

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: DA METÁFORA DOS “PLANOS JURÍDICOS” ÀS SUAS REPERCUSSÕES EFICACIAIS

REAL ESTATE INCORPORATION: “LEGAL PLAN” METAPHOR AND EFFECTIVENESS ISSUES

Noel de Oliveira Bastos^{*}
Noel Pinheiro Bastos^{**}

RESUMO: O estudo em apreço pretende discutir o instituto da incorporação imobiliária com fulcro na metáfora extraída da teoria ternária de Pontes de Miranda, consubstanciada nos “planos jurídicos” da existência, da validade e da eficácia inerentes à natureza dos negócios jurídicos, no intuito de elucidar seus requisitos subjetivos, objetivos e formais. Para tanto, utilizar-se-ão das Leis de nº 10.406, de 10 de janeiro de 2012 – Código Civil (CC) e de nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, como pautas hermenêuticas de uniformização da interpretação no Direito privado brasileiro. Superadas as sobreditas premissas, far-se-ão as exposições pertinentes às repercussões eficaciais da incorporação imobiliária na esfera jurisdicional, em caso de falência do incorporador, especialmente, diante da problemática de recuperação litigiosa dos créditos dos candidatos às aquisições das unidades imobiliárias autônomas. Em arremate, enfrentar-se-ão as consequências jurídicas modificativas da classificação desses direitos creditórios violados, tanto no caso de perfeição negocial, como em eventual hipótese de imperfeição jurídica, por nulidade do ato jurídico de incorporação.

Palavras-chave: Incorporação. Metáfora dos “planos jurídicos”. Eficácia. Recuperação judicial do crédito imobiliário.

ABSTRACT: This study aims to discuss issues related to real estate incorporation in Brazil. This is done considering the metaphor present in the Ternary Theory in the work of Pontes de Miranda embodied in the “legal plans” act. This act encompasses items such as existence, validity as well as efficiency regarding juridical real estate business. This is done in order to clarify subjective, objective and formal requirement issues. Thus, the research dealt with Brazilian Laws number nº 10.406 of January 10th 2012, the Civil Code and Law number nº 4.591, from December 16th 16 of 1964 considering them as hermeneutical guidelines aiming uniformity in interpretation according to Brazilian private right norms. The research also deals with repercussions on effectiveness in the jurisdictional real estate portfolio. This occurs in case of developer calls bankruptcy and especially regarding the issue of recovery litigation claims by candidates for acquisitions of independent real estate units. At the end the research points out legal modifications related to the classification of such amendment notices or even in the occurrence of hypothesis legal imperfection, for nullity of the legal act of real estate incorporation.

Keywords: Real Estate Incorporation. “Legal Plan” metaphor. Effectiveness. Mortgage Reorganization.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 METÁFORA DOS “PLANOS JURÍDICOS”: IMPRESSÕES SOBRE O BINÔMIO “EXISTÊNCIA-VALIDADE”; 2.1 “PLANO DA EXISTÊNCIA” COMO ONTOLOGIA DO DIREITO; 2.2 “PLANO DA VALIDADE” COMO PERFECTIBILIZAÇÃO DO DIREITO; 2.3 “PLANO DA EFICÁCIA” COMO IRRADIAÇÕES DO DIREITO; 3 METÁFORA DOS “PLANOS JURÍDICOS” NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA; 3.1 “PLANOS DA EXISTÊNCIA” DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA; 3.2 “PLANO DA VALIDADE” DA INCORPORAÇÃO

^{*} Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Direito Público pela Universidade Potiguar – UnP/Laureate International Universities. Professor de Direito da Universidade Potiguar – UnP/Laureate International Universities e da Faculdade Natalense de Ensino e Cultura – FANEC. Advogado. Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

^{**} Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Advogado e consultor em Direito Imobiliário – Natal – Rio Grande do Norte – Brasil.

IMOBILIÁRIA; 3.3 “PLANO DA EFICÁCIA” DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA; 4 CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A despeito da centenária tradição continental de codificação, enquanto expressão da razão instrumental europeia, e de suas profundas influências no Direito brasileiro¹, o Direito privado pátrio vem sendo abordado sob os mais diversos perspectivismos teóricos, em linguagem nietzscheniana².

Perpassam esses enfoques não apenas por questões de constitucionalização do Direito privado, como anteviu Canaris (2009), desde a década de oitenta do Século XX, em simpósio em Aachen³, mas, igualmente, por abordagens que tende a destituí-lo de qualquer autonomia historicamente angariada, a partir da consolidação romanística⁴.

Nesse âmbito jusprivatista, alentadas pesquisas voltam-se para o Código Civil (CC) brasileiro, oferecendo aos estudiosos excelentes aportes doutrinários para mudança de mentalidade interpretativa, nos ofícios de teorização e de instrumentalização do Direito privado.

Da lavra embrionária de Beviláqua⁵, a sobredita codificação encontrou adaptação textual às atuais postulações sociais, sob a supervisão de Reale, com o desiderato de constituir uma pauta hermenêutica de unificação interpretativa para outras derivações jusprivatistas, à guisa de exemplo do Direito Imobiliário.

¹ BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1975, vol. I, p. 11 A propósito dessa tendência, preleciona Beviláqua que “As codificações, além de corresponderem às necessidades mentais de clareza e sistematização, constituem, do ponto de vista social, formações orgânicas do direito, que lhe aumentam o poder de precisão e segurança, estabelecendo a harmonia e a recíproca elucidação dos dispositivos, fecundando princípios e institutos, que, no isolamento, se não desenvolveriam suficientemente, contendo, canalizando e orientando energias, que se poderiam prejudicar, na sua ação dispersiva”.

² NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A vontade de poder**. Traduzido por: Marcos Sinésio Pereira Fernandes; Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 260. No que tange aos problemas da teoria do conhecimento, alerta Nietzsche na direção de “Tanto quanto a palavra ‘conhecimento’ tem sentido, o mundo é conhecível: mas ele é interpretável de outra maneira, ele não tem nenhum sentido atrás de si, mas sim inúmeros sentidos. ‘Perspectivismo’”.

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Traduzido por: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

⁴ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 84. Quanto à milenar distinção baseada no critério do interesse dos sujeitos de direitos e deveres, verbis: “[...] quanto ao interesse, classificava-se o direito objetivo em *ius publicum* (direito público) e *ius priuatum* (direito privado)”.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Introdução. In: BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1975, vol. I, p. XI.

