurídico, ou seja, o da invalidade dele porque simulado, imoral e fraudador dos direitos do credor. Para decretar-lhe a nulidade e fulminar seus efeitos, a ordem jurídica dispõe de amplos elementos. Nem é difícil pôr esses elementos em prática. Esse tipo de fraude é facilmente perceptível, pois, em regra, não há firma reconhecida, o pagamento aparece em “moeda corrente”, a posse continua com o compromitente vendedor, o compromissário comprador é um amigo ou parente etc.

49. Trata-se de relevante fundamento expressamente invocado pelo Min. Athon Carneiro no REsp 1.310-SP, a saber: “O registro imobiliário somente é imprescindível para oponibilidade face àqueles terceiros que pretendam sobre o imóvel direito juridicamente incompatível com a pretensão aquisitiva do promitente comprador. Não é o caso do credor do promitente vendedor” (RSTJ 11/300).

Para amparar o credor em tais circunstâncias, não há necessidade de se estabelecer a drástica e ampla proposição da citada Súmula 621 do STF segundo a qual “não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no Registro de Imóveis”, já que na maioria das vezes está em jogo uma posse justa, antiga, titulada, com apoio em negócio jurídico oneroso e honesto.

Veja-se que a aplicação indistinta da súmula – como tanto se fez e que, vale a pena repetir, deixou de ser utilizada quando do advento da Súmula 84 do STJ – criou situações embaraçosas para o Direito e para a Justiça, uma vez que deixou o compromissário comprador em situação de inferioridade se comparado até mesmo a um ladrão ou invasor cuja posse tenha superado os vícios da violência ou clandestinidade. Invocado o compromisso, os embargos de terceiro não teriam chance de êxito. Não assim se se invocassem aqueles tipos de posse...

Já tivemos oportunidade de dizer que, como *quod plerumque accidit*, quando do contrato de empréstimo, o credor não sabe da existência do imóvel compromissado anteriormente pelo devedor (RT 611/271). Este, após o recebimento do preço, desvincula-se econômica e psicologicamente do negócio. Já não coloca aquele imóvel em seu cadastro, informa a transação ao Imposto de Renda – age, enfim, como quem já não é dono do bem. Somente quando a dívida não é paga é que o credor (em regra, uma instituição financeira) vai procurar no Registro de Imóveis algo para penhorar.

Se os fatos não se passam da maneira habitual, notando-se sinais de malícia por parte do devedor, é só voltar – repita-se – à temática das nulidades.

80. Em matéria de nulidade, é preciso lembrar que o compromisso de compra e venda, como a retrovenda, foi muito utilizado para encobrir contrato de mútuo, com pacto comissório, tradicionalmente condenado pela ordem jurídica (art. 1.428 do CC/2002).

A jurisprudência sempre deu pela nulidade de tais contratos. Mas, como a questão onzenária é renitente, o tema ainda está presente nos Tribunais, que mantêm o rumo tradicional:

“Pacto comissório – Simulação – Nulidade – Avença repudiada pelo Direito – Inteligência do art. 765 do CC. [Art. 1.428 do CC/2002]

“Havendo pacto comissório, disfarçado por simulação, não se pode deixar de proclamar a nulidade, não pelo vício da simulação, mas em virtude de aquela avença não ser tolerada pelo Direito” (STJ, 3ª T., REsp 21.681-7-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, RT 690/173).

ção, atentando-se para suas finalidades, e não com apego excessivo à letra da lei. O compromissário comprador e o locador da autarquia podem, perfeitamente, ser considerados abrangidos pela expressão 'donos', da lei civil, pois seria absurda a interpretação da lei que deixasse sem defesa seus direitos. À época da edição do Código Civil de 1916, o mundo, as necessidades sociais e econômicas e as relações jurídicas eram umas, hoje são outras. A norma legal, mesmo sem que seu texto seja alterado, vai, no correr dos anos, recebendo interpretação que a adapte às necessidades das relações jurídicas".

Com efeito, parece inconcebível exigir-se hoje a titularidade do domínio como condição indispensável para pleitear passagem forçada. Também o compromissário comprador – como, ainda, outros possuidores – tem legitimidade para tanto.

82. Vejamos, agora, o problema da reivindicação.

Considerando o quanto já dissemos sobre a transferência ao compromissário dos poderes que integram o direito de propriedade, não podemos concluir de outra forma: o compromissário comprador, uma vez pago o preço, e com contrato registrado, pode reivindicar o imóvel de quem quer que injustamente o possua, estendendo-se, assim, ao compromissário o disposto no art. 1.228 do CC/2002.

Ou, por outras palavras – sempre procurando evitar maiores polêmicas –, o compromissário pode exercer e fazer valer contra terceiros os direitos que ele, compromissário, recebeu. Como vimos, esses direitos se constituem, na realidade, nos poderes de usar, fruir e dispor da coisa. Enquanto não pago o preço, o poder de dispor sofre ainda a limitação de eventualmente o contrato vir a ser resolvido em caso de inadimplemento por parte do adquirente. Mas, à medida que o preço vai sendo pago, a limitação da disponibilidade vai desaparecendo, ao mesmo tempo em que, em contrapartida, vai também se extinguindo o "direito residual" do promitente vendedor – direito, esse, que, desde o compromisso e seu registro, não passa de um direito de crédito, com a peculiaridade de estar garantido pela virtualidade de o direito de propriedade vir a se consolidar na pessoa do credor, no caso de não ser paga a dívida.

Pago o preço, só resta ao vendedor a obrigação de cumprir a formalidade de assinar a escritura – formalidade, essa, que é relevantíssima no sistema de transmissão de imóveis conforme previsto no sistema tradicional, mas que não tem a mesma importância no sistema instituído pelo Decreto-lei 58/1937, alargado e enriquecido pela jurisprudência.

83. Muitos entendem que esse modo de ver o problema ofende a ordem jurídica por causa da transcrição etc. Não pensamos assim. Para

nós, a ordem jurídica sofrerá prejuízos muito mais graves se for negada ao compromissário a faculdade de reivindicar. Isto porque o promitente vendedor, não tendo mais direitos sobre o imóvel, não pode reivindicar. Quem convencerá uma pessoa comum e normal, o *bonus pater familias*, de que ela, que já entregou o imóvel e recebeu o preço há tempos, deverá litigar com terceiros para reaver o bem, em nome próprio, e em seguida entregá-lo novamente ao compromissário?

Para verificar que é inviável – também do ponto de vista jurídico – a reivindicação por parte do promitente vendedor, convém imaginar um conflito de interesses entre este e o compromissário comprador quanto à reivindicação – isto é, cada um move sua ação para reaver o imóvel. Será razoável negar a pretensão do compromissário que pagou e que tem direito real sobre a coisa, e atender à pretensão de quem já recebeu o preço e se desvinculou do negócio? Qual dessas pretensões tem conteúdo ético e jurídico?

Aí, sim, a ordem jurídica estará sendo transgredida. A faculdade de reivindicar é, talvez, o mais importante atributo do domínio, e a ordem jurídica não pode tolerar que essa faculdade fique sem titular; ou, então, por outras palavras, que fique um bem imóvel à mercê de aventureiros, sem que ninguém possa reivindicá-lo, apesar de o compromissário ter pago por esse bem e ter direito real amplíssimo sobre ele.

84. Segundo o sistema tradicional, negando-se o compromitente vendedor a promover a reivindicação ou negando-se a dar escritura, cumpre, então, ao compromissário promover a ação de adjudicação compulsória.

Ocorre que, na prática, esta ação encontra, frequentemente, muitos percalços.

Às vezes são compromissos oriundos de loteamentos, com pagamentos a longo prazo; outras vezes, são muitos os compromitentes vendedores, ou são, estes, pessoas jurídicas que entram em liquidação etc. Em suma, o passar do tempo e o desinteresse, as dificuldades ou os azares das partes, aliados à necessidade de apresentação de documentos fiscais, previdenciários e judiciais, relativos a interesses de herdeiros e de incapazes, fazem com que a outorga da escritura definitiva ou o desenrolar da ação de adjudicação compulsória se tornem complexos, dispendiosos e, conseqüentemente, lentos. São realidades dessa ordem que os tribunais enfrentam diariamente e que muitas vezes escapam à doutrina.

Ora, diante da necessidade de o compromissário reaver o imóvel das mãos de quem o está detendo injustamente, não é razoável exigir-

-se dele, compromissário, que se submeta preliminarmente a essa *via crucis*, que, na realidade, nada lhe vai acrescentar de essencialmente fundamental.

Se o compromissário pode exercer seus direitos contra o promitente vendedor (superada, que foi, a mesma exigência de título de domínio para a ação de imissão de posse), parece-nos razoável, e em conformidade com a ordem jurídica, dispensar esse título e considerar o compromisso de compra e venda, registrado e quitado, como título hábil para a reivindicação do imóvel.

85. Não é demais lembrar que tradicionalmente se reconhece o direito de reivindicar ao enfiteuta⁵² (titular do domínio útil) e ao titular do domínio resolúvel. Reconhece-se – também é verdade – esse mesmo direito ao senhorio direto (no caso da enfiteuse) e ao nu-proprietário (no caso de usufruto).

Sucede que o direito real do compromissário comprador, que pagou o preço, é mais sólido, mais estável e mais vasto do que o de qualquer daqueles chamados “proprietários”. O enfiteuta tem que pagar o foro e o laudêmio e, havendo desapropriação, abate-se da indenização o valor do domínio direto (RT 436/210); o titular do domínio resolúvel tem um direito marcado pela transitoriedade – o que o infirma gravemente; o senhorio direto só tem direito ao foro, ao laudêmio e à eventual consolidação do domínio em sua pessoa; e, por fim, ao nu-proprietário é atribuído apenas este último direito.

O mundo de negócios atribui valores econômicos a esses direitos aí enumerados, o que também é feito pela lei e pela Justiça quando chamados a intervir em assuntos indenizatórios, sucessórios, tributários etc. E os valores então atribuídos são sempre inferiores aos do compromissário comprador, como evidente reflexo da natural correspondência entre as duas realidades, a econômica e a jurídica. Isto porque, na verdade, o direito do compromissário absorve toda a expressão econômica do imóvel. E quanto vale a “propriedade” do promitente vendedor que já recebeu o preço? Nunca se teve notícia de algum pagamento ou indenização por essa propriedade.⁵³

52. O CC/2002, art. 2.038, proibiu a constituição de novas enfiteuses, mas não extinguiu as existentes, que continuam em vigor em quantidade expressiva, particularmente na orla marítima.

53. Podem parecer grosseiros ou menos jurídicos os apelos que fazemos à confrontação com o fato econômico, desprezando formulações consagradas como a “propriedade em si” etc. Acontece que estamos no estrito campo dos direitos patrimoniais e aquela confrontação nos parece necessária, sob pena de cairmos no vazio,

86. Lafayette, tendo em vista os desmembramentos tradicionais do domínio, afirmou que “o direito que constitui a essência do domínio é o direito à substância da coisa”.

E disse, por quê: “Em torno desse direito vêm, por força própria, se agrupar os direitos elementares do domínio que se conservam destacados em favor de terceiros, quando desaparece a causa legal em virtude da qual permaneciam desligados da pessoa do proprietário. (...). Certo, os demais direitos que entram na composição do domínio, como o de usar da coisa, de perceber-lhe os frutos, podem ser transferidos a pessoa estranha sem que o dono deixe de ser o *proprietário*. Mas deixa de sê-lo, se o direito à substância da coisa passa a outrem”.⁵⁴

Por aí se vê que é esse poder de aglutinação daqueles elementos destacados do domínio que dá justificação jurídica à teoria da nu-propriedade (o que ninguém negou). Tanto que foi o próprio Lafayette quem disse – a propósito do usufruto – que a propriedade seria uma “quimera” se faltasse aquela possibilidade de consolidação dos poderes no proprietário.

No caso do compromisso de compra e venda – que é o que nos interessa – essa possibilidade inexistente, uma vez pago o preço, já que o próprio sistema legal impede que o promitente vendedor readquirira os atributos do domínio. Assim sendo, não se pode mais dizer – usando-se da própria linguagem e argumentos do mestre – que o promitente vendedor ainda tenha direito à “substância da coisa (*nuda proprietas*)”. Se não a tem, não pode reivindicar; quem pode reivindicar é o compromissário comprador.

87. Segundo nosso modo de ver, o compromissário que já pagou o preço detém os três poderes, inclusive o de dispor.

Dirão alguns: “Mas ele só pode dispor do que ele tem, isto é, de direitos de compromissário; ele não tem o domínio; quem tem o domínio é o promitente vendedor”.

Aceitemos, para argumentar. E perguntamos: e o promitente vendedor, que já recebeu o preço, pode dispor desse “domínio”? Não pode; esse domínio já está inexoravelmente comprometido ao compromissário. O promitente já não tem disponibilidade de qualquer direito real; ele também só pode dispor do que ele tem, isto é, *do seu*

em prejuízo da análise do fenômeno jurídico que se tem em vista. Há outros campos do mundo do Direito para o analista demonstrar seu apreço pelos verdadeiros valores supramateriais.

54. *Direito...*, cit., § 25.

crédito. Ao que se supõe, salvo melhor juízo, não se tem notícia de domínio transmitido validamente a outrem que não o compromissário com direito real. Se tal se desse, ocorreria verdadeira subversão do regime jurídico do compromisso.

Aliás, um dos poucos aspectos em que há uniformidade de pontos de vista nessa matéria é exatamente a segurança conferida pelo registro ao compromissário quanto à alienação ou oneração posteriores, diante dos termos claros do art. 5º do Decreto-lei 58.⁵⁵⁻⁵⁶⁻⁵⁷ Realmente, o compromitente só pode dispor de seu crédito, e nada mais.

O tema voltará a ser abordado no *Capítulo 6*, quando se tratar da cessão da posição contratual.

88. Da pesquisa de jurisprudência que fizemos encontramos julgado, pioneiro, em abono da tese que admite a reivindicação por parte do

55. Ainda assim, houve mal-entendidos na doutrina, mesmo entre os mais respeitáveis autores. Cf. Darcy Bessone (*Da Compra e Venda*, cit., n. 72), que admitiu, embora com ressalvas, a viabilidade de alienação ou oneração posterior. Não se pode aceitar, de forma alguma, tal assertiva, mesmo porque o fato pode até constituir crime, nos termos do art. 171, § 2º, II, do CP.

