

LACUNA NO DIREITO E CRITÉRIOS PARA SUA SUPERAÇÃO: A CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

GAP IN LAW AND THE CRITERIA FOR OVERCOMING IT: THE TOLERANCE CLAUSE IN REAL ESTATE DEVELOPMENT

Marcelo Barbaresco

Mestre em Direito Político e Econômico. Pós-Graduado em Direito Empresarial, em Direito do Mercado Financeiro e de Capitais, em Direito Processual Civil, em Direito do Consumidor e em Direito Imobiliário, com capacitação para Mediador. Integrante da Mesa de Debates de Direito Imobiliário (MDDI). Doutorando em Direito Comercial pela PUC-SP. Fundador e Vice-Presidente do Ibradim – Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário e Presidente de sua Comissão de *Shopping Centers*. Membro Efetivo da Coordenadoria da Comissão de Locação, *Shopping Center* e Compartilhamento de Espaços da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional São Paulo. Advogado e Professor.

Resumo: O objetivo do presente ensaio é desenvolver uma abordagem acerca da aplicação dos critérios para o preenchimento de lacunas no direito tendo por base o estudo de caso julgado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da denominada cláusula de tolerância em incorporação imobiliária, isto é, naquele negócio jurídico por meio do qual são compromissadas à venda unidades autônomas futuras antes de sua construção. Para tanto, utilizou-se do método analítico-dedutivo, mediante o uso de revisão bibliográfica, com o intuito de buscar as formulações doutrinárias acerca do tema objeto do estudo, concluindo-se que o julgador ao apreciar o fato distanciou-se, em alguma medida, do mandamento contido na norma que disciplina a matéria.

Palavras-chave: Lacuna. Interpretação. Incorporação imobiliária. Cláusula de tolerância.

Abstract: The objective of this essay is to develop an approach on the application of the criteria to fill gaps in the law based on a case judged by the Brazilian Superior Court of Justice on the so-called tolerance clause in real estate development, i.e. that legal business through which future real estate units are committed for sale before their construction. For that purpose, it was used the analytical-deductive method, through the use of bibliographic review, with the purpose of seeking the doctrinaire formulations on the subject matter of the study. It was concluded that the Court, in assessing the fact, distanced themselves, to some extent, from the commandment contained in the rule that disciplines the matter.

Keywords: Gap. Interpretation. Real estate development. Tolerance clause.

Sumário: Introdução – **1** Caracterização essencial da incorporação imobiliária e da lacuna no direito – **2** Critérios normativos para o preenchimento de lacunas – **3** Cláusula de tolerância em incorporação imobiliária de unidade autônoma: estudo de caso – Conclusão

Introdução

O contrato de incorporação imobiliária, por conta de suas características, tem por finalidade, em alguma medida, resguardar o interesse daqueles que creditam na construção e na entrega de coisa futura, especialmente, na medida em que busca conferir àqueles que adquirem as unidades autônomas alguma transparência acerca das condições do objeto que se adquire, bem como daquela pessoa que promete desenvolvê-lo em conformidade com o estabelecido por meio dos respectivos instrumentos de sua divulgação.

Coloca-se como sendo “alguma a transparência”, na medida em que o comando contido na norma, que disciplina o seu regime jurídico, apenas elenca uma relação de documentos¹ que devem ser depositados quando do registro da incorporação imobiliária mas que, em sua essência, não conferem, por si só, aquilo que seria o desejado por seus adquirentes, notadamente, quando da utilização de sociedades de propósito específico, destinadas exclusivamente ao desenvolvimento deste negócio jurídico de cunho imobiliário.

Entretanto, uma vez estabelecida a relação contratual, durante o período da realização das construções das acessões que conformarão a coisa futura tendem a surgir questões que demandam respostas dos juristas, especialmente, quando da avaliação do conteúdo disciplinado pelos contratantes acerca deste negócio jurídico. E, entre estas questões, o objeto deste ensaio é iluminar aquela que mantém relação com seu prazo de entrega, especialmente, pela circunstância de que a incorporação imobiliária pode ser entendida como um dos instrumentos à disposição da política pública que tem por finalidade contribuir com o equacionamento do déficit habitacional.