Admoeste-se, por outro lado, que o Direito privado brasileiro não se exaure nas lições semeadas, a partir do novo texto⁶ do Código Civil (CC) vigente. Essas preleções espraiam-se como excelentes estudos de interpretação de outros microssistemas, *verbi gratia*, a Lei sobre Condomínios em Edificações e as Incorporações Imobiliárias – Lei nº 4.591/1964.

Nesse contexto, pretende-se investigar o instituto da incorporação imobiliária em requisitos seus requisitos subjetivos, objetivos e formais, sem se olvidar de suas repercussões eficaciais no que diz respeito à recuperação dos créditos dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades, em face do incorporador falido.

Para efeito teórico, serão utilizadas as lições imperecíveis de Pontes de Miranda (2000), com arrimo na metáfora dos “planos jurídicos”, no intuito de esclarecer os problemas eficaciais relativos à eventual recuperação jurisdicional dos créditos em incorporação imobiliária, em sede de decretação de falência do incorporador.

Intenciona-se justificar que, violados os sobreditos requisitos formais da incorporação imobiliária, a ausência de cominação expressa de sanção de nulidade não conduz à conclusão de mera irregularidade sanável, mas, sim, de efetiva nulidade absoluta, em face da mais escorreita interpretação sistemática (Art. 32, *caput*, da Lei nº 4.591/1964 e Art. 166, inciso VII, do Código Civil - CC).

Enfim, em razão dessa debilidade do suporte fático do negócio jurídico de incorporação imobiliária, será imperioso compreender⁷ a caracterização de nulidade virtual, que, ato contínuo, prejudica a plenitude eficaz da recuperação dos créditos dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades autônomas, em caso de quebra do incorporador.

2 METÁFORA DOS “PLANOS JURÍDICOS”: IMPRESSÕES SOBRE O BINÔMIO “EXISTÊNCIA-VALIDADE”

Antes de adentrar na discussão estrutural do negócio de incorporação, tratar-se-ão dos planos ou dos degraus do mundo jurídico, para fins de ampla elucidação temática.

⁶ BRITO, Edvaldo. Nota prévia. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. XVIII. Em observação mordaz, quanto ao suposto espírito de modernidade do Código Civil de 2002, destaca Edvaldo Brito: “Considere-se, então, que não há um novo Código, mas sim um novo texto para um Código antigo, contendo algumas alterações redacionais e tímidas inovações”.

⁷ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 73.

Desde o Século XIX, atribui-se à doutrina de Von Lingenthal⁸ a solução de um problema de indiscutível relevância para a consolidação da atual teoria da incidência das normas jurídicas, suscitado na jurisprudência francesa, a respeito da determinação das posições de pessoas de mesmo sexo ou que não celebrem o casamento perante autoridade oficial, diante do Código Civil francês⁹.

A jurisprudência civilista francesa tão somente invalidava ou anulava casamentos enquadráveis, por subsunção, às hipóteses previstas rigorosamente no Código Civil napoleônico, à sua época, por influxo da máxima *pas de nullité sans texte*¹⁰.

A partir da imperfeição jurídica elencada como critério de classificação dos atos jurídicos, Von Lingenthal (1839), coautor do *Cours de Droit Civil Français*¹¹, estremeou os atos em dois grandes grupos taxonômicos: a) os inexistentes e b) os existentes perante o Código de Napoleão¹².

Os atos inexistentes não seriam objetos de desconstituição judicial por nulidade, de tal sorte que não adentrariam no mundo jurídico¹³, em razão da ausência de previsão no texto legal (*pas de nullité sans texte*).

Por outro lado, os atos existentes diante da ordem jurídica francesa se subdividiriam, quanto aos vícios que os inquinariam, em nulos e anuláveis: estes atos viciados poderiam ser invalidados pelas autoridades jurisdicionais, pois já teriam ingressado no mundo jurídico, mesmo que de maneira “imperfeita ou débil”¹⁴.

Não foi por outro motivo que a ressaltada construção doutrinária do notável jurista alemão Von Lingenthal (1839) deu impulso à solução racionalmente prática no que atina ao

⁸ VON LINGENTAL, K. S. Z. **Cours de droit civil français**. Strasbourg, F. Lagier: Libraire-éditeur, 1839, tomo 2.

⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 122.

¹⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹¹ VON LINGENTAL, K. S. Z. **Cours de droit civil français**. Strasbourg, F. Lagier: Libraire-éditeur, 1839, tomo 2. Nesse tomo, o eminente Professor de Heidelberg tratou de maneira percutiente dos direitos reais, obrigacionais e contratuais, à luz da codificação francesa, no Século XIX.

¹² CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 125.

¹³ BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, F. Alves, 1980, p. 256. Nesse sentido, destaquem-se as lições de Bevilacqua, com arrimo em “[...] Inexistente é o ato que a lei não tem necessidade de anular, porque não chegou à existência [...]”.

¹⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. tomo 4, p. 63.

posicionamento das sobreditas situações fáticas no patamar da inexistência jurídica, diante das disposições do Código Civil francês, no Século XIX¹⁵.

Portanto, “[...] a inexistência, por consistir num não-ser-jurídico, não pode ser considerada uma categoria jurídica a ser desconstituída judicialmente”, como arremata Martins (2008, p. 122)¹⁶.

2.1 “PLANO DA EXISTÊNCIA” COMO FENÔMENO ONTOLÓGICO DO DIREITO

Por sua vez, não menos brilhante que o autor da solução pragmática sobredita, o brasileiro Pontes de Miranda¹⁷ tratou de sistematizar e redimensionar os “planos do negócio jurídico”, sem se descuidar das respectivas repercussões eficaciais no mundo jurídico.

Para o notável jurista (MIRANDA, 2000) ingressa no plano da existência jurídica todo e qualquer fato ocorrido no mundo fenomênico, que ostenta prévia descrição abstrata no antecedente normativo, descriptor normativo ou suporte fático.

Nesse contexto, o saudoso tratadista admoesta para as diferenciações entre os planos do mundo jurídico, de tal sorte que “[...] existir, valer e ser eficaz são conceitos tão inconfundíveis que o fato jurídico pode ser, valer e não-ser eficaz” (MIRANDA, 2000, p. 48)¹⁸, partindo de uma dimensão ontológica do estudo do sistema de direito positivo.