56. Na jurisprudência a matéria é tranquila, consoante se vê dos vários acórdãos citados por Narciso Orlandi Neto (*Registro de Imóveis – Dívidas – Decisões do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo*, 1982), admitindo-se, até mesmo, a retificação de ofício: “O registro de alienação em nome de outrem viola o direito real de compromissário comprador, com compromisso inscrito. Hipótese em que se justifica a retificação feita, de ofício, pelo Cartório” (ApCiv 167-0-SP, rel. Adriano Marrey).

Ainda: “A inscrição de compromisso em favor de terceira pessoa, e quitado, ainda no advento da lei anterior em matéria de registros públicos, impede o registro ora pretendido de compra e venda. (...) O fato de ter sido omitida, na certidão fornecida pelo Cartório, a existência de inscrição de compromisso não dá o direito de ser registrada venda feita a outrem que não o compromissário comprador” (ApCiv 147-0-Guarulhos, rel. Adriano Marrey).

“O registro de instrumento de promessa de venda e compra, sem cláusula de arrependimento, outorga direito real oponível a terceiros, quanto à alienação ou oneração posterior. Trata-se de autêntico direito real de garantia sobre coisa alheia, que segura o promissário contra eventual constituição de outro direito real em favor de terceiro. (...) Vale dizer, não autoriza registro subsequente de nenhum título que vise a conferir qualquer direito real, de propriedade ou não, sobre o mesmo imóvel, a terceiro” (ApCiv 285.658-SP, rel. Andrade Junqueira).

57. A propósito da venda de imóvel compromissado, conforme parecer de R. Limongi França. Diz o eminente professor: “Daí a indisponibilidade, por parte dos alienantes, do imóvel compromissado de modo irretroatável, por isso que, tendo transferido posse e direitos de aquisição definitiva mediante execução compulsória, de forma substancial, em toda sua parte útil e realizável, passou a integrar o patrimônio dos réus” (RT 489/52).

compromissário. Trata-se do acórdão da 6ª Câmara do 1º TACivSP, datado de 22.3.1977, na ApCiv 231.084, sendo relator o eminente Juiz Paula Bueno, que foi acompanhado pelos demais Julgadores, Macedo Costa e Alves Barbosa. Reza o acórdão: “Compromisso de compra e venda – Imóvel loteado – Contrato averbado – Direito real oponível a terceiros – Reconhecimento, também, do direito de reivindicação – Recurso provido – Aplicação do art. 5º do Decreto-lei n. 58, de 1937, e da Lei n. 649, de 1949. O compromisso de compra e venda, se regularmente averbado no Registro de Imóveis, estabelece direito real oponível a terceiros (Decreto-lei n. 58 e Lei n. 649), daí decorrendo o direito de reivindicar, inclusive contra o titular de escritura definitiva posterior àquela averbação e proveniente do mesmo loteamento”.

O acórdão, cuja transcrição quase total é feita abaixo,⁵⁸ assinala a necessidade de resguardar os negócios celebrados através de contratos particulares de interesse de número imenso de pessoas, daí por que, “*sem observância do sistema instituído pelo Código Civil, [de 1916] criou-se uma nova figura de direito real*”, concluindo pela “admissibilidade da (...) reivindicatória, em tese, como *orientação dedutível do teor da lei e*

58. RT 500/131. Eis a transcrição dos trechos principais do acórdão: “De tal modo, o presente julgamento envolve uma tomada de posição, a respeito da compreensão do dispositivo originário da Lei do Loteamento, a de n. 58, e da subsequente Lei n. 649, de 11.3.1949”. Após transcreever o art. 50 do Decreto-lei 58, continua: “Bem ou mal, sob o ponto de vista técnico jurídico, ou tendo em vista o sistema vigente, criou-se uma nova modalidade de direito real, oponível *erga omnes e deste fato se há de extrair a natural consequência da facultação, em tese, da ação reivindicatória ao compromissário comprador, com título regularmente averbado*. Respeito merece, sem dúvida, a interpretação adotada pela sentença apelada, que coincide com os ensinamentos de Pontes de Miranda e se apoia em julgado do 2º Tribunal de Alçada Civil. Reconheça-se, porém, que o legislador cedeu às pressões ambientais, ou seja, ao invencível desenvolvimento das transações imobiliárias de pequenos e grandes valores, celebradas mediante escrituras públicas e particulares de compromisso de compra e venda. Inelutável se tornou resguardar legalmente essas transações que passaram a interessar uma grande parte dos cidadãos. Daí por que, sem observância do sistema instituído pelo Código Civil, [de 1916] criou-se uma nova figura de direito real, inconformados restando alguns dos nossos maiores juriconsultos, mas aceita a nova figura por outros não menos ilustres juristas, consoante o demonstram as razões com os excertos interpretativos de Serpa Lopes, Agostinho Alvim, Silvio Rodrigues e Caio Mário da Silva Pereira (...). Sem necessidade de adentrar as profundidades do assunto, que não caberiam devidamente num julgado preliminar, pode-se concluir, com as razões, pela admissibilidade da presente reivindicatória, em tese, como motivos que inspiraram o legislador, afeito quando não aos princípios sistemáticos do Direito Civil vigente a respeitáveis interesses do ordenamento das relações privadas”.

dos motivos que inspiraram o legislador, afeito, quando não, aos princípios sistemáticos do Direito Civil vigente, a respeitáveis interesses do ordenamento das relações privadas”.

Trata-se, então, de acórdão pioneiro, prudente e realista, demonstrando, a nosso ver, alta perspicácia e sensibilidade para captar e trazer à luz as virtualidades latentes do direito positivo.

89. E realmente novos julgados surgiram nesse rumo: “Reivindicatória – Pressuposto – Domínio do autor – Titular de compromisso de compra e venda *ad corpus* irrevogável e inscrito – Equiparação ao *dominus* inclusive para reivindicar – Aquisição do domínio, no curso da lide, pelo registro da escritura definitiva – *Jus superveniens* a ser levado em conta”.

No corpo do acórdão observa-se que a tese principal foi consagrada, independentemente do registro posterior da escritura de venda: “Ao ajuizarem a reivindicatória os autores eram titulares de compromisso de compra e venda, irrevogável e inscrito, gerador de direito real. E compromisso de tal natureza equipara o promissário comprador ao *dominus*, inclusive para o efeito de reivindicar. Mesmo que assim não se entendesse (...)” (RJTJSP 67/151, rel. Aniceto Aliende, com votos vencedores dos Des. Sylvio do Amaral e João Del Nero, TJSP, ApCiv 179.740-1, rel. Antonio Marson, j. 16.12.1992, v.u.).

Até mesmo no STF:

“Ação de reivindicação movida por promitente comprador de lote, mediante compromisso irrevogável e inscrito, contra terceiro que o ocupa sem causa jurídica, ilegalmente – Indenização pelas benfeitorias necessárias, mas sem direito de retenção – Ação julgada procedente.

“Não se configura a alegação de negativa de vigência aos arts. 524, 530, I, e 533 do CC. [Arts. 1.228 e 1.245 a 1.247 do CC/2002] Na espécie, as decisões na instância ordinária assentaram na legislação especial, ou seja, no Decreto-lei n. 58, de 10.12.1937, Leis n. 649/1949 e n. 6.014/1973, à vista dos elementos de prova, apreciados soberanamente, concluindo que os autores, titulares de compromisso de compra e venda, sem cláusula de arrependimento (irrevogável) e inscrito no Registro de Imóveis, não podiam ficar privados de exercerem a reivindicatória contra terceiros que não eram titulares da posse, apenas a detinham ilegalmente.

“Dissídio jurisprudencial não comprovado, nos termos do art. 322 do Regimento Interno – Recurso extraordinário não conhecido, cassando-se a medida cautelar – Decisão por maioria de votos” (RE 108.216-

GO, rel. Min. Djaci Falcão, com votos vencedores os Ministros Francisco Rezek e Célio Borja, vencido o Min Aldir Passarinho, RTJ 127/738).

O acórdão consagrou assertiva do TJGO no sentido de que: “Se os apelados podem pedir a adjudicação compulsória do promitente vendedor, porque são titulares de direito real, com muito maior razão podem reivindicar o imóvel do poder de quem o detenha ilegalmente” (idem, p. 744).

90. A jurisprudência pode hoje ser considerada firme nesse sentido.

Destaca-se importante julgado da 3ª Turma do STJ, com a seguinte ementa: “A promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável transfere ao promitente-comprador os direitos inerentes ao exercício do domínio e confere-lhe o direito de buscar o bem que se encontra injustamente em poder de terceiro. Serve, por isso, como título para embasar ação reivindicatória”.

O eminente relator, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, informa sobre a evolução doutrinária sobre o tema, concluindo:

“Na verdade o que ocorre é a transferência do promitente-vendedor para o promitente-comprador dos direitos inerentes ao exercício do domínio sobre o bem prometido vender, sob pena de negar-se a própria configuração do compromisso de compra e venda como um contrato típico, para lembrar qualificação de Arnoldo Wald, capaz de gerar direito real, direito à aquisição por usucapião ordinário, que a legislação e a jurisprudência, atentas ao evoluir constante do direito, já reconhecem sem tergiversação.

“O pedido reivindicatório, dessa maneira, pode e deve ser exercido pelo promitente-comprador, ainda mais considerando que o estreitamento da legitimação ativa, para a ação reivindicatória, em tais casos, beneficia, exclusivamente, o terceiro possuidor sem justo título” (REsp 55.941-941, rel. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 17.2.1998, RJTJ 111/157, com citações muito honrosas desta obra. O entendimento foi confirmado por decisão posterior da própria 3ª Turma, REsp 252.020-RJ, j. 5.9.2000).

A 4ª Turma também decidiu no mesmo sentido: “O compromissário-comprador, com contrato registrado no Registro de Imóveis, preço pago e cláusula de irrevogabilidade, tem legitimidade para propor ação reivindicatória (entendimento majoritário da Turma)”.

Embora a ementa se refira ao entendimento meramente majoritário da Turma, o fato é que a divergência instalou-se por aspecto peculiar (litígio entre dois compromissários), porquanto o voto vencido declarado

95. A jurisprudência, pelo que nos foi dado verificar, não admite ainda a hipoteca do imóvel compromissado, conforme decidiu o Conselho Superior da Magistratura de São Paulo.⁶¹ O argumento principal tem sido sempre a inexistência de domínio ou, como constou da decisão supra-aludida, porque os direitos do compromissário não são objeto da enumeração do art. 810 do CC/1916 [art. 1.473 do CC/2002]. Embora antiga, essa jurisprudência continua válida.

Diz Bevilacqua que somente os imóveis *alienáveis* podem ser objeto de hipoteca porque somente esses bens podem ser judicialmente vendidos, para pagamento do credor. Diz ainda que, além de propriedade, somente o domínio útil do enfiteuta e o direito do senhorio podem receber o vínculo hipotecário, porque são modalidades do domínio, e são *suscetíveis de alienação*. E nos dá este outro ensinamento que nos interessa: “Por ser inalienável, o usufruto é impróprio para objeto de hipoteca. As legislações que incluem o usufruto entre as coisas suscetíveis de hipoteca atribuem-lhe o predicado da alienabilidade”.⁶²⁻⁶³

Por aí se vê que a possibilidade de um direito real ser ou não objeto de hipoteca deve ser buscada não na circunstância de constituir ele o próprio domínio ou uma forma deste, mas no de ser esse direito real alienável ou não, mesmo porque o *próprio domínio* não pode ser objeto de hipoteca quando gravado com vínculo de inalienabilidade (art. 1.420 do CC/2002).

Nesse mesmo sentido a ApCiv 206.358-1 (TJSP, rel. Des. José Osório), ficando decidido: “A posse, desde 1977, vem sendo exercida tranquilamente pelos réus. Essa posse jamais poderá ser considerada injusta perante a reivindicante e o assistente. Não é contrária ao Direito, não padece de qualquer vício, sempre exercida com conhecimento de todos. Enquanto não rescindido o compromisso, os réus não podem ser alijados do local. A inexistência de registro é irrelevante. O compromisso aí está apenas justificando a posse, a qual, aliás, sempre foi conhecida de todos”.

A questão ganha relevância maior nas hipóteses de loteamento e nos casos submetidos ao Sistema Financeiro da Habitação, nos quais o dever de registrar sempre competiu, prioritariamente, ao compromitente vendedor (art. 11, § 1º, do Decreto 3.079/1938; art. 61, § 40, da Lei 4.380/1964).

61. “Direitos oriundos de compromissário comprador são insuscetíveis de hipoteca” (28.8.1974, RT 472/105).

62. Clóvis Bevilacqua, *Comentários ao Código Civil*, cit., art. 810, obs. ns. 4 e 6. Nesse mesmo sentido a opinião de nossos maiores: cf. Dídimo da Veiga, *Manual do Código Civil*, ns. 86-87; Tito Fulgêncio, *Direito Real de Hipoteca*, p. 10; Afonso Fraga, *Direitos Reais de Garantia*, n. 36.

63. Exatamente porque inalienável, salvo ao proprietário, o usufruto não pode ser objeto de compromisso de compra e venda (rel. Dimas Ribeiro, *RJTJSP* 104/66).

Assim, e considerando que o compromisso já é hoje reconhecido, para inúmeros efeitos, como uma forma de alienação, ficando o compromissário com amplíssimo poder de disposição da coisa, cremos que, após o pagamento do preço, lhe devia ser permitido hipotecar o imóvel ou, pelo menos, hipotecar seus direitos reais, que também são imóveis (art. 80, I, do CC/2002).

Para aqueles que não admitem o compromisso como forma de alienação (apesar de ser celebrada dessa forma a quase totalidade dos negócios imobiliários entre nós) e entendem que só mesmo quem tem o “domínio” pode hipotecar, nunca e demais ponderar e insistir:

a) O direito real do compromissário é, hoje em dia, o mais amplo dos direitos reais, fora o domínio pleno; se se permite ao enfiteuta, isto é, ao titular do domínio útil, como também ao titular do domínio direto e ao titular do domínio resolúvel, a faculdade de hipotecar, só porque a lei usa expressamente a palavra “domínio”, não é razoável negar essa mesma faculdade a quem é titular de direitos reais mais amplos, isto é, a quem já é titular do conteúdo do domínio. Aquele entendimento, *data venia*, ofende ao mesmo tempo os princípios comuns animadores dos mesmos textos e fere o senso comum. E as considerações do bom senso, mais do que a pura lógica, conforme ensina Oliveira Ascensão, é que devem comandar as opções doutrinárias.⁶⁴

b) Estando reunidos na pessoa do compromissário, que pagou o preço, todos os poderes elementares do domínio, não cremos que seja uma grave infração à dogmática da hipoteca admitir-se a oneração do imóvel dessa forma. Basta, para tanto, que a jurisprudência venha a equiparar, para esse efeito, o compromissário ao proprietário, como já ocorreu para inúmeros outros efeitos.

c) Sendo alienáveis os direitos do compromissário (isto não há quem negue) e tratando-se de direito real, não pode haver óbice ao estabelecimento sobre eles de vínculo hipotecário, cabendo, no caso, a lição de Bevilacqua, retrotranscrita, a propósito do usufruto.