Neste sentido, por conta de sua relevância econômica, inclusive pela circunstância de possuir um regime jurídico especialmente a ela dirigido, a finalidade deste ensaio é avaliar, por meio do estudo de caso jurisprudencial, de que maneira a teoria das lacunas foi aplicada de forma a solucionar impasse acerca da (in)validade de prazo insculpido pela denominada cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega em incorporações imobiliárias.

Importa frisar que, por meio de mencionada disposição contratual é conferido àquele que promete desenvolver a incorporação imobiliária um prazo adicional ao definido em contrato para a disponibilização da coisa objeto da aquisição, prazo este que independente de qualquer justificção para sua apropriação pelo empreendedor-incorporador. Isto é, ele é invocado quando da superação daquele

¹ A Lei Federal nº 4.591/64, em seu art. 32, coloca: “O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: [...]”.

limite estabelecido por meio do instrumento da vontade como e enquanto complementação dela própria.

Para tanto, será desenvolvida uma abordagem de maneira a averiguar em que medida esta disposição da vontade contratual se encontrava amparada no ordenamento jurídico na medida em que inexistia normativo expresso a seu respeito e, neste sentido, tendo por base a decisão que se colecionará, avaliar de que forma a aplicação da teoria das lacunas no direito foi aplicada como solução para o equacionamento da controvérsia. Isso para avaliar a conformidade da decisão aos fundamentos normativos e doutrinários e, ao final, desenvolver crítica acerca da razoabilidade e aderência da decisão ao quanto abordado doutrinariamente.

1 Caracterização essencial da incorporação imobiliária e da lacuna no direito

Para que se possam estabelecer os contornos aplicáveis ao estudo da jurisprudência pinçada – e sobre a qual se desenvolverá a abordagem crítica sobre eventual lacuna existente no sistema e os critérios tendentes à sua superação – se tem por conveniente conformar o que se pode entender como sendo uma incorporação imobiliária, um *shopping center* e uma lacuna no direito e, quanto a esta última, os critérios de seu preenchimento.

A incorporação imobiliária surgiu de uma prática relacionada aos condomínios de apartamentos em que determinada pessoa² procurava o proprietário de determinado imóvel e a ele realizava uma proposta consistente na construção de um edifício sobre seu imóvel, destinado a uma coletividade de pessoas. E, uma vez estabelecido o negócio com o proprietário, seja com relação àquilo que a ele seria pago quando das construções, seja aquilo necessário à própria edificação, esta pessoa diligenciava seus esforços à venda àqueles que demonstrassem interesse em comprar.

O incorporador, portanto, caracteriza-se pela atividade que desenvolve, e se trata de uma empresa ou empresário, que promove a constituição do condomínio, que harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado que é o edifício todo inteiro, parafraseando o que coloca Caio Mario da Silva Pereira.³ E como estabelecido pela própria lei de regência⁴

² Como coloca PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 232: “O incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele. E viveu a bem dizer na rua ou no alto dos edifícios em construção, antes se sentar-se no gabinete dos juristas ou no salão dos julgadores”.

³ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 244.

⁴ Se trata da Lei Federal nº 4.591/64.

deste negócio jurídico típico, a incorporação imobiliária, por sua vez, é a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.

Estabelecidos, assim, os contornos da incorporação imobiliária, passemos à avaliação daquilo que constitui o centro do estudo deste ensaio, isto é, os elementos essenciais e caracterizadores de uma lacuna no direito.

A este respeito da lacuna coloca Maria Helena Diniz⁵ que a expressão *lacuna* concerne a um estado incompleto do sistema. Há lacuna quando uma exigência do direito, fundamentada objetivamente pelas circunstâncias sociais, não encontra satisfação na ordem normativa.

De outro lado, coloca José de Oliveira Ascensão⁶ que a lacuna legislativa é uma fatalidade, neste sentido, sua constatação pode ser por deficiência de técnica legislativa, por intenção de não regular a matéria e por imprevisibilidade. Mas, independentemente de sua razão, uma vez constatada, precisa ser equacionada de forma que determinado caso concreto possa ser resolvido.

Acrescente-se que Maria Helena Diniz⁷ coloca:

o vocábulo lacuna foi introduzido, com um sentido metafórico, para designar os possíveis vazios, ou melhor, os referidos casos em que o direito objetivo não oferece, em princípio, uma solução; em que há, por outras palavras, uma impossibilidade lógica de solução [...].