Essa situação caracteriza na teoria pontesiana a infalível incidência normativa¹⁹ apta a transportar determinado fato ocorrido no mundo fenomênico (mundo do ser) para as paragens do Direito (mundo do dever-ser), nas quais o fato passa a disciplinar-se conforme seus operadores deônticos (obrigatório, permitido ou proibido), como alertam os teóricos hispânicos (ATIENZA; RUIZ, 2004)²⁰, em face do conseqüente normativo (situações

¹⁵ CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 125. Nesse contexto, alerta que “Desde o Code de Napoleón surgiu o problema da qualificação do casamento de pessoas do mesmo sexo. [...] Para contornar a força formal dessa inferência simples, os juristas recorreram à ideia de inexistência, que significa desqualificar de antemão a união semanticamente como casamento. O casamento entre pessoas do mesmo sexo não é sequer nulo porque é mesmo inexistente, enquanto casamento”.

¹⁶ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122.

¹⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 4, p. 48-53.

¹⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 4, p. 48.

¹⁹ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 122-123.

²⁰ ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004, p. 88, especialmente, nota de rodapé 10, in verbis: “Como el lector recordará, utilizamos el término ‘normas deônticas o regulativas’ para referirnos a todas aquellas normas em cuyo conseqüente aparece um operador deôntico (sea éste ‘obligatorio’, ‘prohibido’ o ‘permitido’)”.

jurídicas, decorrentes dos efeitos jurídicos prescritos), verificando-se, destarte, a configuração de fato jurídico propulsor da pertinente relação jurídica entre sujeitos de direito e deveres.

Enquanto recurso metafórico²¹, pode-se comparar a tese pontesiana a uma escadaria disposta em três degraus ou planos jurídicos, nos quais devem caminhar todos os fatos que tendem a ser “juridicizados” pela ordem jurídica.

Caso o evento fenomênico não alcance o primeiro degrau (plano da existência), considera-se que ele não adentrou nas planícies do subsistema jurídico, não se sujeitando às suas imputações normativas²².

Advirta-se, que, nesse primeiro plano ou degrau, já é possível constatar um mínimo de carga eficaz, a exemplo da deflagração do “[...] início da contagem de prazo decadencial, ou apenas o efeito jurídico da fixação da data da manifestação de vontade”²³.

Na teoria ternária de Pontes de Miranda (2000), para que se considere existente um fato (merecedor do adjetivo jurídico), faz-se necessário que, no evento concreto, constem todos os elementos essenciais exigidos pelo descritor normativo (“elementos nucleares”)²⁴, numa “relação de suficiência do suporte fático” (identificação), sob pena de se configurar inexistência jurídica²⁵.

A título de contextualização, a partir da interpretação histórico-evolutiva do revogado Art. 1º do Código Civil (CC) de 1916, têm-se como condições indispensáveis para o ingresso de qualquer evento no plano da existência jurídica a presença de sujeitos e seus respectivos objetos²⁶, consubstanciados em alguma situação jurídica.

²¹ LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. *Doxa*, 28/159-182. Para efeito de ressaltar a importância do recurso à linguagem metafórica, vislumbrar alentadas lições do erudito autor: “[...] Pero la tendencia a echar mano de metáforas y símbolos para describir la sociedad y su organización no es algo exclusivamente exótico o antiguo: la misma Unión Europea, para describir su propia estructura, recurre a la metáfora del templo en el que tres columnas (Comunidades, política exterior y colaboración judicial) sostienen el techo (es decir, el tratado fundacional de la Unión Europea). [...]”.

²² GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 58.

²³ CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 126. Conferir estudo específico: MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 251. Considerando ser impossível existir fato jurídico absolutamente ineficaz: “[...] Em rigor não há ineficácia absoluta, visto que esta conduz à inexistência do fato jurídico”.

²⁴ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 123.

²⁵ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, tomo 4, p. 53.

²⁶ BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**: edição histórica. Rio de Janeiro: Rio, vol. I, 1975, p. 167. Conferir anotações do eminente civilista: “Art. 1.º - Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada, concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações. **Legislação comparada** – Conforme: Código Civil da Austria, art. 1.º; Colombiano, art. 1.º; português, 3.º. **Projectos** – Nabuco, art. 23; Coelho Rodrigues, 1.º; Bevilaqua, 1.º; Revisto, 1.º”. (Grifos do autor). PEDROSA, Ronaldo

Existente, por conseguinte, é fato jurídico que possui, ao menos, sujeitos de direito e deveres e objetos, ainda, que não disponham das qualidades ou das características previstas na ordem jurídica, para produção de todos os efeitos por ela irradiados.

Superado o primeiro degrau ou plano ontológico, torna-se imperioso examinar se o evento fático, além de existir para o universo jurídico, ostenta qualidades (características) que o habilitam à produção plena de todos os efeitos.

Em síntese, o fato passa a galgar para o segundo degrau ou plano, isto é, o da validade, consubstanciado na representação da perfeição (não deficiência) perante a fenomenologia do mundo jurídico.

2.2 “PLANO DA VALIDADE” COMO PERFECTIBILIZAÇÃO DO DIREITO

Válido, por seu turno, é o fato previamente desenhado no suporte fático²⁷ do universo jurídico, que possui os atributos adicionais ou complementares, para tornar-se perfeito e vinculante (não deficiente), no universo jurídico. Satisfeitos esses atributos, tem-se o ingresso do fato no segundo plano, que é o da validade jurídica²⁸.

Nesse segundo degrau ou plano, o sistema de direito positivo pode ser metaforicamente representado por “[...] um círculo com duas partes complementares: numa fica o domínio do válido, noutra o domínio do não válido [...]”, que, em arremate, “[...] são subdomínios que tiram seu sentido da contraposição complementar.”, conforme preleções do jus filósofo pernambucano²⁹.

Leite. **Direito em história**. 3ª ed. Nova Friburgo/Rio de Janeiro: Imagem Virtual, 2000, p. 329. Do ponto de vista histórico, assinala Ronaldo Pedrosa que o sobredito dispositivo encontra guarida desde as Institutas (Gaio, 108): “[...] Gaio – Todo o direito de que usamos diz respeito ou às pessoas ou às coisas ou às ações.”.

²⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 3, p. 36. A propósito, destacando o aspecto material ou nuclear do suporte fático, ensina-nos o genial mestre: “Elementos necessários do suporte fático. No suporte fático dos negócios jurídicos, não de estar os elementos necessários a todos os negócios jurídicos, a certa subclasse deles, ou a certa categoria jurídica. Naturalmente, não de estar, precipuamente, os elementos necessários aos fatos jurídicos, porque negócio jurídico já é subclasse. A capacidade de direito é pressuposto necessário comum a todos os atos jurídicos. A capacidade civil, se falta, torna deficiente o suporte fático e faz nulo [...]. A falta de capacidade de direito determinaria a inexistência do negócio jurídico, porque não seria só deficiente, mas insuficiente, o suporte fático”.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 4, p. 36; MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 123.