96. A hipoteca é o direito real tradicionalmente usado nas operações de crédito imobiliário. Sendo a utilização do crédito uma necessidade inafastável na sociedade moderna, é fácil perceber que o compromissário comprador não vai deixar de utilizar seu direito real – integrante que é do respectivo patrimônio – para ampliar a sua esfera e o seu poder creditício. Não será a omissão do legislador ou o conceitualismo formal do jurista que irá impedir as operações de crédito envolvendo o direito do

64. *Direitos...*, cit., p. 75.

compromissário. E essas operações vão se verificar com as dificuldades e incertezas típicas das relações jurídicas apoiadas em normas difusas e menos límpidas do ordenamento, com evidentes prejuízos para ambas as partes e para a própria comunidade em que elas se inserem. A jurisprudência vem sendo chamada a se pronunciar sobre casos dessa natureza.

Em caso de compromisso celebrado como garantia de pagamento de duplicatas, entendeu o TJSP que o negócio é válido e “resolúvel e, pagos esses títulos, deverão as partes retornar às suas primitivas posições”. Entendeu ainda o Tribunal que, na hipótese, não se cogitava “de compromisso pleno em seus requisitos, tampouco de cláusula de retrovenda, e sim de contratos complexos, se não inominados, mas à feição dos negócios fiduciários, em que as partes, não se contentando com as garantias comuns, procuraram uma forma mais ampla e mais segura para assegurar seus créditos”; sendo certo que “a garantia foi fixada até que fossem pagas todas as duplicatas. A propriedade, em consequência, seria resolúvel, porque sujeita a uma condição”.

Esse acórdão tem o seguinte cabeçalho: “Compromisso de compra e venda. Contrato em garantia de pagamento de duplicatas. Obrigação cumprida. Restituição do objeto compromissado. Ação procedente (...)” (rel. Ennio de Barros, 2.10.1969, RT 409/195).⁶⁵

Eis aí caso típico em que o compromissário aparece utilizando seu direito como garantia de dívida.

E forçoso reconhecer, porém, que, no atual estágio da jurisprudência, é inadmissível a hipoteca do imóvel pelo compromissário comprador. A tendência próxima parece ser, assim, admitir-se – para a utilização dos direitos do compromissário como instrumento de garantia – uma espécie de caução desses mesmos direitos. O Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, em acórdão pioneiro (ApCiv 251.775, rel. Acácio Rebouças, RJTJSP 42/406), já admitiu a caução. A mesma tese foi confirmada na ApCiv 282.567 (rel. Andrade Junqueira, RJTJSP 58/403).

65. Nesse mesmo rumo: “Reserva de domínio. Compra e venda – Busca e apreensão – Liminar – Caução sobre direitos de bem imóvel – Admissibilidade. Agravo de instrumento. Reserva de domínio. Ação de busca e apreensão. Embargos de terceiro. Decisão que defere ao terceiro embargante a reintegração na posse do veículo apreendido, mediante caução de direitos sobre bem imóvel, advindos de cessão de compromisso de compra e venda. Inconformismo da embargada, que sustenta impréstável a caução, por não ser o embargante proprietário do imóvel, e dever mantida para si, detentora do domínio, a posse do veículo apreendido. Se são penhoráveis os direitos pessoais sobre imóvel, a justo título adquiridos, também podem ser objeto de caução” (2ª TACivSP, AI 731.738-00/7, 12ª Câm., rel. Juiz Palma Bisson, j. 9.5.2002).

97. A legislação antecipou-se nessa linha, mas, ao invés de tocar na hipoteca, preferiu simplesmente criar um novo direito real de garantia.

Assim dispõe a Lei 9.514, de 20.11.1997, que criou a alienação fiduciária em garantia de coisa imóvel: “Art. 17. As operações de financiamento imobiliário em geral poderão ser garantidas por: (...) III – caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis; § 1º. As garantias a que se referem os incisos II, III e IV deste artigo constituem direito real sobre os respectivos objetos. § 2º. Aplicam-se à caução dos direitos creditórios a que se refere o inciso III deste artigo as disposições dos arts. 789 a 795 do Código Civil” [arts. 1.459 e 1.460 do CC/2002].

No mesmo rumo aponta a Lei 10.931, de 2.8.2004, cujo art. 51 estabelece: “Art. 51. Sem prejuízo das disposições do Código Civil, as obrigações em geral também poderão ser garantidas, inclusive por terceiros, por cessão fiduciária de direitos creditórios decorrentes de contratos de alienação de imóveis, por caução de direitos creditórios ou aquisitivos decorrentes de contratos de venda ou promessa de venda de imóveis e por alienação fiduciária de coisa imóvel”.

98. A jurisprudência, ao que nos consta, também não tem tolerado a divisão do imóvel comum requerida por compromissário comprador. Os poucos casos que encontramos indicam que essa pretensão do compromissário é indeferida liminarmente.

O Tribunal de Alçada de São Paulo assim se manifestou, por sua 3ª Câmara: “Só o proprietário é parte legítima para promover a ação de divisão que diz respeito ao domínio da coisa. O promitente comprador, embora titular de contrato irrevogável e inscrito no Registro de Imóveis, ou seja, com direito real oponível a terceiros, não dispõe de domínio, e, portanto, não está em condições de promover a divisão da propriedade” (RT 337/388).

Trata-se de acórdão antigo, de 1962, mas cremos que não tenha havido mudança de orientação, tendo em vista as disposições processuais do Código de Processo Civil, arts. 946, II, e 967, que expressamente fazem menção à qualidade de proprietário do promovente da divisória e a exibição dos títulos de domínio.

Em consonância com os pontos de vista até aqui expostos, somos levados, *data venia*, a discordar da orientação dessa jurisprudência.

As mencionadas disposições da lei processual não constituem obstáculo intransponível. Já vimos o que ocorreu com a ação de imissão de posse, no regime do Código de Processo Civil antigo que continha pre-

4

A INDENIZAÇÃO

139. Outro ponto controvertido diz respeito à indenização devida pelo compromissário no caso de descumprimento e conseqüente resolução do contrato.

Geralmente consta dos contratos cláusula determinando, no caso de falta de pagamento, a perda das importâncias pagas e das benfeitorias levadas a efeito no imóvel.

Divergiram os autores quanto à validade ou não de tal cláusula, seja em relação ao imóvel loteado ou ao não loteado. Wilson Batalha bem informa sobre a divergência.¹ Waldemar Ferreira, Silvio Pereira, Bilac Pinto, Serpa Lopes e Waldemar Loureiro entendem que o compromissário perde as importâncias pagas, mas não perde as benfeitorias. Wilson Batalha, Pontes de Miranda e Orlando Gomes consideram que o compromissário, em princípio, não perde as importâncias pagas nem as benfeitorias.²

1. *Loteamentos...*, cit., p. 380.

2. Pontes de Miranda, *Tratado...*, cit., §§ 1.486 e 1.535; Orlando Gomes, *Alienação...*, cit., p. 465. Convém transcrever a lição sempre citada de Pontes de Miranda, § 1.535, n. 4: "A *lex specialis* sobre promessa de compra e venda exclui a chamada *cláusula de decaimento*, estipulação de que, em caso de mora, o promissário comprador perde as prestações pagas (Decreto-lei 58, art. 14), porque adotou a resolução do contrato. Também nas compras e venda, tal cláusula seria *nula*, entre outras razões, por infringir o limite que a lei marcou à cláusula de pena convencional. Naturalmente, se há restituição do prédio, é preciso que se incluía nas perdas e danos o aluguel, que o comprador teria pago pelo prédio, ou que recebeu; porém isso é outra regra. O vendedor poderia também cobrar despesas com a venda. A cláusula de decaimento é, de qualquer maneira, cláusula nula". O autor é, assim, radical nessa matéria, indo além do que julgamos razoável. Diz ele, ainda, no § 1.535, n. 8: "A cláusula de decaimento não tem qualquer aplicação válida nem produz efeitos. Não

Há que se distinguir, a esse propósito, os regimes do imóvel loteado e do não loteado, lembrando que em ambas as hipóteses o tema entende com a cláusula penal, ou, por outras palavras, com a prefixação dos danos.

Quanto aos imóveis loteados, a matéria está regulada pelos arts. 34 e 35 da Lei 6.766/1979. O primeiro deles veio a sufragar tendência forte da jurisprudência que reconhecia aos adquirentes o direito de haver indenização por benfeitorias e acessões. O texto desse dispositivo é enérgico, pois determina que em qualquer caso de inadimplemento do adquirente as benfeitorias necessárias ou úteis (nestas incluídas evidentemente as construções) por ele levadas a efeito no imóvel deverão ser indenizadas, fulminando de nulidade qualquer disposição contratual em contrário.

A rigor, a Lei 6.766/1979 veio tornar expresso o que estava implícito nas demais legislações sobre o assunto. Isto porque as cláusulas de perda de benfeitorias nada mais são do que cláusulas penais que estavam, assim, limitadas a 10% do débito, por força do art. 11, "f", do Decreto-lei 58. O dever de indenizar benfeitorias já existia, portanto, no regime anterior.

O mesmo, entretanto, não acontecia com relação à perda das importâncias pagas, pois aqui o problema era mais complexo. É que, guardando essa cláusula de decaimento também a natureza de cláusula penal, estava ela inserida em contrato por muitos considerado de prestações de trato sucessivo, cuja resolução operaria *ex nunc*. Todavia, tal não se verifica. No compromisso com pagamento a prazo, a prestação não é de trato sucessivo e sim fracionada ou dividida.

Antunes Varela bem demonstra a distinção: "As prestações *fracionadas, divididas ou repartidas* têm de comum com as anteriores (as de trato sucessivo) o fato de a sua execução se prolongar no tempo. Mas diferem dela pela circunstância de *o seu objeto estar previamente determinado e não depender*, conseqüentemente, *da sua duração no tempo*".³ A distinção tem conseqüências práticas, pois aqui o vencimento do prazo pode desencadear o vencimento das prestações seguintes e a resolução do contrato vai produzir efeitos *ex tunc*, viabilizando a devolução das prestações (parcelas do preço) já recebidas.

Essa construção permitia soluções mais justas em caso de inadimplemento do adquirente, uma vez que, resolvido o contrato, o transmi-

se pode mesmo pensar em salvá-la, como pena convencional até o limite legal". Nós só fazemos restrições a este último período.

3. *Direito...*, cit., v. 1, p. 86.

tente recebia de volta o imóvel – em regra valorizado, justificando-se perfeitamente a devolução das importâncias pagas, máxime se se considerar que a cláusula penal era limitada a 10% do débito.

A Lei 6.766/1979, no art. 35, veio regrar especificamente a hipótese de devolução, fixando, de modo rígido, que o adquirente fará jus à restituição se houver pago mais de 1/3 do preço ajustado. Se houver pago 1/3 ou menos, legítima será a retenção por parte do transmitente.⁴

140. Ocorre que o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 11.9.1990) inovou a matéria ao estabelecer no art. 53 que, nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis, mediante pagamento em prestações, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor. Em consonância com tal disposição, o inciso II do art. 51 também considera nulas as cláusulas que subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga.

O Código de Defesa do Consumidor aplica-se aos compromissos de compra e venda relativos às incorporações imobiliárias e aos loteamentos, consoante se vê dos termos amplos do art. 3º. A expressão “contratos de compra e venda” envolve, por certo, o compromisso que é a forma usual utilizada pelo consumidor naquelas operações, ou seja, na aquisição, por oferta pública, de unidades autônomas ou de lotes de terreno.⁵

Creemos que o limite de 1/3 previsto no art. 35 da Lei 6.766/1979 já não vigora, incompatível que é com as disposições legais de proteção aos consumidores.

O direito do compromissário ao reembolso das importâncias pagas não é absoluto, no seguinte sentido: o valor do reembolso é um dos componentes para a apuração da indenização, além de outros, como o do

4. A lei levou, por certo, em consideração o fato de ser muito frequente a desistência dos compromissários, na fase inicial do contrato. Admitindo a retenção porque pago menos de 1/3 (cf. *RJTJSP* 120/57, rel. Nelson Schiesari).

5. O Código de Defesa do Consumidor vem sendo aplicado largamente nos compromissos ligados a incorporações e loteamentos. Cláusula de mandato através da qual o compromissário dava poderes à procuradora para emitir títulos foi considerada abusiva e nula em fundado acórdão (TJSP, ApCiv 235.555-1, rel. Des. Felipe Ferreira, v.u.).

Ainda: “Cláusula em que os compradores nomeiam a credora hipotecária como mandatária para representá-los, de modo geral, em assuntos referentes a seguros ou desapropriação. Nulidade. Conflito de interesses evidenciado. Art. 53, VIII, da Lei 8.078/1990 – CDC” (TJSP, Ap 36.744.4/8, rel. Des. Guimarães e Souza, j. 10.6.1997, v.u., em., *Bol. AASP* 2.025).

valor de eventual fruição do bem, prejuízos comprovados que o compromissário tenha ocasionado, valorização do imóvel etc. Lembre-se de que o Código de Defesa do Consumidor veda a *perda total* das prestações pagas, admitindo-se, portanto, em tese, uma perda parcial.

Pode-se considerar que a matéria está razoavelmente amadurecida, pelo menos no que diz respeito aos regimes da incorporação imobiliária e do loteamento, para ter como irrita a cláusula de decaimento pleno da parte do preço que tenha sido paga.

