

# A SÚMULA Nº 308 DO STJ E O PERMUTANTE DE TERRENO: ANÁLISE DO RESP Nº 1.432.693/SP

**Roberta Mauro Medina Maia**

Doutora e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professora dos Cursos de Pós-Graduação *latu sensu da* UERJ e da PUC-Rio. Advogada.

---

**Resumo:** O objetivo deste artigo é comentar a decisão proferida no âmbito do Recurso Especial nº 1.432.693/SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, que estendeu os efeitos da Súmula nº 308 do STJ ao permutante de terreno. Ao comentar a decisão, o texto discorre sobre a incoerência da referida Corte em relação à figura do permutante e à inconveniência da extensão dos efeitos da Súmula ao mesmo.

**Palavras-chave:** Recurso Especial nº 1.432.693/SP. Hipoteca. Permutante de Terreno. Incorporação Imobiliária.

**Sumário:** **1** Apresentação do caso – **2** A Súmula nº 308 do STJ – **3** Incorporação imobiliária e permuta física: notas sobre o permutante de terreno – **4** Colocando as barbas de molho: análise da extensão dos efeitos da Súmula nº 308 aos permutantes de terreno – **5** Conclusão

---

## 1 Apresentação do caso

O acórdão em questão envolve Agravo Interno interposto por Progresso S.A. contra decisão do relator – Ministro Marco Aurélio Bellizze – que negou provimento ao seu Recurso Especial. A referida empresa era credora hipotecária da Encol S.A. Engenharia, incorporadora com atuação expressiva em todo Brasil até o momento de sua falência, em 1999. Com base nos fatos narrados no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, que desafiou a interposição de Recurso Especial, a hipoteca instituída em favor da Progresso S.A. destinava-se a garantir o pagamento do preço do terreno de propriedade da mesma, sobre o qual a Encol S.A. erigiria unidades autônomas.

O imbróglgio teve início quando Izilda Kalil Pinto e Noé Vanderlei Pinto – aqui identificados como recorridos – ajuizaram, inicialmente, contra Encol S.A.

Engenharia, Ação Declaratória e Condenatória, cujo escopo era a adjudicação compulsória de imóvel por eles quitado, objeto de contrato de promessa de compra e venda, além da liberação de hipoteca que sobre ele recaía. Tal ação foi julgada parcialmente procedente, restando a Encol S.A. condenada a outorgar a escritura definitiva do imóvel aos ali autores, mas ressalvando-se que a mesma não teria meios para liberar a hipoteca, ato que caberia exclusivamente à credora hipotecária. Diante de tal resultado, Izilda e Noé ajuizaram Ação de Cancelamento de Hipoteca em face de Encol S.A. e Progresso S.A., sendo esta a demanda apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça na oportunidade aqui comentada.

Um aspecto processual específico tornava o caso mais complexo: conforme consta do relatório do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a Progresso S.A. também ajuizou Ação de Adjudicação Compulsória em face da Encol S.A., que também foi julgada procedente. No entanto, a ação movida por Izilda Kalil Pinto e Noé Vanderlei Pinto transitou em julgado em primeiro lugar, sem que a Progresso S.A. tivesse dela participado. Em tais casos, conforme esclarecido no aresto do Tribunal *a quo*, opondo-se as duas sentenças transitadas em julgado, prevalece a primeira, conforme orientação esposada pelo Superior Tribunal de Justiça. Tinha-se aí, portanto, na leitura do Tribunal de origem, a prevalência do que foi decidido na ação movida por Izilda e Noé, em detrimento da adjudicação compulsória obtida por Progresso S.A., que não moveu, conforme ali observado, Ação Rescisória no intuito de desconstituir a coisa julgada que favorecia os que nesse Recurso Especial figuravam como recorridos. Ressalte-se que a recorrente, além de ter ajuizado a Ação de Adjudicação Compulsória em face da Encol S.A, ainda habilitou o seu crédito perante a massa falida desta e obteve a penhora da hipoteca que o garantia.

O acórdão desafiado por meio de Recurso Especial explica ainda que a Progresso S.A. não sustentou, em momento algum, a nulidade da Ação de Adjudicação Compulsória movida por Izilda e Noé, cabendo-lhe arguir, nos termos daquele aresto, a inobservância do litisconsórcio, por ser a mesma a credora hipotecária. E, muito embora o fator preponderante para que o Tribunal de Justiça de São Paulo acolhesse a pretensão de Izilda e Noé tenha sido a falta de propositura de Ação Rescisória por parte da Progresso S.A, ali se entendeu que não poderia esta pretender o preavalecimento da hipoteca contra aqueles que quitaram o preço do imóvel perante a Encol. Por tal motivo, o Tribunal *a quo* sustentou ser aplicável, à hipótese, a Súmula nº 308 do STJ.

Importante observar que, conforme narrado no acórdão recorrido, o magistrado sentenciante entendeu ser de “fragilidade sem tamanho” o argumento de que o contrato de compra e venda de Izilda e Noé não foi registrado anteriormente à instituição do gravame hipotecário ou foi firmado posteriormente ao

ônus hipotecário. Como se verá oportunamente, de frágil, tal argumento nada tem. Aliás, muito pelo contrário: guarda relação com princípios essenciais do arcabouço teórico que norteia os direitos reais em seu funcionamento na prática.

Diante do disposto no acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo, Progresso S.A. interpôs Recurso Especial alegando, em síntese, a violação: a) dos arts. 515, parágrafo primeiro, e 535, II do CPC/1973, por inexistir análise expressa dos arts. 267, IV, e 1046 do CPC/73, aduzindo que a ação proposta seria a via inadequada para obter o cancelamento da hipoteca, dada a prévia existência de execução aforada pela recorrente contra a Encol S.A.; b) dos art. 267, IV, e 1046 do CPC/1973, pois a ação ajuizada seria a via inadequada para o cancelamento da hipoteca; c) do art. 755 do CC/1916 (CC/2002, art. 1419) e do art. 815 do CC/1916 (CC/2002, art. 1481), sustentando que a hipoteca que se pretende desconstituir foi instituída antes de a Encol S.A. firmar o competente instrumento particular de compromisso de compra e venda com os autores da Ação de Cancelamento da Hipoteca, os quais tinham ciência da existência do gravame que recaía sobre o imóvel, conforme consta do contrato. Salientou, por fim, não ser instituição financeira, mas sim pessoa jurídica que celebrou escritura de dação em pagamento com a Encol, antes de a mesma vir a falir, transferindo a esta o terreno para que nele erigisse edificações, e recebendo como contrapartida alguns apartamentos ali construídos. Neste último tópico questionava-se a extensão dos efeitos da Súmula nº 308 a pessoas jurídicas que não são instituição financeira, caso da recorrente.