²⁹ VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relações no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 303.

O fato, então, é considerado válido juridicamente³⁰, uma vez que passa a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica entre sujeitos de direito e seus objetos, nos quais recaem os interesses tutelados pelo sistema de direito positivo.

Trata-se, em linguagem de Kelsen³¹, de fato que ingressou na ordem do dever-ser (Sollen), cuja consequência jurídica implica na incontestável vinculação dos sujeitos envolvidos e seus objetos em determinada relação jurídica, até a sua retirada do sistema de direito positivo, por alguma causa prevista pelo próprio ordenamento, uma vez que o fato se tornou relevante juridicamente.

Para que tal relação seja alçada à condição de regra jurídica incontestavelmente vinculante (perfeita), ela deverá ostentar os pressupostos de validade (qualidades legais), sob pena de desconstituição jurisdicional por debilidade do suporte fático.

Assim, não basta para fins de validade jurídica a mera existência de sujeitos de direito e deveres e objetos: aqueles devem ser plenamente capazes nas paragens do Direito privado, conforme Art. 104, inciso I, e estes, lícitos, possíveis, determinados ou, ao menos, determináveis durante a execução da relação jurídica, sob a ótica do Art. 104, inciso II, todos do vigente Código Civil (C.C).

Transpondo as fronteiras jusprivatistas, além de capazes, os sujeitos têm de ser competentes, em interpretação sistemática do Art. 6º, inciso I e, especialmente, os Arts. 11, 12 e 13, da Lei 9.784/1999, Lei de Processo Administrativo Federal; bem como Art. 2º, alínea a, da Lei 4.717/1965, Lei da Ação Popular. Do contrário, configura-se vício de nulidade do ato jurídico no regime jurídico público.

Dessa maneira, acresçam-se às condições subjetivas impostas pelo sistema de direito positivo outras de ordem objetiva, enquanto qualidades inafastáveis dos objetos de direito, de modo que devem ser lícitos, possíveis, determinados ou, ao menos, determináveis, a partir da interpretação do Art. 104, inciso II, bem como do Art. 106, do Código Civil (CC).

Em resumo, não é por outra razão que estando presentes os pressupostos de existência³² torna-se imperioso observar os pressupostos de validade do ato jurídico na esfera jusprivatista, a saber: agente capaz, objeto lícito, possível e determinado ou determinável, sem

³⁰ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 25.

³¹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. Traduzido por: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 11-12.

³² Resgate-se, novamente, a cláusula revogada do Código Civil de 1916 (Lei 3.071/1916) já com ortografia atualizada, porquanto, ainda, bastante elucidativa para efeito de compreensão de toda a estrutura do direito privado brasileiro: “Art.1º Este Código regula os direitos e obrigações de ordem privada concernentes às pessoas, aos bens e às suas relações”.

se olvidar da forma prescrita ou não defesa em lei, em face dos interesses particulares envolvidos³³.

2.3 “PLANO DA EFICÁCIA” COMO IRRADIAÇÕES DO DIREITO

Em face do traço ternário da teoria pontesiana (MIRANDA, 2000), hão de se estremar algumas espécies de maior interesse, das quais se destacam num terceiro plano jurídico: a) a eficácia normativa; b) a eficácia jurídica e c) a eficácia fática (ou fenomênica).

Entende-se por eficácia normativa o próprio fenômeno da incidência normativa, de tal sorte que consolidado o suporte fático (existência), tem-se a verificação da sobredita espécie eficaz³⁴.

Por outro lado, em decorrência da incidência jurídica, a norma jurídica irradia outros efeitos sobre os sujeitos e objetos envolvidos em situações (efeitos unilaterais) ou em relações jurídicas (efeitos bilaterais), como preleciona Martins³⁵, que passam a reger-se pelos ditames prescritos no conseqüente normativo, consistentes em condutas obrigatórias, permitidas ou proibidas, em virtude de um entrelaçamento decorrente de vínculo implicacional³⁶. Portanto, observa-se outra espécie eficaz: a eficácia jurídica³⁷.

Há, ainda, um terceiro tipo de eficácia que independe absolutamente do mundo do dever-ser, mas pertence ao plano do ser, enquanto potencialidade de ser aplicada e observada em sociedade.

Nessa ordem de considerações, elucida o administrativista Martins³⁸ que a sobredita eficácia, também é denominada por Kelsen (1998) de eficácia fática ou fenomênica.

³³ A propósito, é importante também revisitar as cláusulas que ensejam à *invalidação do negócio jurídico*, no Código Civil vigente, *in verbis*: “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

³⁴ CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 127. Nessa esteira, “A mesma norma, na teoria de Pontes, incidiria tanto sobre o suporte fático perfeito quanto sobre o suporte fático suficiente, mas deficiente”.

³⁵ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140-141.

³⁶ VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 95-96.

³⁷ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140-141.

³⁸ MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2008. p. 142, nota de rodapé n. 65. Confira, a propósito, KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 6. ed. Traduzido por:

Essa espécie de eficácia não nos interessa, visto que se constitui objeto de estudo afeto à sociologia jurídica³⁹.

Assim, resgate-se que o liame argumentativo a ser oportunamente desenvolvido é adstrito à eficácia jurídica. Quanto à temática, elucida Pontes de Miranda⁴⁰, que a sobredita eficácia provém invariavelmente de alguma relação jurídica, de tal sorte que provoca no mundo jurídico a constituição, modificação ou extinção não somente de direitos materiais, mas também de pretensões, ações e exceções processuais.

Em suma, aplicar-se-á a teoria da eficácia jurídica ao estudo do enunciado normativo do Art. 32, caput, da Lei nº 4.591/1964 (Capítulo II, Das Obrigações e Direitos do Incorporador), cujos efeitos decorrentes da relação jurídica deflagrada pelo negócio jurídico incorporação imobiliária serão elucidados, no intuito de reforçar as possibilidades de recuperação do crédito dos candidatos à aquisição das unidades autônomas, em caso de falência do incorporador.