As consequências da resolução culposa do contrato devem ser apuradas de conformidade, em primeiro lugar, com os princípios e preceitos do próprio Código de Defesa do Consumidor, se aplicável, e também segundo as normas da legislação especial e do direito comum.⁶

141. Essa questão da proibição, por parte do Código de Defesa do Consumidor, da perda total das prestações continua agitando os tribunais, não sendo fácil ao intérprete extrair regras amplas. Pode-se, contudo, afirmar as que seguem:

a) As circunstâncias de fato são sempre levadas em consideração, o que faz variar o percentual da devolução, a saber:

a-1) *Devolução de 100%*

Em caso de inadimplemento culposos por parte da construtora, a devolução deve ser integral (TJGO ApCiv 179184-23, j. 21.8.2012, rel. Carlos Roberto Fávaro, citando vários precedentes de vários Tribunais, inclusive do TJSP: 0038342-58.2009.8.26.0554, rel. Theodureto Camargo, j. 8.2.2012, e 0090973-60.2007.8.26.0000, rel. Erickson Gavazza Marques, j. 1.6.2011).

6. O professor Alberto do Amaral Jr., comentando o art. 53 do Código do Consumidor, assim se manifesta: “Em se tratando de compromisso de venda e compra de imóveis, a inexecução do contrato pelo compromissário, por interrupção no pagamento das prestações, não é motivo de perda das prestações já pagas, devendo os danos ser fixados previamente, mediante a estipulação de cláusula penal obrigatória. O compromissário terá direito de receber as prestações pagas, acrescidas de juros estipulados. Todavia, se este procedeu de má-fé fica obrigado a ressarcir os prejuízos causados ao comprometente” (*Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, p. 202).

Fica apenas o reparo à expressão “má-fé”, que entende com o dolo, ao passo que basta a mera culpa, a nosso ver, para justificar eventual compensação de danos, sob pena de violação de princípios elementares de direito e de justiça.

Esse é também o ponto de vista de Tupinambá Miguel Castro do Nascimento (*Comentários ao Código do Consumidor*, pp. 70-71).

E se a culpa foi suficientemente grave, a condenação deve incluir o dano moral: o já citado acórdão do TJGO (ApCiv 179184-23), e TJRN, AI 2009.013.553-7, rel. Dilermando Mota, j. 6.4.2010, indicando precedentes.

Exemplos de culpa grave são a demora excessiva no início das obras ou a longa interrupção das obras.

Não havendo culpa da construtora, os juros devem ocorrer apenas a partir da citação (TJSP, ApCiv 2007.01.1.0929672, j. 26.5.2010, rel. Des. Otávio Augusto).

a-2) *Devolução de 90%*

STJ: REsp 51.019-SP, rel. Barros Monteiro, j. 22.11.1994, DJU 13.3.1995; REsp 58.19912-6-MG; REsp 94.271-SP, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 27.8.1996, DJU 14.10.1996; REsp 111.091-AM, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 25.2.1997, DJU 7.4.1997; REsp 113.602-DF, rel. Ruy Rosado de Aguiar, j. 24.3.1997, DJU 19.5.1997. TJSP: ApCiv 33.830-4, São Paulo, 9ª Câ. D. Priv., rel. Franciulli Netto, j. 30.6.1998, v.u. (“dever de prestar o que recebeu como prestação ou como contraprestação ainda que o restituinte não se haja enriquecido”); ApCiv 36.266-4, São José do Rio Preto, rel. Franciulli Netto, j. 13.10.1998, v.u. TAMG: ApCiv 211.054-9, Uberlândia, rel. Almeida Melo, j. 12.3.1996, DJU 1.6.1996.

Mais recentemente: TJGO: ApCiv 200891489363, j. 17.5.2012, rel. João Waldeck Felix de Sousa, com precedentes da casa e do STJ: “é razoável que a devolução do valor pelo promitente vendedor ocorra com retenção 10% a 20% das prestações pagas a título de indenização pelas despesas decorrentes do próprio negócio. Agravo regimental provido” (AgRg no REsp 1013249-PE, rel. João Otávio de Noronha, DJe 8.6.2010).

Para a retenção de apenas 10% levou-se em consideração que se tratava de loteamento destinado às classes de baixíssima renda.

Também ficou ressaltada a impossibilidade de perda de sinal, igualmente com apoio em decisão do STJ (REsp 1056704-MA, Rel. Massami Uyeda, DJe 4.8.2009).

O TJGO julgou no mesmo rumo, ou seja, ordenando a devolução de 90%: ApCiv 426.574-57, j. 17.12.2009, rel. Geraldo Gonçalves da Costa. Também o TJSC: ApCiv 2007.041.028-8, j. 15.12.2009, rel. Luiz Carlos Freyesleben. E o TJSP: ApCiv 282.115-4/8-00, j. 7.10.2009, rel. Caetano Lagrasta. No caso não se tratava de construtora comum, mas de Cooperativa Habitacional.

a-3) *Devolução de 80%*

STJ: REsp 60.065-0-SP, rel. Ruy Rosado de Aguiar, Bol. AASP 1.949; TJSP: ApCiv 9.388-4-SP, rel. Cezar Peluso, j. 31.3.1998, v.u. (fundamento no art. 924 do CC [art. 413 do CC/2002], sem ter havido ocupação do imóvel); ApCiv 60.144-0, São Paulo, 2ª Câ. D. Priv., rel. Cezar Peluso, j. 9.2.1999 (caso em que houve alguma ocupação da coisa); ApCiv 64.101-4, Sorocaba, rel. Ênio Zuliani, j. 9.2.1999.

a-4) *Devolução de 75%*

STJ: REsp 43.544, 4ª T., rel. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 24.2.1997 (contrato anterior ao Código de Defesa do Consumidor). TJSP: ApCiv 52.407-4, São Paulo, 6ª Câ. D. Priv., rel. Testa Marchi, j. 6.8.1998, v.u.; ApCiv 52.562-4, São Paulo, 8ª Câ. D. Priv., rel. Cesar Lacerda, j. 24.8.1998, v.u.; ApCiv 53.19919-4, São Bernardo do Campo, 10ª Câ. D. Priv., rel. Des. G. Pinheiro Franco, j. 18.8.1998, v.u.

a-5) *Devolução de 50%*

STJ: REsp 247.615-RJ, rel. Ari Pargendler, m.v., j. 16.12.2003, DJU 15.3.2004. STJ REsp 1.067.141-SP (2008/0133713-1), j. 16.4.2009, rela. Nancy Andrighi (a devolução foi de 50% porque o adquirente ocupou o imóvel por seis anos). Houve voto vencido do Min. Massami Uyeda pretendendo liquidação por artigos, o que foi afastado pela maioria, a meu ver sabiamente.

a-6) *Devolução de 0%*

TJSP: ApCiv 40.267-4, São Paulo, 10ª Câ. D. Priv., rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 17.6.1998, v.u. (“Perda de parcela única do preço, justificada pelo longo período, durante o qual os bens estiveram, ou estão, em poder dos compromissários inadimplentes, e dos prejuízos causados à promitente – Conduta manifestamente protelatória dos apelantes, no curso do processo, inclusive na interposição do recurso – Litigância de má-fé reconhecida, com aplicação de sanção – Recurso não provido”); ApCiv 229.891-2, São Paulo, rel. Climaco de Godoy, j. 24.5.1994 (“Réus que perderam as quantias pagas até a verificação da mora – Prestações pagas servirão como compensação pelo uso do imóvel – Pedido de liquidação por arbitramento inviável no caso – Recurso não provido”).

b) Entre as circunstâncias de fato relevantes estão o tempo e a forma com que o adquirente ocupou o imóvel, conforme precedentes adiante indicados.

c) Nota-se uma interferência maior do juiz na economia do contrato, como se viu na hipótese retro. Mais ainda: admitiu-se que a nulidade

da cláusula de decaimento total fosse decretada de ofício (STJ, REsp 67.616-9-SP, rel. Barros Monteiro, j. 12.3.1996, *RSTJ* 87/284).⁷

d) Facilita-se, processualmente, a atuação do adquirente, admitindo-se a “possibilidade de determinar-se a devolução, sem necessidade de reconvenção” (STJ, REsp 49.396-0-SP, rel. Eduardo Ribeiro, j. 16.5.1995, v.u., *DJU-I* 12.6.1995, p. 17.625, em.).⁸

Essa questão já é objeto da Súmula 3 do TJSP, a saber: “Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção” (*DJE* 6.12.2010).

e) Se omissivo o contrato, não cabe a perda das importâncias pagas (TJSP, ApCiv 210.453-2, rel. Érix Ferreira, j. 9.11.1993, v.u., *JTJ* 152/29).⁹

Ainda: “Não pode decretar-se a perda das prestações pagas pelo compromissário comprador, em caso de rescisão do contrato por culpa sua, se, correspondendo tal efeito a cláusula penal, não foi esta pactuada” (TJSP, ApCiv 51.825-4, São Paulo, rel. Des. Cezar Peluso, j. 24.11.1998, v.u.).

f) É dominante a corrente segundo a qual o Código de Defesa do Consumidor não incide sobre contratos anteriores à sua vigência¹⁰ (TJSP, ApCiv 226.449-2, rel. Des. Aldo Magalhães, j. 26.5.1994; ApCiv 238.161-2, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 28.6.1994).

7. Com apoio em Nelson Nery Jr., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, pp. 378-379.

8. No mesmo sentido: STJ, REsp 50.608-5-SP, rel. Eduardo Ribeiro, j. 3.10.1995, *Bol. AASP* 1.598; TJSP, ApCiv 210.453-2, rel. Érix Ferreira, j. 9.11.1993, v.u., *JTJ* 152/29.

9. V., neste capítulo, *nota* 24.

10. Se houve renegociação após o Código de Defesa do Consumidor, este incide normalmente: “Restituição das parcelas pagas – Admissibilidade – Renegociação entre as partes já na vigência da Lei n. 8.078/1990 – Invalidez da cláusula que estabelecia a perda das parcelas pagas em caso de compromissário se tornar inadimplente – Relação entre as partes posta sob a égide da nova contratação – Inexistência de afronta aos arts. 5º, XXXVI, da Constituição da República e 6º da Lei de Introdução ao Código Civil” [*atualmente denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro*] (TJSP, ApCiv 232.853-2, rel. Des. Quaglia Barbosa). Em sentido contrário, admitindo a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos contratos anteriores, v. fundado acórdão do TJSP, ApCiv 197.165-2, rel. Des. Pinheiro Franco, j. 22.10.1992, *RJTJSP* 139/41.

g) Ainda que o contrato preveja apenas a perda parcial de prestações, não há impedimento a que o juiz reduza ou impeça, conforme o caso, a perda estipulada.¹¹

h) Mesmo que celebrado o contrato no regime anterior ao Código de Defesa do Consumidor, com previsão de perda das prestações, o juiz pode reduzi-las (REsp 50.608-5, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 3.10.1995, *RSTJ* 80/204).

Tem-se notado maior preocupação em evitar que a ocupação prolongada do imóvel pelo compromissário fique sem ressarcimento para o comprometente.

Assim, o TJSP, ao mesmo tempo em que ordenou devolução de 80% das prestações pagas, mais correção monetária e juros de mora de 1% desde a citação, ordenou também abatimento de 0,5% do valor venal do imóvel, a ser apurado em liquidação de sentença (ApCiv 9.090.837-36.2009.8.26.0000, rel. Elcio Trujillo, j. 8.5.2012, indicando vários precedentes).

Creio que a saudável preocupação podia ser atingida simplesmente diminuindo-se o percentual da devolução, com o razoável arbítrio do

11. Pela relevância da fundamentação, transcrevem-se as ementas:

“Compromisso de compra e venda – Imóveis – Cláusula resolutoria onde prevista a perda de 90% das importâncias pagas pelo promitente comprador – Dispositivo leonino – Invalidez – Recurso não provido. O individualismo da interpretação que se atenha de maneira estrita ao teor de determinadas cláusulas contratuais não se compadece com as modernas tendências do Direito, de procurar efetiva comutatividade e equilíbrio na interpretação e aplicação das normas convencionais. Não mais é possível, neste final de século XX, argumentar de maneira singela com a só prevalência do ajuste de vontades, para impor a uma das partes, em profundo desequilíbrio no cumprimento do contrato, não só a perda do imóvel, como também da quase integralidade das parcelas pagas. Se a lei reserva um espaço para a autonomia da vontade, para autorregulamentação dos interesses privados, sua importância e força diminuiriam, levando à relativização da força obrigatória e intangibilidade do contrato, permitindo aos juízes um controle de seu conteúdo, em ordem a suprimir as cláusulas abusivas.

“Compromisso de compra e venda – Imóvel – Contrato de adesão – Cláusula resolutoria da qual não consta alternativa em benefício do promitente comprador ou possibilidade de reembolso das importâncias já pagas – Nulidade de pleno direito – Aplicação dos arts. 51, inciso II, e 54, § 2º, do Código do Consumidor – Recurso não provido. Nos compromissos de compra e venda de imóveis, constantes de contratos de adesão e firmados na vigência do Código do Consumidor, é nula de pleno direito cláusula resolutoria que não contemple alternativa em benefício do promitente comprador, a ele deixando a escolha, e bem assim aquela que dele retire a possibilidade de reembolso das importâncias já pagas” (TJSP, ApCiv 262.656-2, rel. Des. Soares Lima, j. 4.9.1995).

juiz. Desta forma, evitar-se-ia a naturalmente lenta liquidação de sentença. Parece-me também exagerado o percentual de 0,5% raramente obtido pelos locadores. No caso, porém, a solução não foi injusta, pois os juros da mora foram fixados em 1% ao mês, muito acima dos rendimentos financeiros atuais.

Mas a proteção ao adquirente continua sólida, conforme se vê do trabalho já mencionado,¹² a saber:

“Admite-se direito de retenção até a devolução das parcelas pagas” (JTJ, Lex, 248/278, AI 191.359-4, rel. Des. Cezar Peluso, j. em 28.8.2001; TJSP, AI 243.029.4/0.00, 4ª Câm., rel. Des. Armindo Freire Mármora, j. 1.8.2001, v.u.) e julgados adiante indicados.

“A matéria é conhecida de ofício” (TJSP, ApCiv 388.883.4/4-00, e ApCiv 318.537.4/9-00, ambas relatadas pelo Des. Francisco Loureiro, j. 14 e 13.12.2006). Desse último julgado, extrai-se texto que, pela sua relevância vai transcrito: ‘A devolução da posse fica subordinada à restituição de parte das parcelas pagas se, após a compensação, houver saldo em favor dos promitentes compradores. Esse direito de retenção integra a própria natureza da sentença que resolve o contrato. No dizer de Rui Rosado de Aguiar Júnior, as restituições devem ser simultâneas, toma lá, dá cá... Na fase de execução da sentença, a parte obrigada a restituir pode recusar-se ao ato até que a outra cumpra, simultaneamente, ou pedir a compensação, quando cabível (*Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor*, p. 261)’”.