Em face deste cenário, tendo por fundamento o sistema de Miguel Reale Junior,⁸ por meio da teoria tridimensional do direito, existem subsistemas do fato, do valor e da norma. Desta maneira, inexistindo norma aplicável diretamente a um caso concreto, haverá lacuna.

Esta lacuna, portanto, poderá existir de duas formas. Existindo norma e valor, mas o fato progredir, isto é, se alterar, a norma fica sem eficácia, nesta circunstância se trataria de uma lacuna ontológica. Ou se houver fato e norma, mas faltar o valor, haverá ausência de norma justa, acarretando a existência de uma lacuna axiológica. A pergunta que se coloca é a seguinte: em que medida uma norma seria omissa? Será que inexistiria omissão ou apenas ausência de

⁵ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito* – Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 28.

⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito* – Introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso brasileira: Coimbra: Almedina, 1991. p. 355; 368-416.

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *O direito* – Introdução e teoria geral – Uma perspectiva luso brasileira: Coimbra: Almedina, 1991. p. 28.

⁸ REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1979.

prescrição obrigatória daquilo que não está escrito? Até que ponto a ausência de uma norma seria uma lacuna?

Por vezes, a ausência de uma norma não se trata de uma lacuna na medida em que se pode resolver o caso por meio da interpretação extensiva. Mas, para que isso seja possível, se faz necessário que outra norma estabeleça que, existindo esta situação, se possa resolver por meio da utilização deste critério. E assim se opera por conta do princípio da legalidade, que informa o ordenamento jurídico. Portanto, a aplicação de outra norma do ordenamento a determinado caso diverso daquele para o qual foi originalmente estabelecida não depende apenas de um raciocínio lógico, mas, sim, da prévia autorização de uma norma.

Exatamente neste sentido, os arts. 4^o⁹ e 5^o¹⁰ da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – enquanto uma norma especial – informam que a interpretação do ordenamento jurídico no preenchimento de suas lacunas deve ser restritiva. E estabelece mais que isso. Estatui como regra que deve ser observada quando da constatação de lacunas a aplicação primeira da analogia; que se não resolver o caso – em segundo lugar – dos costumes; que se continuar a não resolver, dos princípios gerais do direito e por último, da equidade.

Em face do cenário descrito no ordenamento jurídico – de forma que se possa insculpir o caminho de maneira a responder à indagação primeira deste ensaio, acerca de como aplicar a teoria das lacunas de forma a solucionar impasse acerca da (in)validade de prazo insculpido pela denominada cláusula de tolerância quanto ao prazo de entrega em incorporações imobiliárias – importa abordar a essência de cada um destes elementos trazidos pela norma, de forma a amalgamar o cenário no qual será avaliada, inclusive, a decisão objeto da avaliação crítica que se propõe.

2 Critérios normativos para o preenchimento de lacunas

Uma vez identificada a lacuna, deverão ser aplicados os critérios a seguir identificados, em sua ordem, tudo de modo que a falha do ordenamento seja demonstrada e, uma vez iluminada, seja completada, isto é, resolvida.

Entenda-se por resolução a equalização da solução a ser conferida a determinado caso concreto na forma indicada pela própria norma, como coloca Alípio

⁹ O art. 4^o do Decreto-Lei Federal nº 4.657/42 estabelece que: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

¹⁰ O art. 4^o do Decreto-Lei Federal nº 4.657/42 estabelece que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Silveira,¹¹ “nosso legislador não iria, evidentemente, pôr nas mãos do juiz um verdadeiro cartucho de dinamite para que fizesse ir pelos ares a certeza do direito e desse curso à torrente arrasadora do subjetivismo anárquico”.

2.1 Analogia

A analogia se relaciona à aplicação, a determinada situação, não subsumida especificamente pela norma, ou seja, a aplicação, por semelhança a uma hipótese não prevista. Trata-se, portanto, de um procedimento lógico em que o aplicador quando se depara com situações não disciplinadas, direta e/ou implicitamente por determinada norma, deve se valer de outra que, de forma essencial, seja aplicável por conta das semelhanças com a hipótese identificada e carente de solução.