3 METÁFORA DOS “PLANOS JURÍDICOS” NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

3.1 “PLANOS DA EXISTÊNCIA” DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A propósito da exposição contextual dos planos jurídicos, impende aplicar a sobredita metáfora da escada pontesiana aos requisitos subjetivos e objetivos presentes na Lei de Condomínio em Edificações e as Incorporações Imobiliárias, Lei nº 4.591/1964.

Quanto ao plano da existência, é sujeito de direitos e deveres toda e qualquer pessoa natural ou juridicamente constituída conforme o Direito Privado. Enquanto elementos subjetivos do negócio jurídico de incorporação imobiliária destacam-se as figuras do

João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 11-12. Assim, ensina-nos com a maestria que lhe é peculiar: “Como a vigência da norma pertence à ordem do dever-ser, e não à ordem do ser, deve também distinguir-se a vigência da norma da sua eficácia, isto é, do fato real de ela ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos. Dizer que uma norma vale (é vigente) traduz algo diferente do que se diz quando se afirma que ela é efetivamente aplicada e respeitada, se bem que entre vigência e eficácia possa existir uma certa conexão”.

³⁹ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia 1ª parte, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. Nesses termos, “[...] Trata-se, a nosso ver, de conceito peculiar à dimensão sociológica do fenômeno jurídico”.

⁴⁰ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**, Campinas: Bookseller, 2000, t. 3, p. 34. Continuando o prestigioso raciocínio, tem-se: “Essa projeção eficaz do negócio jurídico, no tempo, traça o que se há de entender criado, modificado ou extinto, - parecendo-se com a projeção eficaz das leis no tempo, porém sem que se possa tirar dessa aparência qualquer assimilação, menos ainda identificação”.

incorporador e do candidato à aquisição de unidade autônoma, conforme método de interpretação histórico-evolutivo.

No que tange ao incorporador, alerta Caio Mário da Silva Pereira⁴¹ que a sua figura atravessou os tempos antes mesmo de qualquer tratamento especificamente jurídico, como atualmente se apresenta em nosso ordenamento jurídico.

Assim, para fins de imputação de responsabilidade, conforme enunciado do Art. 31, caput, da Lei nº 4.591/1964, não há mais como negociar, na condição jurídica de incorporador, sem o devido enquadramento subjetivo nas especificidades do enunciado normativo em apreço, sob pena de invalidação judicial, por debilidade do suporte fático.

Destarte, já no que diz respeito à existência dos requisitos objetivos, os bens imóveis enquadram-se na categoria ontológica de objetos de direito, sem grandes dificuldades exegéticas.

3.2 “PLANO DA VALIDADE” DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Dessa maneira, apenas podem ser incorporadores três grandes grupos subjetivos elencados pela supracitada legislação, enquanto requisitos específicos de validade, na inteligência do Art. 31, caput, alíneas a e b, da Lei nº 4.591/1964, a saber: a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário; b) o construtor; e c) o corretor de imóveis.

O sobredito microssistema é silente quanto às sanções cabíveis aos que não se enquadram subjetivamente nos ditames do referido enunciado normativo do Art. 31, da Lei nº 4.591/1964, dando azo à atuação temerária de pessoas naturais e jurídicas, na seara da incorporação imobiliária.

Porém, com a aplicação do método sistemático de interpretação, é possível invalidar os negócios jurídicos subjetivamente inquinados, diante das disposições do Art. 166, inciso VII, do Código Civil (C.C), de tal sorte que o caput, do Art. 32, da Lei nº 4.591/1964, proíbe-lhe a prática, sem cominar a devida sanção de nulidade absoluta aos que negociarem sem a obrigatória qualificação subjetiva.

Trata-se de casuística de nulidade absoluta virtual, a par de precedentes judiciais admitindo a convalidação da “irregularidade” (REsp 175903 MG 1998/0039349-8, Rel. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 01.08.2000 p. 261)⁴².

⁴¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 231.

Com a devida vênia, o sobredito precedente colide com as lições imperecíveis de Pontes de Miranda⁴³, no sentido de que toda e qualquer nulidade absoluta é inconvaleável, restando impossível convalidar a supracitada “irregularidade” apontada no aresto do Colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Ainda, quanto aos requisitos subjetivos, é lícito asseverar que qualquer sujeito de direitos e deveres pode figurar como candidato à aquisição de unidades autônomas, desde que respeitadas as diretrizes gerais pertinentes à capacidade das pessoas naturais e à regularidade de constituição das pessoas jurídicas.

Igualmente, quanto aos requisitos ou pressupostos objetivos do negócio, não se vislumbram empecilhos no plano da validade para a perfeita negociação de bens imóveis, em sede de incorporação imobiliária, porquanto tais objetos de direito são lícitos, possíveis, determinados ou, ao menos, determináveis, na inteligência do Art. 104, inciso II, do Código Civil (C.C).

No entanto, no que atina à forma do negócio jurídico incorporação imobiliária, cabe ao incorporador ater-se às determinações vinculantes do sobredito diploma normativo, para fins de validade dos negócios jurídicos conforme a literalidade do Art. 104, inciso III, do Código Civil (C.C), bem como do Art. 32, caput, da Lei 4.591/1964.

⁴² RESP 175903 MG 1998/0039349-8, Rel. Waldemar Zveiter, Terceira Turma, DJ 01.08.2000, p. 261: “CIVIL - CONDOMÍNIO E INCORPORAÇÃO - ART. 32 DA LEI 4.591/64. I - A falta de arquivamento determinado pelo Art. 32 da Lei 4.591/64, por si só, não conduz a nulidade nem anulabilidade do compromisso de compra e venda, mormente quando sanada a irregularidade antes de proposta a ação de nulidade contratual; II - Havendo pedido sucessivo de rescisão contratual por fundamentos outros não apreciados pelas instâncias ordinárias, deve a ação prosseguir para que sejam analisados, proferindo-se nova decisão; III - Recurso conhecido e provido, em parte.” (Grifo nosso). Deveras, o respeitável acórdão faz interpretação sem qualquer referência ao cânone procedimental de interpretação sistemática. Sobre a importância da interpretação sistemática e da associação dos cânones clássicos: FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 68. Assim, segundo Juarez Freitas, “Neste diapasão, toda interpretação jurídica (englobando os tradicionais métodos de interpretação – v.g., literal, histórico, teleológico, sociológico), emerge como um só processo tópico e sistemático, que torna imperiosos a viabilização do equilíbrio entre formalismo e pragmatismo, o reconhecimento da impossibilidade do método único e a busca de soluções respeitadoras do ordenamento na sua fecunda dimensão axiológica e em seu caráter histórico não-linear, compreendido como objeto holístico, potencialmente coerente e permeável a evolutivas mutações.”.