Sobre o direito de retenção, veja-se ainda TJSP AI 4430314700, j. 19.12.2009, rel. Des. Álvaro Passos.

142. Tratando-se de imóvel não loteado e aplicando-se então o direito comum, é preciso levar em conta os preceitos dos arts. 412 e 413 do CC/2002. Por tais preceitos, o valor da cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal, facultando-se ao juiz reduzir o valor da pena quando a obrigação tiver sido cumprida (v. n. 130) ou seu valor for manifestamente excessivo.

Assim, resolvido o contrato por culpa do compromissário e havendo cláusula de decaimento, esta será igualmente entendida como cláusula penal, sendo necessariamente limitada ao valor da obrigação principal. A norma do mencionado art. 412 do CC/2002 é também considerada de ordem pública, não podendo, portanto, ser alterada por convenção das partes.

12. *A Resolução...*

Da mesma forma que no caso de imóvel loteado, o devedor faz jus à indenização por benfeitorias e acessões, pois são os mesmos princípios que regem ambos os casos, visando sempre a vedar o enriquecimento sem causa e as estipulações leoninas em geral.

É altamente conveniente a permissão legal para o juiz reduzir a pena em caso de adimplemento parcial. O compromisso de compra e venda versa hipóteses geralmente muito distintas, as quais exigem tratamento também distinto. Assim a cláusula penal, que é excessiva num caso, pode não ser em outro. Uma é a hipótese de um prédio devolvido nas mesmas condições ou até valorizado. Outra é a hipótese de ter sido o prédio danificado e até mesmo destruído pelo compromissário, quando então não haverá por que reduzir-se a pena.

Nem por isso – entretanto e salvo a ocorrência de ato ilícito – poderá o compromitente exigir perdas e danos além da pena convencional.

Isso porque, nesse caso que temos em foco, isto é, da perda de prestações e benfeitorias, a cláusula penal tem nítido caráter compensatório e não meramente moratório. Poderá o credor optar por perdas e danos, já que a cláusula penal se tornou uma alternativa a seu benefício, *ex vi* do art. 410 do CC/2002; mas não poderá acumular ambos os pedidos, pois a maior característica da pena é, no caso, constituir-se em prefixação de danos. Reconhecemos, porém, que há nesse campo respeitáveis opiniões em contrário.

Cremos não haver dúvida quanto ao caráter compensatório da cláusula penal nesses casos, pois a eventual pretensão à perda de benfeitorias e de importâncias pagas surge em decorrência da inexecução definitiva do contrato. Houve mora, mas esta não foi purgada e converteu-se em inadimplemento absoluto. O fato de ter havido mora, entretanto, não pode caracterizar a pena como moratória, pois essa pena só pode ser exigida a partir do momento em que inexecução se tornou definitiva.

Nesse sentido manifestou-se o Des. Severo da Costa em declaração de voto vencedor: “Quer sob o aspecto jurídico, quer sob o aspecto pragmático, essa é a melhor colocação do problema – considerar a cláusula de decaimento como cláusula penal compensatória. Primeiro porque não lhe retira a validade contratual, pábulo de profunda divergência doutrinária; segundo porque sua aplicação fica sob o controle judicial, de modo a não constituir causa de enriquecimento ilícito; e terceiro, consequentemente o seu valor pode sofrer a justa graduação, conforme o bom arbítrio judicial, na forma do art. 924 do CC, [art. 413 do CC/2002] com

prefixação dos prejuízos, evitando-se as delongas de uma liquidação judicial” (RT 551/177).¹³

Assim também entendeu o STF, em acórdão que ao mesmo tempo faz oportuna distinção entre as importâncias pagas e o sinal propriamente dito: “O simples emprego da palavra ‘sinal’ na expressão tabelioa ‘sinal e princípio de pagamento’ não tem a virtude de caracterizar como arras o que, pelo contexto do ato e valor relativo da prestação, deve ser entendido apenas como ‘princípio do pagamento’. Dizendo o contrato que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e os subsequentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, cláusula penal que ao juiz é dado reduzir, nos termos do art. 924 do CC” [art. 413 do CC/2002] (rel. Décio Miranda, RT 545/273).

143. A propósito da cláusula penal, convém notar como o Código Civil de 2002, coerentemente com os princípios da reforma, mais uma vez ampliou o campo de atuação do juiz. Agora, o poder de decidir por equidade ocorre não só quando a obrigação tenha sido cumprida em parte, mas, também, quando “o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”, segundo os termos expressos do art. 413 do CC/2002.

A jurisprudência, na verdade, já vinha seguindo princípio semelhante, como se viu dos julgados que reduzem a perda de importâncias pagas pelo compromissário mesmo nos casos de contratos anteriores ao Código de Defesa do Consumidor.

Além disso, já se mandava levar em conta, para o cálculo do valor da redução, a “potencialidade lesiva do inadimplemento da parte, e não o percentual da obrigação por ela cumprida” (STJ, REsp 62.730-3-DF (95.0014022-5), 4ª T., rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU 14.8.1995).

144. Questão particularmente difícil é a de saber se o próprio compromissário comprador que deixou de pagar o preço pode tomar a

13. No mesmo sentido: “Compromisso de compra e venda – Rescisão – Perda das quantias pagas a título de sinal e princípio de pagamento – Inadmissibilidade – Hipótese em que o contrato foi concluído, tendo o promitente comprador, além do sinal, efetuado o pagamento de algumas prestações – Inaplicabilidade do art. 1.097 do Código Civil [art. 418 do CC/2002] – Devolução das parcelas recebidas determinada. À hipótese dos autos não se aplica o art. 1.097 do Código Civil, pois o contrato de promessa de venda e compra foi concluído, tanto que o promitente comprador, além do sinal, efetuou o pagamento das primeiras cinco prestações. De arras não se cuida” (TJSP, Ap. 218.363-2, rel. Des. Accioli Freire, j. 9.12.1993).

iniciativa de dar o contrato por resolvido e pedir a devolução das prestações pagas.

As primeiras decisões foram no sentido da impossibilidade, sob a consideração de que não cabe ao inadimplente pleitear a resolução do contrato.

A jurisprudência, contudo, parece haver se firmado em sentido contrário.

Tivemos oportunidade de abordar o tema no julgamento da ApCiv 38.024.4/7 (TJSP, j. 18.6.1998, *Bol. AASP* 2.079). Pedimos vênias para transcrever vários trechos do acórdão, pois a nossa opinião já foi ali manifestada.

a) Mesmo que o inadimplemento seja decorrente de fato imputável ao devedor, a ação pode ser de sua iniciativa. Isto porque a imputação é de mera culpa e não de dolo:

“Mas a imputação é de mera culpa ao contratar. Não há qualquer sinal de dolo por parte dos autores. Resulta claro dos autos que a negativa de pagamento se deu em razão de empecilhos econômicos e não com finalidades escusas de causar dano ao vendedor, ou por mera malícia de não pagar porque não quer, mesmo tendo meios para tanto, sem risco de ruína.

“De qualquer forma, a culpa é suficiente para deixar o devedor em situação de responsabilidade. Mas responsabilidade atenuada, sempre que possível, pois resulta claro de todo o sistema do CDC – e particularmente de seu art. 53 – que um de seus objetivos é evitar que uma aquisição pouco amadurecida possa levar o adquirente ao desastre econômico.”

b) Havendo motivo eticamente justificável, é possível que se declare o inadimplemento antecipado do contrato:

“(…) não se põe o problema da mora, pois o autor estava em dia quando da propositura da ação. Declarando expressa e solenemente que não ia mais pagar, o autor entrou diretamente no estado de inadimplência, sem passar pela mora. Isto terá consequências, como adiante se verá.

“Essa hipótese sempre foi considerada perfeitamente possível, como já anotava Lacerda de Almeida, no começo do século, referindo-se à *refusa expressa e formal do devedor* (Obrigações, § 41, nota 2, *apud* Fortunato Azulay, *Do Inadimplemento Antecipado do Contrato*, Ed. Brasília/Rio, 1977, p. 32).

“O caso dos autos caracteriza situação de inadimplemento antecipado do contrato, figura também utilizada com tranquilidade em outros sistemas jurídicos.

CC/2002) e a indenização por benfeitorias necessárias, as quais podem se compensar com os danos (arts. 517 e 518 do CC/1916; arts. 1.220 e 1.221 do CC/2002); ao possuidor de boa-fé, se reconhece direito de retenção por benfeitorias necessárias e úteis (art. 516 do CC/1916; art. 1.219 do CC/2002); e quanto ao construtor de boa-fé, a lei não reconhece expressamente esse direito. Quanto aos outros pontos – numerosos e importantes – relativos à atribuição da propriedade e ao sistema de indenizações, o tratamento da lei é o mesmo para as hipóteses de benfeitoria e de acessão.²⁶

Acresce-se ainda a circunstância de estarem alguns daqueles casos de divergência sendo harmonizados pela jurisprudência, consoante o professor Silvio Rodrigues.²⁷

Assim não nos parece razoável buscar o fundamento da negativa da perda das construções na distinção entre benfeitorias e acessões, seja porque o tratamento jurídico de ambas, para o caso que nos interessa, é semelhante e submetido aos mesmos princípios, seja porque, no comum dos contratos, a sinonímia entre os dois termos é manifesta.

Melhor é reconhecer que a cláusula que determina a perda pura e simples das prestações pagas e das benfeitorias é leonina, irrita e nula naquilo que contraria as disposições cogentes do art. 26, V, da Lei 6.766/1979 e do art. 412 do CC/2002.²⁸

O CC/2002 manteve a distinção entre os dois institutos – benfeitoria (art. 96) e acessão (arts. 1.248 e 1.253 e ss.). Apenas atendeu às críticas dos autores e, ao substituir o antigo art. 548 pelo atual art. 1.256,

26. O STJ vem dando o mesmo tratamento a ambos os institutos no que diz respeito ao direito de retenção: “Possuidor de boa-fé – Construção – Direito de retenção. Também pelo valor da construção pode o possuidor exercer o direito de retenção. Precedentes do STJ: REsp 739, 28.489 e 31.708. Código Civil, art. 516” [art. 1.219 do CC/2002] (REsp 59.669-6-RS, rel. Min. Nilson Naves, j. 13.6.1995, RSTJ 83/178. V. também, do TJSP, ApCiv 211.673-2, rel. Des. Laerte Nordi, j. 24.6.1993, JTJ 46/79).

27. *Direito...*, cit., n. 177.

28. Esse modo de ver recebeu o beneplácito do STF ao reproduzir trecho de sentença nestes termos: “No entanto, a outra consequência do inadimplemento, alinhada na cláusula transcrita, qual seja, a perda das benfeitorias, encontra obstáculos em disposições legais de ordem pública, que estabelecem consequências diversas. A acessão erguida no imóvel, ineludivelmente, garante aos réus o direito à retenção, ponto que construída de boa-fé”. E conclui o acórdão: “Na espécie, a sentença reconheceu a boa-fé dos réus, que teriam construído com o consentimento do autor. Houve, pelo menos, tolerância eis que este somente ingressou com a ação após dois anos, quando as duas casas estavam construídas” (rel. Min. Djaci Falcão, RTJ 118/1.137).

utilizou-se do termo mais apropriado, ou seja, “acessões”, ao invés do termo “benfeitorias”.

Na linguagem comum, do foro e dos contratos, o uso das expressões certamente continuará indistinto, permanecendo válido, portanto, o raciocínio retrodesenvolvido.

150. Merece uma referência especial o problema do direito de retenção.

No que diz respeito às benfeitorias, a lei é expressa, uma vez que o art. 1.219 do CC/2002 reconhece ao possuidor de boa-fé o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Quanto à retenção pelo valor das acessões, o Código Civil/1916 era omissivo e a omissão foi mantida pelo atual. Diante da omissão muitos entenderam – já que se trata de matéria de direito estrito, vedada interpretação ampliativa – que não seria possível reter-se o imóvel até o pagamento da indenização.

Parece-nos, contudo, que não se pode deixar de reconhecer tal direito a quem realizou acessões, sob pena de se infringirem os princípios que regem ambas as hipóteses, criando situações contraditórias e, portanto, inaceitáveis pelo sistema.

Um reparo ou um reforço na janela de uma casa é – iniludivelmente – uma benfeitoria e a casa propriamente dita é uma acessão. Estranho seria admitir-se direito de retenção para quem consertou ou reforçou a janela e negar esse direito a quem construiu a casa.

Já se encontram decisões sufragando essa tese, como deixou demonstrado o TARS: “Embora não se confundam benfeitorias e acessões industriais, a doutrina e a jurisprudência têm tolerado se exercite, sobre uma e outras, o *jus retentionis*” (RT 458/231). Esse acórdão faz menção a outro do STF, relatado pelo Min. Djaci Falcão, que, com apoio na citada lição de Bevilacqua, confirmou julgado do TJSP, deixando expresso que, “não obstante a distinção técnico-jurídica entre benfeitorias e acessões industriais, na lei e sobretudo na prática é observada. [Sic] O direito de retenção abrange tanto as benfeitorias como as acessões (CPC, arts. 996 e 1.012)” (RTJ 60/719). Os casos acima não se referiam a compromissos de compra e venda, mas a outros casos de possuidores de boa-fé. A tese, contudo, vale também para essa hipótese, pois o compromissário comprador, enquanto não resolvido o contrato, é presumido possuidor de boa-fé.

151. O CC/2002, no art. 1.219, manteve a redação do antigo preceito (art. 516 do CC/1916), omitindo-se, portanto e como foi dito acima, quanto à incidência do direito de retenção no caso das acessões. Por

isso mesmo, foi aprovado na *Jornada de Direito Civil*, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, sob a coordenação científica do Ministro Ruy Rosado, o Enunciado n. 81, a saber: “O direito de retenção previsto no art. 1.219 do CC, decorrente da realização de benfeitorias necessárias e úteis, também se aplica às acessões (construções e plantações) nas mesmas circunstâncias”.

152. Convém, ainda, que se faça menção à denominada cláusula de vencimento contagiante, isto é, aquela cláusula que determina o vencimento da dívida em caso de falta de pagamento de alguma parcela, ou no caso de descumprimento de outra obrigação relevante do contrato. Este assunto, embora fuja ao tema do capítulo, é aqui abordado porque geralmente, na prática e na doutrina, aparece próximo à cláusula de decaimento.