Como a hipótese em comento envolve inequívoca permuta física – alienação de fração ideal de terreno com a retenção, como contrapartida, de outra fração ideal, acrescida das acessões –, é importante ressaltar, antes de prosseguir, que, até o julgamento deste Recurso Especial, a Súmula nº 308 do STJ tinha sua esfera de abrangência restrita às instituições financeiras que concediam financiamento para a execução das obras decorrentes de incorporação imobiliária. Tal circunscrição de sua esfera de abrangência constava expressamente de seu verbete, como se verá.

Os permutantes de terreno, ou seja, os proprietários que alienavam seus imóveis para as incorporadoras, obtendo como contrapartida um percentual de unidades a serem erigidas no local, habituaram-se a aceitar, como garantia da obrigação a ser executada pela incorporadora, hipoteca que recairia sobre o próprio imóvel alienado, bem como sobre tantas unidades quantas bastassem à garantia de seu crédito. Tal garantia não era, portanto, abarcada pelo teor da referida Súmula, que se restringia a uma hipótese específica de instituição de hipoteca: a destinada a garantir o pagamento de dívida contraída perante instituição financeira para a construção de empreendimento imobiliário, objeto de incorporação. Esse cenário mudou com o acórdão ora em comento, pois o mesmo estende

os efeitos da Súmula nº 308 do STJ a hipótese que envolve garantia instituída pela incorporadora no intuito de assegurar o cumprimento de obrigação contraída com o alienante do terreno, assumida por meio de contrato de permuta.

Em relação a esse tópico, o caso em questão ainda apresentava uma peculiaridade: as unidades prometidas à venda pela Encol aos recorridos não foram erigidas no terreno de propriedade da recorrente (Progresso S.A.), mas em local diverso, decorrendo a hipoteca que recaía sobre as mesmas de aditivo ao contrato de dação em pagamento por meio do qual a Encol se comprometeu a entregar à Progresso S.A. um percentual das unidades que seriam erigidas sobre o terreno que a esta pertencia até então. Daí tais unidades não terem sido objeto da Ação de Adjucação Compulsória movida por Progresso S.A. em face da Encol, enquanto o foram na Ação de Adjucação Compulsória movida pelos recorridos em face da construtora. As hipotecas questionadas por Izilda e seu esposo (recorridos) foram instituídas antes de o imóvel ter sido prometido à venda aos mesmos, em virtude do descumprimento do contrato de Dação em Pagamento firmado entre Encol e Progresso S.A.

O caso em tela envolve Agravo Interno em sede de Recurso Especial, decorrente de decisão monocrática do relator (Min. Marco Aurélio Bellizze), na qual foi negado provimento ao Recurso Especial. Todavia, antes que seja possível comentar a opção esposada pelo Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento em questão, é indispensável tecer maiores considerações a respeito das circunstâncias que motivaram a edição da Súmula nº 308 daquela Corte, bem como do papel do permutante de terreno nos contratos de incorporação imobiliária.

## 2 A Súmula nº 308 do STJ

Em 25.4.2005, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula nº 308, segundo a qual “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”. O entendimento jurisprudencial então sumulado foi objeto de pesadas críticas, porque a garantia hipotecária instituída pelas incorporadoras teria sua eficácia reduzida.<sup>1</sup> Para alguns, o próprio instituto da hipoteca estaria em risco, pois, em virtude da Súmula, esta deixaria de ser oponível *erga omnes* e perderia, na prática, a característica de direito real, “especialmente no que tange à seqüela”.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Por todos, v. SILVA, José Marcelo Tossi. *Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 65.

<sup>2</sup> MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel *et alii*. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça. *Revista de Direito Imobiliário*, n. 63, p. 13, jul./dez. 2007.

A prática conduzida pelo mercado imobiliário até então envolvia a instituição, pela incorporadora, de hipotecas que onerariam cada uma das unidades autônomas resultantes da atividade de incorporação, como forma de obter financiamento para as obras de instituições financeiras (credoras hipotecárias). Em razão da oponibilidade *erga omnes* atribuída a este direito real, a constituição de tais hipotecas era amplamente aceita tanto pelas instituições financeiras quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai de acórdão prolatado em 2002:

Civil. Promessa de Compra e Venda. Hipoteca anterior. Se, à data da promessa de compra e venda, o imóvel já estava gravado por hipoteca, a ela estão sujeitos os promitentes compradores, porque se trata de direito real oponível *erga omnes*; o cumprimento da obrigação de escriturar a compra e venda do imóvel sem quaisquer onerações deve ser exigido de quem a assumiu, o promitente vendedor. Recurso especial conhecido, mas não provido.<sup>3</sup>

A questão foi judicializada porque os terceiros adquirentes das unidades autônomas hipotecadas não conseguiam, mesmo após a quitação do preço da unidade junto à incorporadora, obter autorização da instituição financeira para que o registro da hipoteca fosse baixado, já que o contrato de financiamento firmado entre as duas ainda não se encontrava adimplido. Sem ter figurado como parte do contrato de financiamento, o terceiro adquirente era indiscutivelmente afetado por seus efeitos, já que a hipoteca que onerava sua unidade só poderia ser cancelada quando a dívida contraída pela incorporadora fosse quitada.

Inicialmente, a jurisprudência do STJ reconhecia a nulidade somente das hipotecas instituídas pela incorporadora após o contrato de promessa de compra e venda, quando a promitente vendedora já não poderia praticar qualquer ato de disposição sobre o bem prometido à venda. Todavia, no intuito de escapar de tal resultado, as incorporadoras faziam constar do contrato de promessa de compra e venda uma cláusula mandato, que outorgava a elas, promitentes vendedoras, poderes destinados à eventual outorga de garantia hipotecária, a recair sobre o imóvel objeto do contrato. O STJ, com razão, entendeu que, por se tratar de relação de consumo, tal cláusula era abusiva e, conseqüentemente, nula.<sup>4</sup>

Na verdade, o ponto mais questionável da Súmula nº 308 é a menção feita às hipotecas instituídas anteriormente à promessa de compra e venda, quando o direito de dispor da unidade ainda caberia ao incorporador. A esse respeito,

<sup>3</sup> STJ, 3 T., REsp nº 314.122/PA, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 5.8.2002.