⁴³ MIRANDA, Pontes. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000, tomo. 4, p. 64. Em sentido contrário ao Colendo STJ, *in verbis*: “3. *Inconvaleabilidade da nulidade*. A nulidade é inconvaleável: não sobrevém, jamais, validação; salvo se lei nova apanha o mesmo suporte fático, o faz não-deficitário, ou simplesmente anulável, e lhe põe data anterior, o que só é admissível se o direito, feito pelo poder estatal ou pelo poder constituinte, o permite, ou se a lei mesma, que regeu a entrada do suporte fático no mundo jurídico, ‘construiu’ alguma integração posterior do suporte, atribuindo-lhe efeitos *ex tunc*, o que, em verdade, destoa da boa técnica jurídica”. (Grifos do autor).

Enquanto forma prescrita em lei, o enunciado normativo do Art. 32, caput, da Lei 4.591/1964⁴⁴ impõe condições específicas de formalização para o aperfeiçoamento do negócio jurídico de incorporação imobiliária.

Dessa maneira, as exigências que se materializam no memorial de incorporação são da substância do ato, ou seja, são condições indispensáveis para a validade do negócio jurídico em comento, na seara imobiliária⁴⁵.

Ad argumentandum tantum, apenas para efeito de corroborar a natureza jurídica da própria incorporação imobiliária, como negócio jurídico, Maria Helena Diniz⁴⁶ assevera no sentido de que “[...] a incorporação imobiliária é um negócio jurídico que tem o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas”.

Assim, com a finalidade de resguardar os direitos dos candidatos à aquisição de unidades autônomas, em face dos interesses econômicos dos incorporadores, existe expressa proibição de negociar as unidades autônomas sem o prévio arquivamento e registro dos documentos comprobatórios indispensáveis, consubstanciados no memorial de incorporação, no Registro de Imóveis⁴⁷, da circunscrição do bem imóvel.

⁴⁴ Lei nº 4.591/1964, artigo 32: “O Incorporador *somente poderá* negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste a cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado; b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativamente ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao Incorporador; c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros; d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes; e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade, a respectiva metragem de área construída; f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições; g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV do Artigo 53 desta lei; h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do Artigo 53, com base nos custos unitários referidos no Artigo 54, discriminando-se também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra; i) discriminação das frações ideais do terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão; j) minuta da futura Convenção do condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações; l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do Artigo 39; m) certidão do instrumento público de mandato, referido no §1º do Artigo 31; n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (Artigo 34); o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos”. (grifo nosso em “somente poderá”).

⁴⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 53-54.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 11. Também no mesmo sentido: RUGGIERO, Biasi. **Questões imobiliárias**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 85.

⁴⁷ PARIZATTO, João Roberto. **Serviços notariais e de registro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 15. Deve-se ressaltar, por sua vez, a relevância dos serviços registrares e notariais, a saber: “Em vista da relevante função exercida pelos notários e oficiais de registro, na outorga de **publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos**, tem-se que os mesmos são dotados de fé pública, mercê da delegação recebida do Estado,

Do ponto de vista hermenêutico, impõe-se, com arrimo nas lições de Müller, a aplicação da interpretação gramatical⁴⁸, no sentido de limitar ou demarcar o âmbito inicial semântico da conduta do incorporador, de tal sorte que “somente poderá negociar”, caso sejam atendidas as formalidades das inúmeras alíneas do enunciado normativo do Art. 32, numa verdadeira proibição às práticas informais, que possam prejudicar os candidatos à aquisição de unidades autônomas.

Por sua vez, no âmbito da pragmática jurídica, vislumbra-se clara presença de modal deôntico proibido, cujo intuito é obter a adesão dos incorporadores aos deveres prescritos nas alíneas do Art. 32, da Lei 4.591/1964, com a finalidade de evitar reações incompatíveis com o orador normativo⁴⁹.

Quanto às consequências do descumprimento do enunciado do Art. 32, da Lei n.º 4.591/1964 é digno de nota o pensamento de Aghiarian⁵⁰ que ora assevera a singela ocorrência de rescisão contratual, em razão de culpa do incorporador, da qual decorre a pertinente indenização por perdas e danos, ora corrobora a tese defendida em apreço, ou seja, a de invalidade do negócio jurídico de incorporação imobiliária.

Indubitavelmente, deve prevalecer a última posição, em homenagem ao plexo de procedimentos interpretativos consolidados na ciência jurídica⁵¹.

Superadas as exposições doutrinárias, antes mesmo da proposta de interpretação sistemática deste ensaio, destaque-se importante aresto na jurisprudência pátria com alentado

que lhe atribuiu a função de instrumentar e registrar de forma legal, os atos jurídicos, autenticando a veracidade e a vontade declarada pelas partes, portando por fé tais atos” (grifos do autor).

⁴⁸ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Traduzido por: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 74. O paradigmático jurista alemão não menospreza a utilidade do método gramatical, uma vez que “[...] o teor literal demarca fronteiras extremas das possíveis variantes do sentido, i.é, funcionalmente defensáveis e constitucionalmente admissíveis” (Grifos do autor). A respeito do método gramatical, conferir: SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel E. **Hermenêutica: arte e técnica de interpretação**. Traduzido por: Celso Braida. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 93. Destarte, o contato inicial do intérprete opera-se mediante análise gramatical das estruturas linguísticas presentes no sistema de direito positivo, como passo inicial do procedimento de compreensão textual.

⁴⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57. A respeito da relação de *metacomplementaridade*. Igualmente, há de se destacar as três possíveis reações do ouvinte, a saber: “[...] ou confirmar, ou rejeitar, ou desconfirmar. Confirmação é uma resposta pela qual o ouvinte aceita a definição (compreende e concorda); rejeição é uma resposta pela qual o ouvinte nega a definição (compreende e discorda); desconfirmação é uma resposta pela qual o ouvinte desqualifica (não compreende ou ignora) a definição. A diferença entre a rejeição e desconfirmação está em que, na primeira, o ouvinte, de certo modo, reconhece o orador como autoridade, para depois recusar a definição, enquanto, na segunda, ele age como se o orador não existisse”.

⁵⁰ AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 211, e, especialmente, nota de rodapé 9, sobre a invalidade dos negócios jurídicos posteriores à inválida incorporação imobiliária.