Pontes de Miranda entendeu que tal cláusula não vale no regime do Decreto-lei 58, considerando-a incompatível com a disposição do art. 14 que exige a interpelação para a constituição do devedor em mora com a possibilidade da purgação da mesma.

Essa argumentação vale também para as hipóteses de imóveis não loteados, tendo em vista o regime instituído pelo Decreto-lei 745. Mas a questão ainda apresenta dificuldades.

Não há dúvida de que, seja o imóvel loteado ou não loteado e constando ou não do contrato o vencimento antecipado da dívida, o compromissário deverá ser interpelado para pagar somente a prestação vencida e não toda a dívida.

A dificuldade está em saber se, não atendida a interpelação e constando aquela cláusula, o comprometente vendedor tem alternativa para pedir a resolução do contrato ou para cobrar o preço total.

Nós, que consideramos que o compromisso não se resolve *pleno jure*, conforme foi visto atrás, nos sentimos à vontade para optar pela segunda hipótese, isto é, aquela segundo a qual o comprometente pode optar pela cobrança do preço.

De regra, a opção é pela resolução do contrato por se tratar de medida mais enérgica e de maior conveniência econômica, mas nada impede que se opte pelo outro caminho, principalmente quando há desvalorizações no mercado imobiliário.

Se na compra e venda essa solução é admitida, conforme ensina Pontes de Miranda,²⁹ não deve ela ser negada no caso do compromisso.

29. *Tratado...*, cit., v. 13, § 1.535, n. 6.

Da mesma forma, a cláusula de vencimento antecipado é também permitida nos casos de direitos reais de garantia, consoante o disposto no art. 1.425, III, do CC/2002. Apresentando o compromisso de compra e venda grandes afinidades com aqueles direitos, não afronta, em absoluto, o sistema admitir-se aquela cláusula nos compromissos.

Aliás, é exatamente para facilitar a cobrança do preço que com frequência são emitidos títulos com força executiva.

Esclareça-se, todavia, que, se os títulos forem emitidos *pro soluto*, o compromisso será tido por quitado desde a emissão, não podendo, então, o comprometente optar pela resolução do contrato. Poderá fazê-lo apenas na hipótese de emissão de títulos *pro solvendo*,³⁰ conforme vimos atrás (ns. 132 e ss.).

30. Cf. Acórdão do TJMG, RT 453/198, em que se dá notícia da divergência dos comercialistas quanto aos efeitos do pagamento por meio de cambial.

fortes de um novo estado civil, a verdade é que a união estável escapa naturalmente ao sistema da prova pública, sempre presente nas questões de estado, acabando por afetar gravemente o princípio da segurança jurídica, tão importante nas relações patrimoniais.

Assim, a aquisição em razão da convivência não pode preponderar sobre a aquisição por parte de um terceiro de boa-fé, que não tinha condições de conhecer detalhes da vida pessoal do compromitente, o qual, segundo o Registro de Imóveis, era proprietário único. O direito de propriedade do convivente prejudicado não comporta, por natural limitação da forma como se deu a aquisição, o *jus reivindicandi*, convertendo-se, se for o caso, em direito às perdas e danos contra o outro convivente.

Caso, porém, o terceiro adquirente tiver agido de má-fé, sabendo que o bem pertencia a ambos os conviventes, o negócio deve ser anulado.

Por fim, para aqueles que preferem ver, por força da literalidade do texto do art. 5º da Lei 9.278/1996, na propriedade dos conviventes a figura do condomínio e não da comunhão, será preciso destacar que se trata de um condomínio especial.

É o que faz Orlando Gomes, ao tratar da comunhão de bens, seja universal seja parcial: “Em relação ao patrimônio comum, a situação jurídica dos cônjuges é a de condôminos. Não são proprietários das coisas individualizadas que o integram, mas de fração ideal sobre o conjunto desses bens. Não se trata, porém, de condomínio ordinário, porque nenhum dos cônjuges pode dispor de sua parte, nem exigir a divisão dos bens comuns”.²⁰

171. Os tribunais, ao que me consta, pouco têm sido chamados, por enquanto, a se pronunciarem sobre o tema. Provavelmente porque o convivente prejudicado, antevendo os percalços que enfrentará na alegação de nulidade, prefere exercer desde logo a pretensão indenizatória.

Merece destaque fundado acórdão do 1º TACivSP, de que foi relator o juiz Ary Bauer, com apoio em obras de Cláudia Grieco Tabosa Pessoa e de Marco Antonio Bandeira Scapini: “Não se faz obrigatória a obtenção de outorga uxória para a realização de negócios jurídicos por qualquer uma das partes que vivem em sistema de união estável, uma vez que seus efeitos não são, em regra, oponíveis diante de terceiros”.²¹

20. *Direito de Família*, pp. 174 e 180.

21. 1º TACivSP, AR 1.184.633-2, j. 2.3.2004, RT 826/228.

A CESSÃO, A PROMESSA DE CESSÃO E OUTRAS PROMESSAS

172. O Código Civil/1916 não tinha disposições especiais sobre a transferência do contrato. Tratava apenas da cessão de direitos, nos arts. 1.065 e ss. (arts. 286 e ss. do CC/2002). Mas esse Código não proibia a assunção de dívida e, mais ainda, mandava aplicar os dispositivos reguladores da cessão de crédito à cessão de outros direitos para os quais não houvesse modo especial de transferência.¹ Se era viável a transferência, isoladamente, de direitos e de obrigações, não é de admirar que o nosso sistema jurídico tenha admitido a transferência conjunta desses direitos e obrigações. É o que ocorria com a transferência do próprio contrato ou, por outras palavras, com a cessão da posição contratual.²⁻³

De qualquer forma, diante da inexistência de texto expreso, pareceu-nos, então, de utilidade fazer referência às legislações italiana e portuguesa que tratam dessa matéria expressamente e que são – ao que nos consta – as que maiores subsídios nos podem oferecer.

1. O Código Civil/2002 trata da assunção de dívida nos arts. 299 a 303.

2. Cf. Dimas de Oliveira Cesar, *Estudo sobre a Cessão de Contrato*, São Paulo, 1954, apud Silvio Rodrigues, *Direito...*, cit., v. 2: Parte Geral das Obrigações, Livro IV: Da Transmissão das Obrigações.

Diz o professor Silvio Rodrigues: “Efetivamente, a cessão do contrato, ou melhor, a cessão de situações contratuais, consiste na transferência da inteira posição ativa e passiva do conjunto de direitos e obrigações de que é titular uma pessoa, derivados de um contrato bilateral já ultimado, mas de execução ainda não concluída” (p. 317).

3. Carlos Alberto da Mota Pinto prefere a expressão tradicional “cessão de contrato”. Mas ressalva: “É certo, porém, ser secundária esta questão terminológica, sendo, aliás, indiscutível o rigor e inequivocidade da expressão proferida (pela lei portuguesa): ‘cessão da posição contratual’” (*Cessão da Posição Contratual*, p. 76).

Sobre o CC/2002, veja-se o n. 181, adiante.

Segundo o art. 1.046 do Código italiano, qualquer das partes pode se fazer substituir por um terceiro nas relações derivadas de um contrato com prestações correspectivas, se estas não foram já realizadas, e desde que haja aquiescência do outro contraente.

Diz ainda o artigo seguinte, entre outras coisas, que, se estiver inserida no documento a cláusula “à ordem”, ou outra expressão equivalente, o endosso do documento produzirá a substituição da parte, ficando o endossado na posição do endossante.

Vê-se, portanto, que o sistema italiano exige, para a caracterização do instituto, que o contrato cedido seja de prestações correspectivas e que o contrato não tenha ainda sido executado.

O Código português regula a matéria de forma muito semelhante, a saber:

“Art. 424 – 1. No contrato com prestações recíprocas, qualquer das partes tem a faculdade de transmitir a terceiro a sua posição contratual, desde que o outro contraente, antes ou depois da celebração do contrato, consinta na transmissão.

“2. Se o consentimento do outro contraente for anterior à cessão, esta só produz efeitos a partir da sua notificação ou reconhecimento.”⁴

Por aí se vê que também o direito português exige o consentimento da outra parte (do *contraente ceduto*, na terminologia italiana) como requisito da cessão do contrato.⁵

173. Esses subsídios encontrados nos Códigos italiano e português parecem-nos bastante pertinentes aos casos comuns de cessão de contra-

4. Comentando esse artigo, dizem Pires de Lima e Antunes Varela: “A cessão da posição contratual (a propósito da qual se fala também em ‘cessão do contrato’ ou ‘assunção do contrato’) distingue-se da cessão ou transmissão dos créditos ou das dívidas, pois tem por conteúdo a totalidade da posição contratual, no seu conjunto de direitos e obrigações (...)”.

Não havendo prestações recíprocas, “não pode haver cessão da posição contratual, mas somente transmissão de créditos ou de dívidas. Para que haja cessão da posição contratual distinta desta transmissão, é necessário que do contrato resultem créditos e dívidas para ambas as partes” (*Código Civil Anotado*, v. 1, p. 281).

5. É o que também se depreende do ensinamento de Galvão Telles:

“Sendo assim, nada se opõe a que uma das partes, obtido o consentimento da outra, transmita ao mesmo tempo direitos e obrigações, fazendo ingressar terceira pessoa na sua posição perante o contrato.

“A transmissão dos direitos e obrigações tem de ser *simultânea e coordenada*, para se não romper o necessário equilíbrio contratual” (*Manual...*, cit., p. 366).

to no direito brasileiro. Aliás, esses mesmos elementos estão presentes na construção doutrinária feita por Orlando Gomes.⁶

Contudo, no caso específico da cessão do compromisso de compra e venda, muitas e relevantes são as ressalvas que devem ser feitas na utilização daqueles subsídios.

Isso porque a cessão do compromisso mais se equipara àquela que Messineo chama *cessione impropria*, ou seja “*cessione del contratto a mezzo di atto unilaterale, o in forza di legge*”: “*Abbiano veduto que cessione di contratto è quella che ha luogo soltanto in forza di negozio plurilaterale: nel senso che il terzo, estraneo al contratto, non può subentrare in esso, senza la volontà del contraente cedente e senza l’assenso del ceduto. Quando avviene, invece, che il contratto passi nella sua interezza (lato attivo e lato passivo) a un soggetto nuovo, senza la volontà, o l’intervento dei due originari contraenti, si avrà un’impropria cessione di contratto; alla quale, como tale, non si applicano di peso le norme che regolano i rapporti fra cedente e ceduto (1.408), fra ceduto e cessionario (1.409), e fra cedente e cessionario (1.410), perchè esse pressuppongono un atto volontario (bilaterale o plurilaterale)*”.⁷

Com efeito, na cessão de compromisso de compra e venda no direito brasileiro é dispensável o consentimento do compromitente vendedor. Mesmo sem a manifestação de vontade deste e até contra a sua vontade pode-se dar a cessão do contrato por parte do compromissário comprador. É o que veremos adiante.

174. Em relação aos casos de imóveis loteados, tínhamos e temos lei (Decreto-lei 58/1937, art. 13). Reza o art. 31 da Lei 6.766/1979:

“O contrato particular pode ser transferido por simples trespasse, lançado no verso das vias em poder das partes, ou por instrumento em separado, declarando-se o número do registro do loteamento, o valor da cessão e a qualificação do cessionário, para o devido registro.

“§ 1º. A cessão independe da anuência do loteador, mas, em relação a este, seus efeitos só se produzem depois de cientificado, por escrito, pelas partes ou quando registrada a cessão.

“§ 2º. Uma vez registrada a cessão, feita sem anuência do loteador, o oficial do registro dar-lhe-á ciência, por escrito, dentro de 10 dias.”

Esse artigo diz respeito à cessão de direitos e de obrigações por parte do compromissário comprador. Para a cessão por parte do compro-

6. *Contratos*, cit., p. 173.

7. *Il Contratto...*, cit., p. 40.

mitente vendedor deve-se atentar para os arts. 25 e 19 da Lei 6.766/1979, que correspondem aos arts. 5º e 9º do Decreto-lei 58, conforme adiante se verá.⁸

A falta de assentimento do compromitente vendedor traz como consequência a permanência do vínculo com o compromissário comprador. A cessão, no caso, não libera o cedente, ficando este e o cessionário responsáveis junto ao outro contratante.

Efetuada a cessão mediante o trespasse lançado no verso da via do contrato em poder do compromitente vendedor, tem-se que este anuiu na cessão, restando liberado o compromissário comprador-cedente.

Esse trespasse funciona sob forma “semelhante ao endosso”, consoante os dizeres de Orlando Gomes.⁹ Mas deve conter o preço pelo qual o contrato foi cedido, salvo se ele estiver evidenciado pelas circunstâncias do caso.¹⁰ A necessidade de outorga uxória está prevista na lei: art. 18, § 3º.

175. Os casos de imóveis não loteados apresentam maiores dificuldades.

O primeiro raciocínio sugere que, não havendo normas especiais, deve-se aplicar o direito comum, embora este, do ponto de vista legislativo, regule a matéria de modo insuficiente, como vimos no n. 172, retro.

De qualquer forma, segundo as regras do direito comum, a cessão do compromisso por parte do compromissário comprador dependia, em princípio, da anuência do compromitente vendedor. Isto porque essa cessão normalmente envolve transferência não só de direitos, mas também de obrigações, não só de créditos, mas também de débitos, sendo, então, de exigir-se, neste último caso, a concordância do credor.

Daí haverem os autores entendido que a cessão de compromisso dependia da anuência do compromitente vendedor.¹¹

Assim também entendeu a jurisprudência durante certo tempo.¹²

8. Cf. Pontes de Miranda, *Tratado...*, cit., § 1.483, 5.

9. *Contratos*, cit., p. 178.

10. Wilson Batalha, citando Waldemar Ferreira, entende que, embora sem exigir forma especial, o trespasse deve conter, como medida acauteladora, a quitação do preço pelo qual o contrato foi cedido (*Loteamentos...*, cit., p. 369).

11. Wilson Batalha, *Loteamentos...*, cit., p. 392.

12. “Em relação ao cedente e ao cessionário a cessão produz os seus efeitos, desde que é celebrada. Mas em relação ao devedor não pode ela ter eficácia senão depois que este a conhece.