<sup>4</sup> Sobre tal entendimento, v., em especial, STJ, 4ª T., REsp nº DJ 410.306/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 7.10.2002; STJ, 3ª T., REsp nº 617.045/GO, Rel. Min. Castro Filho, DJ 17.12.2004.

ressalte-se que o art. 1475 do CC/2002 dispõe ser nula a cláusula que proíbe o proprietário de alienar o imóvel hipotecado, ressalvando-se a possibilidade de convencionar-se o vencimento antecipado do crédito em caso de alienação. Não há óbice legal, portanto, à alienação de unidade hipotecada.

De modo bastante diverso, em relação às hipotecas posteriormente constituídas, é fácil concordar com a opção adotada pela Corte: ora seriam nulas porque instituídas quando o alienante já se encontraria privado do exercício de quaisquer atos de disposição – caso em que a hipoteca seria instituída após a promessa de compra e venda –, ora porque instituídas por meio de cláusula-procuração, inserida em contratos de adesão, cujo teor não poderia ser alterado pelo adquirente. Nesse último caso, a abusividade da cláusula, reconhecida pelo STJ, tornaria nula a disposição contratual que autorizaria a instituição da hipoteca. Se o principal efeito daquela seria a instituição do gravame sobre a unidade adquirida, o correto seria a menção pela Súmula de que, por força da nulidade da cláusula, a hipoteca sequer se constituiu.

Em relação a estas não se vê, portanto, qualquer violação à oponibilidade *erga omnes* atribuída às hipotecas e aos direitos reais de um modo geral. O problema é a extensão do entendimento sumulado às hipotecas anteriormente instituídas, sendo importante buscar os motivos que levaram o Superior Tribunal de Justiça a adotar tal posicionamento. Aparentemente, foram as peculiaridades de um caso relatado pela Min. Nancy Andrighi, no qual a mesma restou vencida, que conduziram a Corte a tal opção. A referida decisão se encontra assim ementada:

Direito Civil. Hipoteca. Efetivação anterior à aquisição do imóvel. Eficácia. Salvo nos casos de aquisições feitas através do Sistema Financeiro de Habitação, o instituto da hipoteca deve ser prestigiado. Principalmente se o gravame é efetivado antes da aquisição. Recurso parcialmente provido.<sup>5</sup>

Em seu voto, a relatora entendeu que como o compromisso de compra e venda em questão afirmava textualmente que o imóvel estava “livre e desembaraçado”, a existência da hipoteca violaria expectativa legítima do adquirente, o que tornaria a sua instituição contrária ao princípio da boa-fé objetiva. A partir daí, é possível encontrar diversas referências à inoponibilidade, perante o terceiro adquirente, da hipoteca instituída anteriormente à promessa de compra e venda, em virtude de uma suposta violação à boa-fé objetiva, valendo citar, como exemplo, trecho do seguinte acórdão:

<sup>5</sup> STJ, 3ª T., REsp nº 578.981/GO, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 7.6.2004.

O entendimento pacificado no âmbito da 2ª Seção deste STJ é no sentido de que, em contratos de financiamento para a construção de imóveis pelo SFH, a hipoteca concedida pela incorporadora em favor do Banco credor, ainda que anterior, não prevalece sobre a boa-fé do terceiro que adquire, em momento posterior, a unidade imobiliária. Súmula 308 do STJ.<sup>6</sup>

Ora, se a hipoteca só será instituída mediante registro no Registro Imobiliário competente, não há como afirmar que o terceiro adquirente não tinha meios de conhecê-la. Mesmo no caso de relatoria da Min. Nancy Andrighi, a despeito de o contrato afirmar, de modo genérico, que o imóvel se encontrava “livre e desembaraçado de ônus”, a leitura da certidão de ônus reais do imóvel demonstraria o contrário, não nos parecendo adequado arguir qualquer violação à boa-fé objetiva em virtude de eventual falta no dever de informar. Nos negócios imobiliários, a certidão de ônus reais é documento de consulta obrigatória, e o fato de o adquirente não ter tido tal cuidado não acarretaria, por si só, a inoponibilidade da hipoteca perante terceiros.

Desse modo, não é exagero algum afirmar que a Súmula é bem mais genérica do que deveria ser. No entanto, também não se vislumbra o apocalíptico “risco” a que estaria, até então, exposto o instituto da hipoteca, conforme anunciado pela doutrina.<sup>7</sup> Primeiramente, é forçoso reconhecer que, a despeito da infeliz abrangência, pela Súmula nº 308, das hipotecas instituídas anteriormente à promessa de compra e venda, a mesma foi até benéfica para o mercado imobiliário, na medida em que o obrigou a adaptar-se, compatibilizando a instituição da garantia real com os direitos dos terceiros adquirentes. E tal mudança era necessária, já que estes eram inequivocamente prejudicados pelos efeitos do contrato de financiamento, do qual sequer figuravam como parte.

Atualmente, as hipotecas continuam sendo instituídas pelas incorporadoras, onerando as unidades autônomas postas à venda, que servem de garantia real aos contratos de financiamento. No entanto, ao contrário do que antes ocorria, os eventuais prejuízos impostos aos terceiros adquirentes encontram-se hoje mitigados, pois se estipula, no contrato de promessa de compra e venda, a obrigação, a cargo do incorporador, de efetuar o cancelamento do registro da hipoteca em até seis meses a partir da averbação da construção, sob pena de multa em caso de impontualidade. Com isso, é perfeitamente possível exigir a baixa no registro da hipoteca quando o adquirente decide quitar o imóvel por ocasião da entrega das chaves.

<sup>6</sup> STJ, 4ª T., REsp nº 625.045/GO, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ 6.6.2005.

<sup>7</sup> MARQUES, Beatriz Pereira de Samuel *et alii*. Os rumos da hipoteca diante do advento da Súmula nº 308 do Superior Tribunal de Justiça, cit., p. 13.

Ademais, é possível afirmar que a Súmula nº 308 já era um tanto anacrônica desde o seu advento. Isso ocorre porque o problema enfrentado pelos terceiros adquirentes decorria da chamada indivisibilidade das hipotecas, em virtude da qual persistiria a garantia enquanto não extinta a obrigação garantida.<sup>8</sup> Se o terceiro adquirente quitava o valor de sua unidade, isso não significaria a quitação do valor integral do financiamento contraído pela incorporadora, razão pela qual a instituição financeira – credora hipotecária – poderia opor-se à baixa da hipoteca relativamente à unidade quitada, o que importaria em redução da garantia. Em razão da indivisibilidade, a totalidade dos bens gravados a manteria íntegra,<sup>9</sup> sendo esta a conclusão que se extrai do art. 1421 do Código Civil: “O pagamento de uma ou mais prestações da dívida não importa exoneração correspondente da garantia, ainda que esta compreenda vários bens, salvo disposição expressa no título ou na quitação”.