⁵¹ SILVEIRA, Alípio. Os métodos de interpretação da lei em nosso supremo tribunal. In: NADER, Paulo (Coord.). **Revista forense comemorativa – 100 anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. tomo. 2., especialmente, p. 416-417.

posicionamento da Segunda Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), no sentido de compreender a enunciação do Art. 32, da Lei nº 4.591/1964, como norma proibitiva de negociação de unidades autônomas, caso inexistente o registro do memorial de incorporação (TJDF, AgIn 1998.00.2.000124-9 – 2.ª T. Cível – j. 22.06. 1998 – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves)⁵².

Essa última posição corrobora que se constitui vício formal a ausência de registro e arquivamento do memorial de incorporação imobiliária, enquanto causa comprometedora da perfeição do sobredito negócio jurídico.

Por derradeiro, calha à obviedade que se está diante de típico caso de nulidade absoluta virtual, porquanto, mesmo inexistindo sanção expressa na Lei nº 4.591/1964, permanece a debilidade insanável do suporte fático do negócio jurídico, que enseja à invalidação judicial, com efeitos ex tunc, em face do disposto no Art. 166, inciso VII, parte final, do Código Civil vigente (C.C).

3.3 “PLANO DA EFICÁCIA” DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

É imperioso ressaltar que o atendimento aos pressupostos de validade das incorporações imobiliárias, conforme as cláusulas do Art. 32, caput, e respectivas alíneas, da Lei nº 4.591/1964, enseja à irradiação plena da carga eficaz em eventual necessidade jurídica de recuperação de créditos, em caso de falência do incorporador.

Então, de posse do enfoque pragmático elucidado por Ferraz Júnior⁵³ e Castro Júnior⁵⁴, para aferir a carga de irradiação eficaz do regime jurídico de recuperação dos créditos em face do incorporador falido, é imperioso observar duas das possíveis condutas que o incorporador pode tomar diante das disposições da Lei de Condomínio em Edificações e as

⁵² TJDF, AgIn 1998.00.2.000124-9 – 2.ª T. Cível – j. 22.06. 1998 – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, Jurisprudência selecionada In **Revista de direito imobiliário**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), ano 22, nº 46, jan./jun./1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 261-263. Conferir: “[...] *Ementa: Condomínio. Incorporação. Registro. A ausência do registro da incorporação imobiliária constitui vício, resultando na ineficácia jurídica da promessa de compra e venda, por não estar o incorporador habilitado a negociar as unidades autônomas, uma vez que não satisfaz ele as exigências contidas no artigo 32 e seus itens da Lei nº 4.591, de 16.12.1964. [...]*”. (Grifos do julgado).

⁵³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 57.

⁵⁴ CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009, p. 32. Quanto à disciplina da pragmática, “[...] A pragmática, por fim, enfoca o comportamento do emissor e do receptor no processo comunicacional, teorizando sobre a reação verificada diante do signo”.

Incorporações Imobiliárias, quais sejam: a obediência ou a transgressão ao ditame do enunciado normativo constante do Art. 32, caput, da Lei nº 4.591/1964.

Obedecida à sobredita prescrição, verifica-se a validação do negócio jurídico e, por conseguinte, deflagra-se o epifenômeno de plenitude da carga eficaz, em eventual recuperação judicial, dos créditos dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades autônomas, em caso de falência do incorporador.

Assim sendo, a plenitude de irradiação eficaz nesse negócio jurídico implica na incidência do regime de credores com privilégio especial, da Lei de Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência, de nº 11.101/2005. Corroborando essa tese, assevera Coelho⁵⁵ que são exemplos de credores com “privilégio especial” os subscritores ou candidatos à aquisição de unidade autônoma, em incorporações imobiliárias.

Por outro lado, desobedecida a sobredita prescrição, verifica-se a debilidade da carga eficaz em eventual recuperação dos créditos dos candidatos à aquisição das unidades autônomas, em caso de falência, por força da ausência do arquivamento e registro do memorial de incorporação, se houver invalidação judicial do negócio jurídico.

Essas variações decorrem da interpretação sistemática, de tal sorte que a validade do negócio jurídico proporciona segurança jurídica, não somente enquanto garantia de conteúdo, como assevera Ávila⁵⁶, mas também como garantia de respeito aos créditos dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades autônomas, ao facilitar a controlabilidade do ponto de vista semântico-argumentativo, em caso de decretação de falência do incorporador.

Exsurtem desse contexto jurídico as seguintes irradiações eficazes decorrentes dos diferentes regimes jurídicos de classificação dos créditos em caso de falência do incorporador. Senão vejamos.

Presentes o arquivamento e o registro de memorial de incorporação, considera-se válido o negócio jurídico de incorporação imobiliária, nas tintas do Art. 32, caput, da Lei 4.591/1964. Por conseguinte, o regime de classificação dos créditos dos subscritores ou

⁵⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 409.

⁵⁶ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário: entre a permanência, mudança e realização**. 2009. 753 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Tributário, Departamento de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

candidatos à aquisição de unidades autônomas deve ser o de credores com privilégio especial, conforme inteligência do Art. 83, inciso IV, alínea b, da Lei nº 11.101/2005⁵⁷.

Ausentes, por outro lado, o arquivamento e o registro de memorial de incorporação, verifica-se a possibilidade de invalidação judicial do negócio jurídico em tela e, caso desconstituído, passa-se, por outro lado, a incidir o regime jurídico comum de credores quirografários, de acordo com Art. 83, inciso VI, alínea a, da Lei nº 11.101/2005.

Assiste, em suma, aos candidatos à aquisição de unidades autônomas ou aos subscritores provenientes de celebração válida de incorporação imobiliária (Art. 32, da Lei nº 4.591/1964) a condição de titulares de créditos privilegiados especiais (Art. 43, inciso III, da Lei nº 4.591/1964), em face de interpretação sistemática dos dispositivos sobreditos e do Art. 83, inciso IV, alínea b, Lei nº 11.101/2005.

À evidência, a nulidade absoluta que inquina os negócios assim celebrados sem a observância dos requisitos formais do Art. 32, da Lei nº 4.591/1964, gera apenas a possibilidade de reaver o crédito, sem qualquer privilégio especial (credores quirografários).

Em síntese, não é possível enxergar, a propósito, o caráter de crédito privilegiado em negócios jurídicos declarados nulos, de pleno direito, em caso de invalidação judicial.