A evolução se fez a partir da admissão da simples promessa de ceder, que ao tempo só gerava efeitos pessoais,¹³ para em seguida admitir a cessão quando não proibida expressamente,¹⁴ e reconhecer ao cessionário o direito de consignar em pagamento, havendo recusa do promitente vendedor.¹⁵

Finalmente, admitiu-se a cessão, mesmo sendo esta proibida pelo contrato: “Processada a cessão e transferência de direitos de compromisso de compra e venda à revelia do promitente vendedor, tal ato não importa na sua nulidade, mas sim na responsabilidade solidária do cedente e do cessionário, pelos débitos para com o promitente vendedor” (2ª TACivSP, 6ª Câ., rel. Juiz Novaes de Andrade, v.u., RT 468/160).¹⁶

Esse acórdão cita a lição do preclaro Arnoldo Wald, lição esta que tem estado cada vez mais presente nos debates em torno do tema: “O promitente comprador pode ceder os seus direitos mesmo sem o consentimento do promitente vendedor, mas nesta hipótese haverá responsabilidade solidária do cedente e do cessionário em relação ao débito existente para com o promitente vendedor”.¹⁷

“A cessão do compromisso de compra e venda de imóvel não loteado depende de anuência do promitente vendedor” (TJSP, 2ª Câ. Civ., j. 6.12.1966, v.u., RT 385/166).

13. “Não implica violação do *pacto de non cedendo*, constante de compromisso de compra e venda, a promessa de cessão e transferência do contrato feita pelo promitente comprador a terceiro sem a anuência do promitente vendedor. A promessa é simples contrato preliminar, ao qual é estranho o promitente vendedor, podendo o promitente comprador estabelecer as condições e obrigações que entender” (TASP, 1ª Câ. Civ., RT 297/585).

14. “Integrados nos direitos decorrentes de compromisso de compra e venda de imóvel não dependem os compromissários compradores de autorização dos promitentes vendedores, para efetivarem cessão dos mesmos direitos, quando o documento originário não lhes impunha essa restrição de direito” (TJPR, Câmaras Cíveis Reunidas, RT 377/351).

15. “O cessionário de compromisso de compra e venda tem legítimo interesse para efetuar o pagamento de prestações devidas pelo cedente ao promitente vendedor” (TJSP, 6ª Câ., RT 387/104).

16. Ainda: “É lícita a transferência de compromisso de venda e compra de imóvel não loteado, com pagamento a prestações, feita sem o consentimento escrito do promitente vendedor, e não obstante cláusula proibitiva em contrário” (TJSP, 1ª Câ. Civ., rel. Felizardo Calil, RT 389/149).

“Cessão – Irrelevância da anuência do promitente vendedor nas cessões quando já recebeu a totalidade do preço, do primitivo compromissário” (TJSP, Ap 263.741-2, rel. Des. Quaglia Barbosa, j. 5.9.1995, v.u.).

17. *Obrigações...*, cit., p. 254.

Creemos ser este o estágio da doutrina e da jurisprudência em torno do tema.

O que se viu, então, foi a extensão do disposto no § 1º do art. 13 do Decreto-lei 58, para os casos de imóveis não loteados, ampliando o campo de incidência dessa regra.

Não deixa de causar um certo constrangimento essa interpretação extensiva da lei em matéria de solidariedade, pois esta, diante dos termos categóricos do art. 265 do CC/2002 não pode ser presumida e só resulta da lei ou da vontade das partes. E, tratando-se de compromisso de compra e venda, só existe previsão legal no caso de imóvel loteado.

Seja como for, é de se aplaudir esse rumo da jurisprudência. Na verdade, a crítica que a ela se pudesse fazer se reduziria a uma questão de palavras, pois talvez não se trate mesmo de um caso de solidariedade.

O fato é que, sendo o compromitente vendedor – fundamentalmente – titular apenas de um crédito, não é razoável permitir que ele crie embaraços ao recebimento de seu próprio crédito.

Se o compromissário, por qualquer motivo, cede sua posição contratual à revelia do compromitente e o cessionário se propõe a pagar, não há prejuízo algum para o compromitente (que muitas vezes está simplesmente à espera de um pretexto para desfazer o contrato). Se até mesmo ao terceiro não interessado a lei reconhece, em certas circunstâncias, o direito de pagar, conforme preceituado no parágrafo único do art. 304 do CC/2002, com maior razão se deve reconhecer esse direito ao cessionário do compromisso.

Tal modo de ver, entretanto, não faz encontrar, no caso, solidariedade entre cedente e cessionário perante o compromitente vendedor. Diante deste, que não anuiu na cessão, o cessionário é sempre um terceiro que apenas tem o direito de pagar.

De qualquer forma – repita-se – não se pode deixar de aplaudir o rumo da jurisprudência e o setor da doutrina que admitiu a cessão do compromisso pelo compromissário e à revelia do compromitente. Essa é a tese que melhor se coaduna com os estudos mais recentes sobre o assunto. Diz o professor Silvio Rodrigues, com a elegância de sempre:

“Uma hipótese, contudo, me parece existir em que a cessão de débito devia ser admitida, mesmo sem a anuência do credor, e na qual o instituto oferecerá conveniência não alcançável pela novação. Apresenta-se nos casos de débitos assegurados por garantia real de comprovada eficácia, como quando o valor da garantia é de muito superior ao débito.

“Em tais circunstâncias deve a lei permitir a cessão por mero acordo entre devedor e cessionário, pois a posição do credor não encontra outro esteio que não seu capricho, visto que seu interesse não sofre ameaça, por força da excelência da garantia.”¹⁸

É o que acontece com a quase totalidade dos casos de compromisso de compra e venda, nos quais o pagamento do saldo do preço a prazo fica tranquilamente garantido pelo valor do imóvel.

Fica ainda a observação de que é absolutamente ilegal a cobrança de qualquer taxa pela concordância na cessão do compromisso, seja o imóvel loteado ou não.

Se existe o direito de transferir, é natural que o direito pode ser exercido sem qualquer ônus. Hoje em dia, somente as imobiliárias inidôneas insistem nesse tipo de exploração de incautos.¹⁹

176. Havendo ocorrido a extensão da norma do § 2º do art. 13 do Decreto-lei 58 às hipóteses de imóveis não loteados, é de se indagar se terá também ocorrido a extensão da primeira parte da norma do *caput* desse mesmo artigo, ou, por outras palavras, se é hoje permitido ceder o compromisso de compra e venda de imóvel não loteado “por simples trespasses lançado no verso das duas vias do contrato”.

Entendemos que não é possível.

É de se recordar conhecido ensinamento de Serpa Lopes: “Quando o Decreto-lei 58, no seu art. 22, mandou aplicar os seus princípios às promessas de compra e venda de imóveis não loteados, visou exclusivamente a atribuição de direito real, e tornar clara a sua execução compulsória. E tanto assim foi que a sua nova redação, resultante do art. 1º da Lei 649, de 1949, não dá essa extensibilidade, e reduz os efeitos (...) com sua inscrição, fica autorizada a execução compulsória e a sua oponibilidade a terceiro, pelo caráter de direito real que lhe atribui. Destarte,

18. *Direito...*, cit., p. 316.

19. Nesse sentido decidiu o TJSP: “Contrato – Compromisso de venda e compra de imóvel e contrato de construção de condomínio edifício – Taxa de transferência – Previsão contratual no valor de 5% do negócio – Exigência da incorporadora, a título de remuneração de anuência desnecessária – Inadmissibilidade – Abuso do poder econômico – Aumento arbitrário de lucro – Ação julgada improcedente – Provedimento ao recurso para esse fim – Inteligência do art. 160, V, da CF de 1967.

“Constitui abuso do poder econômico a cobrança de taxa que, não guardando, no seu valor excessivo, correspondência com o custo nem com a utilidade objetiva da prestação do ato, o incorporador de condomínio edifício imponha, em cláusula de negócio jurídico de adesão, como condição de sua anuência, aliás desnecessária, à cessão dos direitos e obrigações contratuais” (Ap 61.809-4, rel. Des. Cezar Peluzo, j. 16.3.1999).

não é possível transferir um contrato de promessa de compra e venda de imóvel não loteado por simples trespasse (art. 13 do Decreto 3.079), nem aplicar-lhe as regras de purgação da mora ou o processo de sua rescisão previstos no citado decreto”.²⁰

Essa lição continua perfeitamente atual, no que se refere aos três últimos pontos, inclusive quanto ao “trespasse”, que é o que nos interessa no momento.

Evidentemente, se a cessão se formaliza no verso de uma das vias do contrato e contém todos os elementos essenciais desse negócio jurídico, essa cessão não pode deixar de ser válida e eficaz.

O que achamos inviável é cessão à moda de endosso, na qual nem consta o preço.

Não podemos esquecer nunca que estamos no campo dos negócios imobiliários, os quais, para maior segurança das partes e regularidade dos registros, exigem sempre maiores rigores de forma.²¹⁻²²

20. *Curso de Direito Civil*, 1954, v. 3, p. 210, *apud* Wilson Batalha, *Loteamentos...*, cit., p. 391.

21. Carlos Alberto Mota Pinto, ao examinar, no Direito português, a viabilidade da inserção da cláusula *à ordem*, assim se manifesta: “Uma forma especial de prestação preventiva do consentimento na transmissão da posição contratual será a inserção, no documento do contrato, da cláusula *à ordem*. Nesta hipótese, expressamente prevista no Código italiano (art. 1407, n. 2), mas omitida no nosso recente Código Civil, torna-se desnecessária para a eficácia da cessão a notificação do contrato cedido, bastando o simples endosso do documento. Nada parece opor-se ao reconhecimento desta forma de actuar a cessão do contrato, entre nós, pois a inserção da cláusula deve ser interpretada como renúncia à notificação da cessão, notificação exigível, em princípio, nos casos de consentimento preventivo. É óbvio, porém, que, ao admitir uma transmissão por endosso dos contratos aos quais foi aposta a cláusula *à ordem*, estamos apenas a aceitar uma certa forma de realizar a cessão, sem que de modo algum sujeitemos o documento contratual ao regime de autonomia, abstração e literalidade dos títulos de crédito” (*Cessão...*, cit., p. 72).

22. O STF considerou válida cessão de direitos subscrita apenas pelo marido e sem indicação de preço. Mas se tratava de negócio muito especial, entre irmãos, em que um assumiu dívida do outro. Do acórdão constou: “Como se vê, o aresto impugnado se valeu de duas considerações (a propósito da falta de preço): a cessão poderia ter sido gratuita e, então, não haveria necessidade, nem mesmo possibilidade, de menção de preço. Se onerosa, o preço haveria de corresponder ao montante da dívida do cedente perante o cessionário, aliás irmãos, situação em que os negócios dessa espécie não são inusitados” (rel. Sydney Sanches, *RJTJSP* 117/1.246).

De qualquer maneira, deve-se ressaltar que o rigorismo para a forma e prova da cessão e do respectivo pagamento é menor do que para o compromisso propriamente dito. O 1º TACivSP, julgando ação de adjudicação compulsória, movida pelo último cessionário do compromisso, deixou assentado: “Tampouco se justifica a compro-

Nos casos de imóveis loteados, justifica-se o trespasse, pois além de haver previsão legal, o contrato padrão e o próprio projeto de loteamento estão registrados em cartório e a lei regula minudentemente a operação, deixando âmbito mais estreito para as convenções das partes.

177. Convém também lembrar que a razão maior da difusão²³ da cessão do contrato ou da posição contratual²⁴ tem sido encontrada “na ideia de que o contrato, sendo *valor econômico*, pode ser transferido como uma coisa”.²⁵

O contrato é considerado como “um valor econômico autônomo, passível, portanto, de circular como qualquer outro bem econômico”.²⁶

vação de pagamento de preço das sucessivas cessões, pois tal prova não se exige em ações dessa natureza. Basta a prova de quitação do preço no negócio jurídico realizado com o cedente e essa prova foi produzida” (ApCiv 326.245-SP, rel. Nelson Schiavi, com votos vencedores de José Osório e Souza Lima).

23. O prestígio da cessão dos direitos do cessionário continua: “Também cabem embargos de terceiro ao cessionário de promessa de venda, imitado na posse” (STJ, 3ª T., REsp 5.435-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 16.4.1991, v.u., *DJU* 6.5.1991, p. 5.664, in Theotonio Negrão, *Código de Processo Civil...*, cit., nota 12 ao art. 1.046).

O cessionário pode opor seus direitos na ação de resolução do compromisso: “Ação de resolução de contrato de promessa de compra e venda – Ação de oposição, ajuizada por cessionário do promitente comprador – Tema de legitimidade passiva *ad causam* na ação principal. O cessionário não é pessoa estranha à relação jurídica de direito material entre promitente vendedor e promitentes compradores, quando os fatos da causa, tais como postos pelo aresto recorrido, indicam o oponente como sendo o real interessado, desde o início, na aquisição do imóvel rural” (STJ, 4ª T., REsp 4.767-RJ, rel. Min. Athos Carneiro, j. 21.5.1991, v.u., *DJU* 10.6.1991, p. 7.852, in Theotonio Negrão, nota 3-A ao art. 56 do *Código de Processo Civil...*, cit.).

24. Sobre o alcance da cessão da posição da posição contratual, convém dar notícia de interessante julgado do TJSP:

“Contrato – Cessão sem ressalvas – Direito, ação e pretensão de anular o negócio, por vícios de consentimento – Transmissão automática – Legitimação consequente do cessionário para a ação de anulação – Preliminar de ilegitimidade *ad causam* repelida – Voto vencido.

“A cessão do contrato, ou da posição contratual, sem ressalva, importa transmissão automática, ao cessionário, de todos os direitos, ações e pretensões do cedente, inclusive os de anular o negócio cedido por vícios de consentimento.

“Compromisso de venda e compra – Imóvel em construção – Aditamento lesivo aos interesses do promissário – Ato viciado por dolo e coação da incorporadora – Ratificação tácita não ocorrente – Anulação decretada – Improvimento ao recurso da ré – Inteligência do art. 150 do Código Civil [art. 174 do CC/2002] – Voto vencido” (ApCiv 34.167-4, rel. Cezar Peluzo, j. 20.10.1998).

25. Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 171.

26. Andreoli, *La Cessione del Contrato*, trad. esp., Madri, 1956, p. 3, n. 1 *apud* Silvio Rodrigues, *Direito...*, cit., p. 318.