No entanto, além de ser dado às partes afastar contratualmente a regra da indivisibilidade, o Código Civil de 2002 já a afastava expressamente no art. 1488, que se refere justamente às hipóteses de condomínio edilício: “Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito”.

Assim, quando do advento da Súmula, o legislador já havia encontrado uma solução para o problema, permitindo que a garantia real fosse dividida, sem prejudicar, portanto, os adquirentes que já houvessem quitado suas unidades. Diante de tal quadro, é possível afirmar que, em virtude das modificações experimentadas na prática contratual em questão, bem como em razão da mudança legislativa introduzida pelo Código de 2002, a despeito da Súmula nº 308 do STJ, o problema foi resolvido pelo mercado: quando o promitente comprador quita a unidade que lhe cabe, perante a incorporadora, esta repassa à instituição financeira o valor proporcional correspondente à mesma, que será abatido do valor total da dívida. O impasse parecia superado, ao menos até o julgamento do acórdão aqui exposto.

### **3 Incorporação imobiliária e permuta física: notas sobre o permutante de terreno**

Qualquer incorporação imobiliária envolve uma complexa rede de contratos, todos destinados a um mesmo fim: a construção e ulterior entrega de unidades

<sup>8</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1060.

<sup>9</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das Coisas*, cit., p. 1060.



autônomas, erigidas no local que lhe serve de objeto, aos terceiros adquirentes destas.<sup>10</sup> Se a Súmula nº 308 revela, em seu verbete, a possibilidade de um desses contratos – no caso, o de financiamento – vir a afetar pessoas que dele não figuraram como parte, é certo que tal risco, decorrente do fato de ser a incorporação imobiliária uma rede contratual, não se exaure nessa hipótese específica. Nesse cenário, é indispensável expor a importância de figura quase tão central nessas operações quanto o incorporador, pois, sem ela, incorporação não haverá: o proprietário do terreno.

Com o aumento progressivo do custo dos imóveis, tornou-se cada vez mais difícil, para as incorporadoras, adiantar integralmente o valor do terreno escolhido para ser objeto da incorporação imobiliária, quitando, antes do lançamento desta, o preço eventualmente cobrado pela terra nua por seu proprietário. Dissemina-se, com isso, o contrato de permuta física, podendo ser definido como permutante, quando esta foi a opção adotada, o proprietário de imóvel que contrata a alienação, ao incorporador, de uma fração ideal de seu terreno, reservando-se para si propriedade da outra fração ideal, acrescida das acessões. Por meio desse contrato, “o incorporador obriga-se a construir para o proprietário-permutante determinadas unidades imobiliárias, que haverão de vincular-se ao quinhão que aquele proprietário reservara para si”.<sup>11</sup>

É por força dessa obrigação, portanto, que a garantia hipotecária poderá ser utilizada pela primeira vez em sede de incorporação imobiliária: antes mesmo de contrair financiamento para a obra, o que justificava a constituição do gravame hipotecário mencionado pela Súmula nº 308 do STJ, já haveria, eventualmente, uma hipoteca anterior. Esta, recaindo sobre o imóvel e as acessões, asseguraria ao permutante o cumprimento, pelo incorporador, da obrigação de construir e entregar as unidades a ele pertencentes por força do contrato de alienação do terreno. Inclusive, até o advento da Súmula nº 308, era comum que coexistissem, durante a obra, a hipoteca de primeiro grau, instituída em favor do permutante, e a de segundo grau, cujo credor hipotecário seria a instituição financeira. E, em que pese tal coexistência seja até hoje permitida por lei, pois o art. 1.476 do CCB autoriza o dono do imóvel a constituir outra hipoteca sobre o mesmo, as instituições financeiras, no curso da última década, passaram a preteri-la.

<sup>10</sup> Sobre o tema, v. LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 173: “É da necessidade de crédito, tanto para a produção quanto para consumo, que surgem, em verdade, as redes contratuais no mercado imobiliário habitacional, envolvendo negócios para a produção, comercialização e garantia dos respectivos créditos concedidos”.

<sup>11</sup> CHALHUB, Melhim Namen. *Da Incorporação Imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 225. É importante ressaltar que a retenção de fração ideal de terreno, acrescida das acessões, pode se dar por meio de contrato de permuta ou não. No caso em tela, a opção eleita foi um Instrumento de Confissão de Dívida seguido de Escritura de Dação em Pagamento, por meio da qual a dívida em pecúnia foi substituída pela entrega de determinado percentual de unidades autônomas.

Em relação às obrigações assumidas perante o permutante de terreno, a hipoteca é, sem dúvida, a garantia que se mostra mais barata: uma vez alienadas por ele as frações ideais do imóvel, a incorporadora tem a possibilidade de fazer recair a hipoteca sobre as que a ela foram transferidas e, conseqüentemente, por força do art. 1.488 do CCB, às unidades que lhe cabem. Não há, assim, qualquer incremento no custo da produção em razão da instituição da garantia e, tratando-se de hipoteca, a posse do imóvel é mantida com o devedor – no caso, a incorporadora.

As outras opções possíveis, notadamente o seguro performance e a fiança bancária, ou se mostram custosas, tendo impacto no custo global da obra, ou infinitamente menos seguras, tais como a fiança da holding – empresa controladora daquela que conduzirá a incorporação. Nesse último caso, muito embora, nos últimos anos, essa garantia – pessoal, não real – tenha sido utilizada em razão da rejeição, pelas instituições financeiras, da posição de credora hipotecária de segundo grau, é forçoso reconhecer que a mesma não apresenta, para o permutante de terreno, a mesma segurança que uma garantia real.

Sendo praxe, atualmente, a manutenção da hipoteca instituída em favor do permutante de terreno apenas até a obtenção de financiamento para a obra – quando cancela-se o registro da referida hipoteca e institui-se outra em favor da instituição financeira –, a substituição dessa garantia, a partir de tal momento, pela fiança concedida pela holding, gera para o permutante o difícil cuidado de monitorar as finanças da fiadora. Resumidamente, se, para a incorporadora, a hipoteca era a opção mais barata, para o permutante de terreno seria a mais segura. Seria, até o julgamento do Ag. Int. no REsp nº 1.432.693/SP.