O argumento aplicável à analogia é o *simile and simile*, ou seja, a igualdade jurídica e a similitude do fato. Seu fundamento se relaciona com razões relevantes que conduzam o intérprete a aplicar determinada norma a uma hipótese similar, tendo por base um argumento racional que torne possível a comparação, se e na medida em que existam, entre as hipóteses, condições substancialmente semelhantes. E assim ocorre por conta do que Carlos Maximiliano¹² estabelece como seu fundamento, isto é, “[...] princípio de verdadeira justiça, de igualdade jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por normas semelhantes [...]”.

Colaborando com este entendimento, Maria Helena Diniz¹³ coloca que a aplicação analógica “terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica”.

Em face deste cenário, a aplicação analógica demanda de seu aplicador o conhecer dos fatos e das circunstâncias de cada caso objeto de comparação, exigindo um rigor de lógica e inteligência acerca das características essenciais e envoltas para com os casos de maneira que erros não sejam cometidos.

Assim, a aplicação de norma diversa, quando do estudo da cláusula de tolerância em incorporações imobiliárias, demanda cautela quanto à sua efetivação, de forma que apenas normas substancialmente idênticas possam ser pinçadas e

¹¹ SILVEIRA, Alípio. *Hermenêutica no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968. p. 24.

¹² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 171.

¹³ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 118.

aplicadas em sua solução, evitando criar direito novo, vez que, como coloca Carlos Maximiliano,¹⁴ o “[...] magistrado que recorre à analogia, não age livremente; desenvolve preceitos latentes, que se acham no sistema jurídico em vigor”. E, em continuação, arremata citando Ferrara, que coloca: “O direito não é só o conteúdo imediato das disposições expressas; mas também o conteúdo virtual de normas não expressas, porém ínsitas no sistema”.

Entretanto, não sendo a analogia um critério possível e, exatamente por conta da ausência de norma substancialmente semelhante e aplicável ao caso em avaliação, deverá o jurista consultar-se, por conta da ordem estabelecida pela norma, à busca pela identificação dos costumes, e como eles poderiam colaborar com o preenchimento da lacuna, tudo em estrita observância ao mandamento insculpido pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro; vejamos.

2.2 Costumes

Importante inicializar ratificando que o socorro aos costumes somente é aplicável naquelas situações em que se verificarem, primeiramente, todas as potencialidades legais de preenchimento da lacuna por meio do critério anterior, e não identificada qualquer similitude passível de aplicação. Dito de outra forma: aplicada a analogia e não identificada qualquer possibilidade de similitude entre o fato e o ordenamento jurídico existente enquanto norma posta, se poderia socorrer aos costumes.

Neste sentido, tomando por empréstimo o que Miguel Reale¹⁵ coloca acerca do direito costumeiro, cabe informar que ele “[...] não tem origem certa, nem se localiza ou é suscetível de localizar-se de maneira predeterminada. Geralmente não sabemos onde e como surge determinado uso ou hábito social, que, aos poucos, se converte em hábito jurídico, em uso jurídico”.¹⁶

¹⁴ MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 174.

¹⁵ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 155-156.

¹⁶ E assim Miguel Reale continua: “Os usos e costumes jurídicos aparecem na sociedade da forma mais imprevista; ninguém poderia predeterminar os processos reveladores dos usos e costumes. Ora é um ato consciente de um homem que, por atender a uma exigência social, passa ser imitado e repetido, até transformar-se em um ato consciente no todo social; às vezes, é uma simples causalidade que sugere uma solução no plano da conduta humana. [...] Quanto ao Direito costumeiro propriamente dito, não é possível a determinação do tempo de sua duração, nem tampouco prever-se a forma pela qual vai operar-se a sua extinção. As normas de direito costumeiro perdem a sua vigência pelo desuso, pois a sua vigência e mera decorrência da eficácia. [...] a vigência deflui da eficácia” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990).

E assim se opera por conta daquilo que Maria Helena Diniz¹⁷ informa como sendo ele “uma fonte jurídica, mas em plano secundário”. Parafrazeando Maria Helena Diniz,¹⁸ o costume se adota na exata medida em que inexistente norma passível de aplicação, uma vez que o ordenamento jurídico brasileiro revela a presença de uma ideologia liberal, isto é, com o propósito de garantir a segurança jurídica e a observância à lei. E assim se opera de maneira a evitar a criação de situações, que de alguma forma venha a estabelecer obrigatoriedade onde não exista e, por conta disso, afetar a liberdade da vontade.