Ora, o compromisso de compra e venda apresenta peculiaridades importantes que não podem deixar de ser consideradas ao tratar de sua cessão. Trata-se de contrato que vai acarretar a transmissão fatal da propriedade imobiliária e que, sendo registrado, confere desde logo direito real ao compromissário. Ao se ceder um compromisso, não se está encarando esse contrato como um “valor econômico autônomo”, como um título de crédito. O que se pretende é adquirir a propriedade de um bem imóvel. E, estando pago o preço, a cessão equivalerá à transmissão de todos os poderes inerentes ao domínio. A cessão, no caso, equivale à venda.²⁷

Não nos parece que, na atual fase de evolução de nosso direito imobiliário, e não havendo permissão expressa de lei, se possa tolerar a transmissão de imóvel não loteado por meio do chamado *trespasse* do compromisso.

178. A cessão do crédito por parte do compromitente vendedor, que ainda tem parte do preço a receber, é plenamente viável, e o fato ocorre com relativa frequência.

Dificuldades surgem, entretanto, nessa matéria, pois muitas vezes não se sabe se houve mera cessão de crédito, reservando-se ao cedente-compromitente-vendedor a obrigação de outorgar a escritura definitiva; ou se houve autêntica cessão da posição contratual, desvinculando-se o cedente inteiramente do negócio anterior e transmitindo para o cessionário também a obrigação de outorgar escritura.

A questão é espinhosa e de muita repercussão prática, pois, verificada a cessão e inadimplente o compromissário comprador, poderá o novo credor (o cessionário) pleitear a resolução do contrato ou só lhe resta cobrar o crédito?

No regime do Decreto-lei 58/1937, que não difere nesse ponto do da Lei 6.766/1979, a 4ª Câmara do Tribunal de Justiça da Guanabara, por maioria de votos, entendeu que a resolução do contrato não é viável: “Não é suscetível de cessão o direito do proprietário de pedir a rescisão do contrato de promessa de venda, por inadimplemento do promitente comprador. A cessão só é possível no tocante ao direito de receber a parte do preço que restar pagar, acrescida de juros e outras penalidades pactuadas ou legais, não ao de rescindir o contrato e abolir, consequentemente, o próprio crédito transferido” (RT 457/242).

Por outras palavras, entendeu o acórdão que, em caso de compromisso de compra e venda, é possível a cessão do crédito, mas não a cessão da posição contratual.

27. Para maior desenvolvimento da matéria, cf. Barbosa Lima Sobrinho, *As Transformações...*, cit., pp. 145 e ss.

O STJ manteve esse rumo: “A cessão do crédito relativo às prestações a serem pagas pelo promitente comprador, não envolvendo a cessão do pré-contrato, não retira a legitimidade do promitente vendedor para pleitear a rescisão” (REsp 163.599-SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, j. 27.4.1998, DJU 15.6.1998).

179. O que pensamos sobre a questão é que a cessão da posição contratual, ou cessão do contrato, por parte do compromitente vendedor, nos casos de imóvel loteado, é submetida ao regime previsto no art. 29 da Lei 6.766/1979, que prevê a venda da propriedade loteada, conforme é abordado no n. 180 adiante.

Se se trata de imóvel não loteado, entendemos que a cessão da posição contratual, na realidade, não é possível. O compromitente só pode ceder aquilo que ele tem, não mais do que isso, tanto do lado ativo como do passivo, isto é, tanto seus direitos como suas obrigações.

Entre seus direitos estão os seus créditos e a parte residual do domínio, isto é, o que ainda sobrou de seus direitos de proprietário. Isso significa que o compromitente estará também cedendo parcela do próprio domínio, estará transmitindo direito real, *estará vendendo* (ou doando) o imóvel, respeitado, evidentemente, o direito do compromissário comprador. Estará também cedendo os direitos às ações e pretensões que acompanham os direitos cedidos.

Em tais circunstâncias, a cessão do contrato, se onerosa, tem que ser havida como compra e venda do imóvel e tem que ficar submetida ao regime desta, inclusive quanto aos requisitos de forma, de tributação e de registro imobiliário. Se gratuita, ao regime da doação, obedecidos os mesmos requisitos.

Em princípio, teria, então, o cessionário legitimidade para mover ações de rescisão do compromisso cedido. E seria ele, cessionário, quem deveria outorgar a escritura definitiva da venda.

Mas, para tal sistema funcionar, seria preciso que a escritura pública de cessão da posição contratual fosse regulamentemente registrada, o que nos parece extremamente difícil de ser obtido.

Mesmo considerando como não exaustiva a relação prevista pelo art. 167 da Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), em conformidade com o ensinamento da mais abalizada doutrina²⁸ e com apoio no art. 172, a pretensão de registro encontraria, na prática, obstáculos decorrentes da inexistência de previsão legal considerando a cessão como título

28. Walter Ceneviva, *Lei dos Registros Públicos Comentada*, p. 350; Waldir Pontes, *Registro de Imóveis*, cit., p. 58.

translativo de domínio imobiliário. Quando a Lei de Registros Públicos se refere à cessão do compromisso (ns. 9, 18 e 20 do inciso II do art. 167), tem em vista apenas a constituição de direito real em favor do compromissário. Jamais se cogitou, ao que se saiba, da cessão do compromisso, pelo compromitente, como ato de transferência do domínio, ou do que sobrou dele, domínio.

Sem tal transferência, o cessionário não poderá, por força própria, outorgar a escritura definitiva ao compromissário comprador. E no caso de ter sido admitida e ter sido julgada procedente ação de resolução por falta de pagamento, movida pelo cessionário, a reaglutinação dos poderes do domínio (que estavam destacados em favor do compromissário) haverá de fazer-se na pessoa do compromitente-cedente.

Ainda uma observação. A cessão da posição contratual pelo compromitente só teria eficácia perante o compromissário em caso de concordância (ainda que tácita, mas inequívoca) por parte deste. É que tal cessão abrangeria, além dos créditos, também as dívidas, ou seja, também as obrigações, entre as quais sobreleva a de outorgar a escritura de venda. E em matéria de cessão de obrigação, é dogma a exigência da participação do credor. Com efeito, pode, por um motivo ou outro, inclusive de ordem subjetiva ou de ordem prática, não ser conveniente ao compromissário ter de exigir obrigações contra, quem não é seu contratante.

Em suma, entendemos que o compromitente pode ceder seus créditos, mas, diante da sistemática da transmissão imobiliária entre nós, não pode ceder o contrato como um todo.

Do ponto de vista prático, as dificuldades podem ser contornadas, dependendo das conveniências dos interessados, através da cessão dos créditos e de outorga de procuração ao cessionário para representar o cedente em ações de resolução, outorga de escritura definitiva e cumprimento de outras obrigações.

Também parece razoável – tendo em vista a exigência de se proteger a boa-fé bem como a necessidade de superar impasses – admitir-se, bem observadas as demais circunstâncias do caso, que a cessão dos créditos esteja a incluir mandato tácito do cedente para o cessionário formalizar e ultimar o negócio com o compromissário.

180. A Lei 6.766/1979 prevê, no art. 29, o qual não difere substancialmente do art. 9º do Decreto-lei 58, que o adquirente da propriedade loteada sucede ao transmitente em todos os seus direitos e obrigações, ficando obrigado a respeitar a todos os compromissos anteriores.

O legislador parece ter tido em vista a hipótese de alienação de um loteamento em andamento, em que existem lotes compromissados e lotes livres. Nesses casos, não há dúvida de que o adquirente sucederá integralmente ao compromitente, podendo propor as competentes ações de resolução dos contratos dos compromissários inadimplentes, bem como outorgar as escrituras aos adimplentes.

A matéria não oferece dificuldades, pois se trata de sucessão *causa mortis* comum ou de compra e venda comum, cujo título será registrado normalmente com relação aos lotes livres; e, no que concerne aos lotes comprometidos, com ressalva dos direitos dos compromissários compradores.

181. Não me parece que as observações retro (ns. 179 e 180) sejam infirmadas pelo Código Civil de 2002, que traz disposição sobre o tema ao mencionar, no art. 1.418, que o compromissário comprador pode exigir escritura de venda, ou mover ação de adjudicação do imóvel, tanto contra o promitente vendedor como contra os terceiros a quem os direitos do promitente tenham sido cedidos.

Não é fácil compreender o alcance da disposição.

O Código quase nada alterou a propósito da cessão de crédito. Apenas acrescentou um capítulo sobre a “assunção de dívida” – arts. 286-298 e 299-303, deixando de abordar, de forma expressa, o tema da cessão da posição contratual, ao contrário do que fez o Código Civil português (arts. 424º-427º), o qual serviu de inspiração para o nosso em tantas passagens.

Mas ao afirmar que o compromissário comprador pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste tenham sido cedidos, a outorga da escritura definitiva, o Código está prevendo a hipótese de cessão da posição contratual e não a mera cessão de crédito.

Por certo, o compromitente vendedor só pode ceder – sem concordância da outra parte, o lado ativo –, a parte positiva da relação obrigacional, ou seja, o crédito. Para ceder débito, evidentemente há necessidade de concordância por parte do credor e do terceiro que assume o débito (art. 299).

Ora, na cessão da posição contratual, a cessão se faz em bloco, abrangendo, “na sua unidade, o *complexo* de direitos e obrigações que a formam”. Por isso mesmo, “a cessão da posição contratual tem de ser *consentida pela outra parte*”,²⁹ como previsto pelo art. 424º do CC por-

29. Galvão Telles, *Manual dos Contratos em Geral*, pp. 454-455.

tuguês, porquanto o outro contratante original (que se costuma chamar *cedido*) vai ter que se haver com um estranho, cujo nome e domicílio podem ser desconhecidos do adquirente.

Como já foi antes, o compromisso de compra e venda, enquanto não plenamente executado, o lado positivo, os direitos do compromitente, constituem o crédito contra o compromissário, bem como o *direito de propriedade* sobre o imóvel. A tal cessão por parte do compromitente apresentará, então, natureza de um inesperado título translativo de propriedade.

Quanto ao outro lado, o negativo, constitui a dívida que o compromitente tem para com o compromissário, ou seja, a obrigação de outorgar a este a escritura definitiva de venda e compra. Ora, uma dívida só pode ser assumida por outrem mediante o consentimento expresso do credor, consoante determina o mencionado art. 299 do CC/2002.

Em suma, parece-me, s.m.j., inócuo e inaplicável a previsão de exigência de adjudicação compulsória “contra os terceiros a quem os direitos do promitente tenham sido cedidos”. A não ser que se dê ao texto larga interpretação, a ponto de o terceiro ser considerado um simples mandatário do compromitente para o fim de outorgar a escritura. Caso contrário, o Fisco pode vir a exigir o correspondente imposto sobre a transmissão do compromitente para o cessionário e o Registro de Imóveis encontrará empecilhos, talvez intransponíveis, para formalizar a transmissão do direito de propriedade do compromitente.

O que parece razoável é compromitente-cedente e cessionário se utilizarem do instituto do mandato para a outorga da escritura diretamente ao compromissário comprador.

182. O compromisso, ou promessa, de permuta está sujeito às mesmas regras do compromisso de venda e compra. Embora não haja disposição expressa nesse sentido, os tribunais assim o admitem.³⁰ Aliás, no que diz respeito a incorporações imobiliárias, existe disposição expressa, qual seja a do art. 32, “a” da Lei 4.591/1964, que, em combinação com o art. 39, vai às últimas consequências, permitindo até a promessa de permuta de terreno com coisa futura, isto é, com unidades que ainda vão ser construídas.³¹

30. Rel. Rafael Mayer, RTJ 93/383. Ainda: RT 331/165 e RT 332/640.

31. J. Nascimento Franco e N. Gondo bem enfrentaram a questão: “Desde que irrevogável e irretroatável, a promessa de permuta tem efeitos jurídicos da promessa de venda e compra, para os efeitos de incorporação imobiliária. Em face do disposto no art. 1.164 do CC, [art. 533 do CC/2002] que manda aplicar à permuta as dispo-

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) não prevê expressamente o registro da promessa de permuta. Tendo em vista, contudo, as enormes afinidades entre a permuta e a compra e venda, que levaram o Código Civil a mandar aplicar àquela as disposições desta (art. 533 do CC/2002), não têm havido maiores obstáculos, ao que nos é dado saber, para o registro e normal utilização de tal instrumento jurídico.

183. A promessa de dação em pagamento é perfeitamente viável, submetendo-se, no que couber, ao regime do compromisso de compra e venda. Trata-se de decorrência do disposto no art. 357 do CC/2002, segundo o qual “determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda”.

Ainda na vigência da antiga Lei de Registros Públicos (Decreto 4.857/1939), preponderou esse entendimento, consoante se vê de conhecido aresto do Tribunal de Justiça do antigo Distrito Federal em que se concluiu:

“Fora de dúvida, portanto, pela própria lei e por seus mais autorizados comentadores que a dação em pagamento deve constar do Registro Público. Decorre, daí, que se a promessa de compra e venda está sujeita à averbação, art. 22 do Decreto-Lei 58/1937, a promessa de dação em pagamento, em que se estipulou preço, na forma do art. 996 do CC, [art. 357 do CC/2002] deve, também, ser registrada. Há dois dispositivos legais que a autorizam: art. 996 do CC [art. 357 do CC/2002] e o art. 22 do Decreto-lei 58/1937, que manda averbar as promessas de venda.

“Não se lhe poderia opor o Regulamento n. 4.857/1939, que é um simples regulamento. A omissão do regulamento não pode tirar eficácia a disposições legais que, por sua natureza, por seus efeitos, por sua finalidade, afinam no sentido de permitir-se a averbação das promessas de dação em pagamento, quando ela preencher os requisitos da compra e venda.”³²

sições referentes à compra e venda, os Tribunais de há muito vêm reconhecendo perfeita similitude entre a promessa de venda e compra e a promessa de permuta, de sorte que, nesse ponto, a Lei 4.591 veio consagrar critério já adotado em situações análogas. A novidade da Lei de Incorporações, conforme atrás salientado (...), consistiu na legalização da promessa de coisa existente por coisa futura, visto como até então só se entendia possível a permuta ou promessa de permuta de coisas existentes” (*Incorporações Imobiliárias*, n. 23). No mesmo sentido, Valmir Pontes, *Registro de Imóveis*, cit., p. 38, nota 23.

32. Rel. Raul Camargo, *apud* Serpa Lopes, *Tratado...*, cit., v. 3, pp. 233-234.