#### **4 Colocando as barbas de molho: análise da extensão dos efeitos da Súmula nº 308 aos permutantes de terreno**

Todo magistrado, aqui e alhures, será perseguido, durante sua vida profissional, por um trágico dilema, imposto pela dificuldade, comum aos sistemas jurídicos, de acomodar, em todas as circunstâncias, o valor justiça e o valor segurança jurídica. No intuito de melhor expor o tema, vale transcrever as palavras de José de Oliveira Ascensão:

O drama está em que a justiça e a segurança, embora caminhem normalmente a par, podem em certos casos ter exigências não coincidentes. Pode falar-se de uma repetida confrontação de dois valores, cabendo à Política resolver em cada caso. Com frequência, será necessário sacrificar a justiça por amor da segurança, ou sacrificar a segurança por amor da justiça, ou sacrificar ambas parcialmente.

Esses sacrifícios são inevitáveis. Se se perseguir cegamente a justiça, sem atender à segurança, a instabilidade da vida social anulará as vantagens idealmente obtidas. Se pelo contrário se perseguir a segurança sem atender à justiça caminhar-se-á para formas de opressão ou embotamento que tornam a ordem social daí resultante uma carapaça da força. Deve-se atender na solução ao hierarquicamente superior da justiça, mas nem um nem outro valor podem ser ignorados.<sup>12</sup>

Por razões óbvias, será sempre mais confortável pensar, ao final do dia, que se fez justiça. É sempre dura a sensação de sacrificá-la em prol da segurança jurídica. No entanto, transpondo esse dilema milenar para o caso aqui comentado, é possível perceber que se trata realmente de um drama sem fim: se, por questões de justiça, é razoável assegurar ao terceiro adquirente que a unidade a ele compromissada lhe será transferida a qualquer custo, independentemente da existência de hipoteca que, por lei, imporá ao bem destino diverso, quais são, diante da Súmula nº 308 e desse novo acórdão que amplia a sua esfera de incidência, os efeitos da hipoteca? Quais são as expectativas que um credor hipotecário pode ter, hoje, a respeito dos direitos que lhe são atribuídos em razão da existência de tal garantia real?

A resposta a tais perguntas não é tão simples quanto deveria ser, o que revela uma realidade inafastável: sempre que o intérprete se afastar das regras postas supostamente em prol da promoção de princípios jurídicos, se a fundamentação de tal escolha não for racional e adequada, gerar-se-á insegurança jurídica. Se a individualização da normativa adequada e vigente não for conduzida por meio de “empenhada atividade hermenêutica”, o resultado será problemático.<sup>13</sup> Tome-se, como exemplo, o verbete da Súmula nº 308 do STJ. De seu texto não é possível extrair por qual motivo as hipotecas constituídas anteriormente à promessa de compra e venda não têm *eficácia* perante os adquirentes do imóvel.

Ora, o que se conclui, a partir de tal assertiva, é que a hipoteca, instituída anterior ou posteriormente ao contrato de promessa de compra e venda da unidade autônoma, não produzirá efeitos sobre o promitente comprador. No entanto, a opção do Superior Tribunal de Justiça, salvo melhor juízo, não foi a mais técnica. Se o negócio jurídico que institui a hipoteca é reputado como existente e válido, por quais motivos não produzirá efeitos perante o promitente comprador?

A insegurança jurídica gerada pelo entendimento sumulado decorre da frustração das expectativas daqueles que recorrem ao disposto em lei e, por

<sup>12</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *O Direito: introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005, p. 200.

<sup>13</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 73.

força da orientação jurisprudencial, não obtêm os efeitos atribuídos por ela aos atos praticados. No caso da hipoteca, sendo celebrada com base nos ditames dos arts. 104 e 108 do CC/2002, que assegurariam sua validade, os efeitos esperados seriam, a partir do registro, exigidos pelo art. 1227 do CC/2002 para a transmissão ou constituição de qualquer direito real, os que se seguem: a) oponibilidade da posição jurídica do credor perante terceiros (*erga omnes*), nos termos do art. 1419 do CC/2002; b) a atribuição ao credor hipotecário do direito de seqüela, ou seja, a possibilidade de perseguir o bem e exercer o direito de excuti-lo em face de quem quer que seja (art. 1422, CC/2002); c) a prioridade, correspondente ao direito de ter seu crédito prioritariamente pago com o valor do objeto da garantia, respeitada a ordem prevista no art. 83 da Lei nº 11.101/2005 (art. 1422, parágrafo único, CC/2002).

No caso das hipotecas constituídas posteriormente à celebração do contrato de promessa de compra e venda, o Superior Tribunal de Justiça teria chegado ao mesmo resultado, e de modo mais técnico, se recorresse ao art. 1420 do Código Civil, que assegura a possibilidade de hipotecar bens apenas àqueles que podem aliená-los.<sup>14</sup> Se fosse, portanto, posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda, a nulidade da hipoteca seria inevitável, pois quem a instituiu não detinha mais o poder de dispor do bem. Caso a garantia fosse instituída por meio de procuração, sendo considerado nulo o preceito contratual que outorgava ao incorporador poderes para fazê-lo após a alienação, o verbete da Súmula seria mais correto e coerente se mencionasse a nulidade da hipoteca em razão da abusividade da cláusula que autorizou sua instituição, no lugar de negar-lhe eficácia sem prévia declaração de invalidade.

Se, de modo contrário, a referida garantia é considerada válida, deverá produzir efeitos e, sendo a oponibilidade o principal deles, não é conveniente, em virtude da quebra da coerência interna que a lei atribui ao instituto em questão, deixar nos jurisdicionados a crença de que se tem aqui “meia oponibilidade” ou “oponibilidade relativa”. Ou o direito real é oponível *erga omnes* ou não poderá ser assim qualificado, não havendo outra conclusão que possa ser extraída de nosso sistema jurídico.<sup>15</sup>

Justamente por isso, um dos pontos capazes de justificar a crítica que será aqui formulada à orientação esposada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Ag Int. no REsp nº 1.432.693/SP é o que já justificaria pesada crítica à redação do verbete da Súmula nº 308 do STJ: a inclusão das hipotecas

<sup>14</sup> GOMES, Orlando. *Direitos Reais*. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 383: “Só quem pode alienar poderá hipotecar, visto que, se não paga a dívida, o imóvel será judicialmente vendido”.

<sup>15</sup> Sobre o tema, seja-nos consentir remeter a MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 120-129.

instituídas anteriormente à promessa de compra e venda. Conforme já exposto, tal inclusão ocorreu, pois, em acórdãos anteriores à edição da referida Súmula,<sup>16</sup> entendeu-se que, no âmbito dos contratos de *financiamento* pelo *Sistema Financeiro de Habitação (SFH)*, as hipotecas constituídas anteriormente ao contrato de promessa de compra e venda não prevaleceriam sobre a boa-fé do adquirente. Ressalte-se que a importância de prestigiar a referida garantia real em todas as outras hipóteses foi, inclusive, mencionada em tais decisões,<sup>17</sup> revelando-se, com isso, a opção de tratar a inoponibilidade da garantia como opção conveniente em uma hipótese excepcional, qual seja, a de contratos de financiamento no âmbito do SFH.