4 CONCLUSÃO

O presente artigo visou a elucidação do instituto da incorporação imobiliária enquanto negócio jurídico, mediante análise dos requisitos subjetivos, objetivos e formais, sem se olvidar suas repercussões eficaciais no que diz respeito à recuperação do crédito dos subscritores ou candidatos à aquisição das unidades, em conformidade com a legislação vigente.

Esquadrinharam-se as premissas relativas aos planos jurídicos, a partir da metáfora extraída da teoria pontesiana, para fins de ampla compreensão do tema, em sua estrutura ternária (existência, validade e eficácia jurídicas).

Constatou-se a imperfeição ou debilidade do suporte fático do negócio de incorporação imobiliária, por descumprimento do enunciado normativo do Art. 32, caput, da Lei nº 4.591/1964, tem-se por configurada nulidade virtual, que, ato contínuo, prejudica a

⁵⁷ TJDF, AgIn 1998.00.2.000124-9 – 2.ª T. Cível – j. 22.06. 1998 – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, Jurisprudência selecionada In **Revista de direito imobiliário**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), ano 22, nº 46, jan./jun./1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 261-263.

plenitude eficaz da recuperação dos créditos dos subscritores ou candidatos à aquisição de unidades autônomas, em caso de falência do incorporador.

Aplicando-se o “plano da eficácia” ao estudo do normativo do Art. 32, caput, da Lei nº 4.591/1964 (Capítulo II, Das Obrigações e Direitos do Incorporador), vislumbrou-se a irradiação dos efeitos decorrentes da relação jurídica inerente ao negócio jurídico de incorporação imobiliária.

Nesse sentido, ressaltou-se que o atendimento aos requisitos de validade do negócio de incorporação imobiliária, conforme cláusula do Art. 32, caput, e respectivas alíneas, da Lei nº 4.591/1964, enseja à plenitude da carga eficaz, em eventual interesse jurídico de recuperação judicial de créditos em caso de falência do incorporador, em face do regime jurídico de créditos com privilégios especiais.

Por outro lado, a eficácia da recuperação dos créditos dos candidatos à aquisição das unidades autônomas ficaria debilitada em caso de falência, frente à violação da vedação presente no enunciado normativo, de sorte a retirar-lhes o regime jurídico de privilégio especial, tornando-os quirografários, após a invalidação do negócio pela via jurisdicional.

Calha à obviedade que se trataria de uma incidência de nulidade absoluta virtual, que, ao não se cominar expressamente, fulminaria o negócio jurídico de nulidade, em face do Art. 166, inciso VII, parte final, do Código Civil (C.C).

Por derradeiro, a nulidade absoluta que inquina o negócio de incorporação imobiliária, sem a observância dos requisitos formais do Art. 32, da Lei nº 4.591/1964, gera apenas a possibilidade de reaver o crédito, sem quaisquer privilégios especiais (credores quirografários), a partir da invalidação negocial pela via judicial.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hércules. **Curso de direito imobiliário**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ATIENZA, Manuel; RUIZ, Juan. **Las piezas del derecho**: teoría de los enunciados jurídicos. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica no direito tributário**: entre a permanência, mudança e realização. 2009. 753 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito Tributário, Departamento de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo,

2009.

BEVILAQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1975, vol. I.

BEVILAQUA, Clovis. **Teoria geral do direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, F. Alves, 1980.

BRITO, Edvaldo. Nota prévia. In: GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Traduzido por: Ingo Wolfgang Sarlet; Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2009.

CASTRO JÚNIOR, Torquato. **A pragmática das nulidades e a teoria do ato jurídico inexistente**: reflexões sobre metáforas e paradoxos da dogmática privatista. São Paulo: Noeses, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial: direito de empresa**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado teórico e prático dos contratos**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 2.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Teoria da norma jurídica**: ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. **Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

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

LOSANO, Mario G. Derecho turbulento: en busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales. **Doxa**, 28/159-182.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Efeitos dos vícios do ato administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do fato jurídico**: plano da eficácia, 1ª parte. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo 4.
- MÜLLER, Friedrich. **Metodologia do direito constitucional**. 4. ed. Traduzido por: Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **A vontade de poder**. Traduzido por: Marcos Sinésio Pereira Fernandes; Francisco José Dias de Moraes. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.
- PARIZATTO, João Roberto. **Serviços notariais e de registro**. Brasília: Brasília Jurídica, 1995, p. 15.
- PEDROSA, Ronaldo Leite. **Direito em história**. 3. ed. Nova Friburgo; Rio de Janeiro: Imagem Virtual, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 231.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Introdução. In: BEVILÁQUA, Clovis. **Código civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. Rio de Janeiro: Rio, 1975, vol. I.
- RUGGIERO, Biasi. **Questões imobiliárias**. São Paulo: Saraiva, 1997.
- SCHLEIERMACHER, Friedrich Daniel E. **Hermenêutica: arte e técnica de interpretação**. Traduzido por: Celso Braidá. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 93.
- SILVEIRA, Alípio. Os métodos de interpretação da lei em nosso supremo tribunal. In: NADER, Paulo (Coord.). **Revista forense comemorativa – 100 anos**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. tomo. 2.
- TJDF, AgIn 1998.00.2.000124-9 – 2.^a T. Cível – j. 22.06. 1998 – Rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, Jurisprudência selecionada In **Revista de direito imobiliário**. Instituto de Registro Imobiliário do Brasil (IRIB), ano 22, n.º 46, jan./jun./1999. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 261-263.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- VILANOVA, Lourival. **Causalidade e relações no direito**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VON LIGHENTAL, K. S. Z. **Cours de droit civil français**. Strasbourg, F. Lagier: Libraire-éditeur, 1839, tomo 2.

Correspondência | Correspondence:

Noel de Oliveira Bastos

Universidade Potiguar – UnP, Av. Roberto Freire, 1684, Bairro Capim Macio, CEP 59.082-400. Natal, RN, Brasil.
Fone: (84) 3215-1234.
Email: noelbastos@unp.br

Recebido: 09/07/2013.
Aprovado: 23/10/2013.

Nota referencial:

BASTOS, Noel de Oliveira; BASTOS, Noel Pinheiro. Incorporação imobiliária: da metáfora dos “planos jurídicos” às suas repercussões eficácias. **Revista Direito e Liberdade**, Natal, v. 15, n. 3, p. 120-140, set./dez. 2013. Quadrimestral.