A respeito do tema, é importante ressaltar que a leitura do inteiro teor dos acórdãos anteriormente citados revela que o entendimento então esposado foi o de considerar a ocorrência de violação do dever de informar, anexo à boa-fé, em virtude da existência de hipoteca previamente registrada. Todavia, direitos reais são dotados de eficácia peculiar – *erga omnes* – justamente em razão da prévia publicização de tais vínculos, exigida por lei (CCB, arts. 1226 e 1227). Portanto, se a consulta aos assentamentos registrais correspondentes ao imóvel é obrigatória para o adquirente, não há como identificar, aí, uma violação ao dever de informar. Sustentar o contrário significaria reduzir consideravelmente o padrão de conduta exigido das partes no tráfego jurídico dos direitos patrimoniais, afetando-se, novamente, a segurança jurídica que lhe é imprescindível.

Há que se ter cuidado, portanto, com o sentido e a circunscrição da Súmula nº 308 do STJ. Se é lícita a alienação de imóveis hipotecados, sendo, inclusive, nula a cláusula que a proíbe (CCB, art. 1.475),<sup>18</sup> seria arriscado estender os efeitos da Súmula para além dos contratos de financiamento. Nesse caso específico, muito embora a redação eleita pelo Superior Tribunal de Justiça não seja a mais feliz, é forçoso reconhecer que a impossibilidade de o adquirente obter o registro da escritura definitiva, após a quitação do preço perante a incorporadora, era um inconveniente que precisava ser sanado. A prática comercial à época adotada, por provocar uma enxurrada de ações judiciais, mostrava-se, portanto, nefasta. Era, ainda, contrária à função social do contrato, instituto que deve servir de instrumento à conciliação e à pacificação.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> V., exemplificativamente, as notas de rodapé nº 5 e nº 6.

<sup>17</sup> A tal respeito, v. especificamente, a nota nº 5, que se refere ao REsp nº 578.981/GO, relatado pela Min. Nancy Andrighi.

<sup>18</sup> Havendo alienação, “o terceiro adquirente torna-se responsável, até o limite do valor do bem, pela solvência do débito”. RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 88.

<sup>19</sup> Nesse sentido, seja-nos consentido remeter a MAIA, Roberta Mauro Medina. *Teoria Geral dos Direitos Reais*, cit., p. 103: “Por ser o contrato visto atualmente como um vínculo que produz efeitos em seu meio social, a sua execução ou inexecução poderá afetar terceiros que, encontrando-se em posição conexa ou equiparável àquela do credor, serão prejudicados em sua esfera de interesses”.

No entanto, a extensão dos efeitos da Súmula nº 308 à figura do permutante de terreno, opção adotada no julgamento do Ag Int no REsp nº 1.432.693/SP, não se afigura correta, com a devida vênia. Primeiramente, se, a despeito da redação inadequada o referido verbete restringia a eficácia das hipotecas aos contratos de financiamento, revelava-se com isso que a fragilidade do consumidor, que não figurava como parte em tais pactos, deveria justificar a prevalência de seus direitos, em detrimento dos atribuídos ao credor hipotecário por força da garantia. Assim, resta evidente que a Súmula trata de hipótese muito específica, o que é bastante diverso de negar eficácia perante terceiros, indistintamente, a instituto que a ostenta por força de lei, sem qualquer critério. A decisão aqui comentada ignora, portanto, os fundamentos que levaram à edição da Súmula, bem como as circunstâncias que a justificaram, ao ampliar o seu alcance.

Ademais, no caso em comento, a resposta dada pela Terceira Turma ao último tópico do Recurso Especial mostra-se insuficiente. Ali se alegava a violação ao art. 755 do CC/1916 (correspondente ao art. 1419 do CC/2002) e ao art. 815 do CC/1916 (correspondente ao CC/2002, art. 1481): o primeiro referia-se à sujeição do bem, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação, enquanto o segundo previa, nos casos de alienação do mesmo, o direito atribuído ao adquirente de remi-lo, propondo para tanto, no mínimo, o preço da aquisição do imóvel.

Não há como negar que a decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo violava tais dispositivos, ao estender o alcance da Súmula nº 308 a hipótese diversa daquela ali prevista – contratos de financiamento contraídos no âmbito do SFH – sem justificativa legítima para tanto. E, a despeito de tal violação ter sido apontada no Recurso Especial, a Terceira Turma, por ocasião do julgamento do Ag Int no REsp nº 1.432.693/SP, calou-se a respeito do suposto desrespeito aos referidos dispositivos legais.

Em tópico (IV) que versa apenas sobre a aplicação, ao caso, da Súmula 308 do STJ, o voto do relator (Min. Marco Aurélio Bellizze) no acórdão ora comentado menciona não ser possível perder de vista que “o referido enunciado sumular teve por base o fato principal de que o terceiro que adquire o imóvel de boa-fé e cumpre o contrato de compra e venda, quitando o preço avençado, não pode ser prejudicado por outra relação jurídica estabelecida entre o financiador, credor hipotecário, e o construtor inadimplente”. Ora, conforme já visto, parte aí o voto de premissa equivocada, pois o alienante do terreno não é instituição financeira e a ela não pode ser equiparado. Nesse ponto, vale rememorar que, no caso em questão, as unidades hipotecadas sequer foram erigidas em terreno de propriedade de Progresso S.A (recorrente/credora hipotecária), mas em empreendimento diverso, sendo a garantia instituída em decorrência do descumprimento de obrigação assumida pela Encol, perante a credora, por meio de Escritura de Dação em Pagamento.

Na mesma passagem, adiante, o voto sustenta que “deve o financiador tomar todas as cautelas necessárias antes da celebração do contrato ou, em caso de não cumprimento da avença, buscar outros meios judiciais cabíveis para alcançar o adimplemento do negócio jurídico garantido pela hipoteca”. Repete-se o equívoco: o permutante de terreno não pode ser equiparado à instituição financeira que concede empréstimo ao incorporador para que execute a obra. Esta será, inclusive, remunerada por isso, por meio da cobrança de juros.

Tal figura é apenas alguém que aliena imóvel em troca da aquisição de um percentual de unidades que serão erigidas no local. Reproduzindo paralelo já traçado pelo Superior Tribunal de Justiça em outra ocasião, é como se fosse um terceiro adquirente que compra diversas unidades de um mesmo empreendimento, ou seja, o permutante é aquele que, longe de financiar a obra, adquire não uma, mas diversas unidades, mediante o recebimento dessas em substituição à pecúnia, trocando seu terreno por elas. Identificá-lo, portanto, com instituição financeira, representa grave erro conceitual. Em relação a tal aspecto, é importante, inclusive, rememorar decisão do Superior Tribunal de Justiça que equipara o permutante de terreno à figura do consumidor, justamente em virtude de tais aspectos:

Nem sempre o proprietário do terreno incorporador participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei 4.591/64 e que é denominada permuta no local. Nessa circunstância, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação. A figura do proprietário do terreno se equipara à do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo.<sup>20</sup>

Como se não bastasse, o acórdão aqui comentado contraria a orientação esposada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.216.853/PR, no qual decidiu-se que “o permutante que troca o terreno por unidades imobiliárias do

<sup>20</sup> STJ, 3 T., REsp nº 686198/RJ, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 1.2.2008.

empreendimento a ser construído também se enquadra no conceito de adquirente do imóvel para fins de aplicação da Súmula 308/STJ”.<sup>21</sup> Como se vê, naquela ocasião, entendeu-se que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não teria eficácia perante aqueles que adquiriram unidades imobiliárias por meio de contrato de permuta.

Para além de tais motivos, a decisão ora debatida afasta, sem justificar plenamente por qual motivo, a incidência do art. 755 do CC/1916 (correspondente ao art. 1419 do CC/2002) e do art. 815 do CC/1916 (CC/2002, art. 1481), conforme já exposto. No primeiro caso, se a existência de hipoteca anterior sujeita o bem, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação, não poderia, por força do princípio da anterioridade registral ou da prevalência, dar-se prioridade a adquirente posterior.<sup>22</sup> Ou bem a hipoteca é oponível perante os adquirentes do imóvel que sucedem a sua instituição, ou de nada valerá. Em relação ao segundo dispositivo do Código Civil aqui mencionado, também reputa-se insuficiente a justificativa dada pelo acórdão em comento para ignorá-lo, pois a consequência esperada pelo credor hipotecário, caso o imóvel hipotecado venha a ser alienado, é a possibilidade, atribuída ao adquirente, de remi-lo.

E é este o problema enfrentado em relação à segurança jurídica: os efeitos dos negócios jurídicos eleitos pelas partes precisam ser conhecidos e respeitados, pois, caso contrário, resta violada a confiança daqueles que se dedicam ao tráfego jurídico dos direitos patrimoniais. Especificamente em relação aos direitos reais, em virtude da oponibilidade perante terceiros – efeito decorrente da exigência, pelo legislador, da prévia e indispensável publicização de tais vínculos –, o fornecimento, pelo legislador, de suas características típicas, ganha especial relevância, pois, diante da irradiação *erga omnes* de sua eficácia, as consequências da adoção de uma dessas figuras jurídicas devem ser plenamente conhecidas.

A análise do inteiro teor do acórdão em comento revela que o entendimento ali esposado a partir do voto do relator, no sentido de afastar a aplicação, na hipótese dos arts. 755 e 815 do CC/1916, respaldou-se basicamente na equiparação – injustificada e equivocada, conforme já visto – do permutante de terreno aos financiadores da obra. É pena, pois, para além do equívoco de terminologia, não há nada no acórdão que explique o flagrante desrespeito aos princípios da

<sup>21</sup> STJ, 4 T., REsp nº 1.216.853/PR, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ 23.11.2015.

<sup>22</sup> Conforme leciona Gustavo Tepedino, a preferência corresponde a um aspecto temporal, em especial no que concerne aos efeitos decorrentes da instituição de direitos reais: “a prioridade no registro oferece preferência no direito” – *prior in tempore, potior in iure* (TEPEDINO, Gustavo. Teoria dos bens e situações subjetivas reais: esboço de uma introdução. In: *Temas de Direito Civil* Rio de Janeiro: Renovar, 2006, t. II., p. 142).



prevalência e da anterioridade registral, trazendo-se, para o cerne do instituto da hipoteca, instabilidade em relação àquilo que se pode esperar hoje de sua adoção, no âmbito das incorporações imobiliárias. Se se afirmar que a instituição prévia de hipoteca viola a confiança legítima do terceiro adquirente de imóvel hipotecado, de nada servirá o princípio da anterioridade registral ou mesmo o caráter preferencial do crédito, cujo pagamento é assegurado pela referida garantia real. Hipoteca inoponível é qualquer outra coisa que não hipoteca.

É inequívoca a necessidade de proteger os consumidores que optam por adquirir imóveis na planta. Estes, ao adquirirem unidade autônoma decorrente de incorporação imobiliária, dispõem hoje de diversos mecanismos legais que os afastam da sensação de serem jogados à própria sorte, ao contrário do que ocorria à época da falência da Encol,<sup>23</sup> o que, por si só, já traria algum conforto.

Se a intenção é assegurar ao promitente comprador prevalência na aquisição do bem objeto de incorporação imobiliária em qualquer cenário, poder-se-ia atingir tal escopo – louvável, diga-se de passagem – sem aniquilar, para tanto, o instituto da hipoteca, com a extensão dos efeitos da Súmula nº 308 a quem, em outra oportunidade, já se viu protegido por ela.<sup>24</sup> Em relação à eficácia dessa garantia real, observa-se que a mesma é oponível *erga omnes* por imposição legal, a despeito do que diz a referida Súmula. No entanto, apesar da oponibilidade absoluta, a preferência atribuída ao credor hipotecário é relativa, “haja vista a existência de outros créditos que devem ser pagos prioritariamente no caso de se configurar falência do devedor”.<sup>25</sup> No intuito de explicar tal relatividade, aqui faz-se nova referência ao art. 83 da Lei nº 11.101/2005.

Desse modo, ao invés de negar eficácia à hipoteca anteriormente instituída perante os terceiros adquirentes de unidades autônomas, poder-se-ia definir que, em razão da vulnerabilidade do consumidor, na esfera das incorporações imobiliárias, em caso de falência do incorporador, os terceiros adquirentes seriam credores privilegiados das unidades compromissadas, invertendo-se a ordem de prevalência, que, como se viu, é relativa.

Por mais que possa parecer só um detalhe, ou que, ao final do dia, o resultado prático seria o mesmo, não se afigura correto considerar ineficaz perante terceiros instituto que, uma vez existente e válido, terá na oponibilidade *erga omnes* o seu efeito prático. Em contrapartida, não seria ilógico admitir, em cenário de concurso de credores e no âmbito das incorporações imobiliárias, que

<sup>23</sup> Tome-se, como exemplo, a Lei nº 10.931/2004, que introduziu em nosso Ordenamento Jurídico o patrimônio de afetação, figura destinada a resguardar os terceiros adquirentes dos riscos de falência da incorporadora.

<sup>24</sup> V. nota de rodapé nº 20.

<sup>25</sup> RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*, cit., p. 142.

os terceiros adquirentes das unidades, quando já quitaram o preço, tivessem preferência na aquisição das mesmas, dada a sua vulnerabilidade. Em relação a tal aspecto, o art. 1422 do CC/2002, ao atribuir ao credor hipotecário o direito de excutir o bem e preferir, no pagamento, outros credores – observada, quanto à hipoteca, a prioridade no registro –, ressalva as dívidas que, em virtude de outras leis, devam ser pagas precipuamente.

Ora, se a intenção do Superior Tribunal de Justiça é proteger os consumidores – terceiros adquirentes de unidades objeto de incorporação imobiliária – poder-se-ia, nos casos nos quais incide o art. 83 da Lei nº 11.101/2005, equipará-los aos trabalhadores, em razão da vulnerabilidade de ambos, já amplamente reconhecida pelo legislador. Assim, ocupariam posição privilegiada, acima do credor hipotecário, dada a sua hipossuficiência. Ressalte-se que, apesar da orientação anteriormente esposada pelo Superior Tribunal de Justiça a respeito,<sup>26</sup> a equiparação da figura do permutante de terreno ao consumidor será insustentável quando se tratar de titular – pessoa física ou jurídica – de muitas glebas de terra, habituado a negociar imóveis no mercado de incorporações.

Diante do exposto, percebe-se que a clareza das regras não deve ser respeitada apenas dentro das quatro linhas dos campos de futebol. O sono de quem elege a hipoteca como garantia do pagamento de crédito seu será indiscutivelmente mais tranquilo se souber previamente qual é sua exata “posição na fila” em caso de concurso de credores, não podendo se dizer o mesmo quando a opção dos Tribunais é gerar insegurança em relação a quais podem ser os efeitos esperados do instituto, independentemente de quem seja o credor hipotecário. Se antes a ineficácia da hipoteca, por força da Súmula nº 308, cingia-se às hipóteses nas quais o credor seria instituição financeira, hoje, em razão do acórdão aqui comentado, percebe-se que tal ineficácia pode atingir credor bastante diverso, como já se viu. Em cenário de instabilidade econômica e política como o atual, o mínimo indispensável para evitar que o mercado imobiliário venha a sucumbir de vez é a coerência, a ser mantida no único lugar onde ainda é possível esperar por ela: o Poder Judiciário.

## 5 Conclusão

Mesmo estando circunscrita às hipóteses nas quais o credor hipotecário era instituição financeira, a Súmula nº 308 do STJ foi objeto de pesadas críticas, até que o mercado adaptou-se à mesma, criando mecanismos contratuais capazes de evitar que os terceiros adquirentes de unidades autônomas resultantes de

<sup>26</sup> V. nota de rodapé nº 19.

incorporação imobiliária pudessem ser prejudicados pela hipoteca, cuja função era assegurar a quitação do financiamento concedido para a obra.

Quando o impasse já parecia há muito resolvido, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Ag Int no REsp nº 1.432.693/SP, optou por estender a aplicação da referida Súmula ao permutante de terreno. Tal figura, conforme se viu, representa proprietário de imóvel que aceita, como forma de pagamento à alienação de fração ideal do mesmo, determinado percentual de unidades autônomas que serão erigidas no local pelo incorporador. Não poderia, portanto, de modo algum, ser equiparado a instituição financeira.

Na decisão aqui comentada, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no afã de proteger os terceiros adquirentes de unidades autônomas a qualquer custo, elegeu fundamentação que põe em risco a coerência interna do instituto da hipoteca, ignorando seus efeitos – quando resulta de escritura válida – e suas características típicas. Equiparando, embora subliminarmente, o permutante de terreno a alguém que financia a obra, a referida Corte torna confusos os confins da Súmula nº 308, de sua lavra, além de desrespeitar flagrantemente as disposições legais que atribuem ao credor hipotecário prioridade no pagamento de seu crédito, bem como a seqüela assegurada à mesma.

Sendo louvável a intenção da Corte, poder-se-ia chegar ao mesmo resultado com a equiparação, nos casos que justificam a aplicação do art. 83 da Lei nº 11.101/2005, dos terceiros adquirentes aos trabalhadores, que ocupam posição privilegiada, acima da qual se encontram os credores hipotecários, em cenário de concurso de credores. Sua vulnerabilidade justificaria, portanto, a prevalência na aquisição da propriedade da unidade autônoma que lhe foi prometida à venda, uma vez quitado o preço. Tal entendimento permitiria que o resultado pretendido pelo Superior Tribunal de Justiça fosse alcançado, sem, no entanto, abalar a coerência interna do instituto da hipoteca, tornando confusos os seus efeitos e permitindo ao credor hipotecário saber de antemão quais são exatamente as consequências esperadas da referida garantia real caso a mesma seja adotada.

---

#### **Abridgment of Law nº 308 and the land owner in ground swap contracts: analysis of Appeal 1.432.692/SP**

**Abstract:** This article is a commentary on the decision issued by the Superior Court of Justice (*Superior Tribunal de Justiça*, Brazil's highest court in non-constitutional matters) in Appeal (*Recurso Especial*) nº 1.432.693/SP. The court applied its Abridgment of law 08 (Súmula 308) in a case where the creditor was a land owner who, by a ground swap, had the right, guaranteed by a mortgage, to receive apartments that had to be built by a incorporator (the debtor). While commenting this decision, this article addresses the incoherence of the Superior Court of Justice regarding this type of creditor and also the inconvenience of expanding the effects of Abridgment of law n. 308 (Súmula 308) to this specific figure.

**Keywords:** Appeal nº 1.432.693/SP. Mortgage. Land owners in ground swaps. Real estate development.

---

Recebido em: 24.08.2017  
1º parecer em: 31.10.2017  
2º parecer em: 31.10.2017

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAIA, Roberta Mauro Medina. A Súmula nº 308 do STJ e o permutante de terreno: análise do RESP nº 1.432.693/SP. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 14, p. 165-184, out./dez. 2017.

---