Realizadas estas colocações, que têm por finalidade vincar o caráter excepcional da utilização do costume como instrumento para o preenchimento de lacunas no ordenamento, importa estabelecer que ele – o costume – é formado por dois elementos, quais sejam, o uso e a convicção jurídica, isto é, a prática reiterada e uniforme ao longo do tempo que, por conta de sua publicidade, constância e aplicação a determinado caso, assume caráter obrigatório perante aquela específica circunstância consubstanciada pela tradição.

Maria Helena Diniz,¹⁹ referindo-se a Georges Rénard, estabelece que, “[...] quando a lei pretende reprimir as livres improvisações do costume, o costume faz saltar a lei: é um elemento fático de experiência, é um direito vivo, representando a tradição e o progresso. A lei é uma túnica que, com frequência, precisa ser reajustada”.

De outro lado, Washington de Barros Monteiro²⁰ afirma que são condições indispensáveis à vigência do costume “sua continuidade; sua uniformidade; sua diuturnidade; sua moralidade e sua obrigatoriedade”, e finaliza informando que não é possível a formação da regra consuetudinária em sentido contrário à de determinada norma, mas que, em comparação com esta, ele é mais flexível enquanto que ela, mais dura.

Os costumes contêm um elemento objetivo e um elemento subjetivo. Acerca do elemento objetivo do costume, coloca Santiago Dantas²¹ que ele “é essa observância constante; é esta prática inalterada que se observa na sociedade e, para

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 127.

¹⁸ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito* – Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 128.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito* – Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 184.

²⁰ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de direito civil*. Parte geral. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 19.

²¹ DANTAS, Santiago. *Programa de direito civil*. Aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito. Parte geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. p. 91.

que se possa chamar a observância de constante, é preciso primeiro que ela seja uniforme, segundo que seja geral, terceiro que seja ininterrupta”.

E mais à frente afirma, acerca do elemento subjetivo, que ele

[...] é a convicção da sua necessidade jurídica. Não basta que os homens pratiquem sempre aquilo; é preciso que estejam convencidos da sua necessidade jurídica. [...] é preciso que cada um tenha consciência de que aquilo é uma norma obrigatória para todos. Se faltar esta convicção íntima, não é costume.

Portanto, a averiguação daquilo que se reveste de certeza por conta de sua tradição histórica, em determinado momento, é o que se qualifica como o costume a ser apreendido e aplicado para o preenchimento da lacuna, quando da inexistência de norma que possa ser aplicada de maneira analógica. Por outro lado, inexistindo prática reiterada e constante, no equacionamento do caso, o jurisconsulto deverá se socorrer dos princípios gerais do direito conforme verificaremos a seguir.

2.3 Os princípios gerais do direito

Dando sequência à enunciação, observemos os limites relacionados aos princípios gerais do direito. Trata-se de normas de caráter genérico, que podem estar explícitas ou não no ordenamento jurídico. Assim, emerge como regra que o princípio mais próximo excluirá o mais remoto, ou seja, se a situação em que se aplicará para os princípios gerais do direito se referir a uma hipótese de direito civil, serão a ela aplicáveis os princípios do direito civil e, apenas após, aqueles constantes e/ou decorrentes da Constituição do Brasil. Nas palavras de Carlos Maximiliano:²² “vai-se gradativamente, do menos ao mais geral: quanto menor for a amplitude, o raio de domínio adaptável à espécie, menor será a possibilidade de falhar o processo indutivo, mais fácil e segura a aplicação à hipótese controvertida”.

Miguel Reale²³ informa que “princípios são ‘verdades fundantes’” de um sistema de conhecimento, como tais, admitidas por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e da

²² MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 241.

²³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 299.

práxis. Também coloca Miguel Reale²⁴ que os princípios gerais do direito “são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.²⁵

Importa vincar que nada distingue um princípio das regras de direito, uma vez que as regras nada mais são do que o gênero, do qual são espécies os princípios explícitos e implícitos e as regras em sentido estrito, parafraseando Eros Roberto Grau.²⁶ Sendo esta uma realidade, isto é, que os princípios são regras jurídicas e como diz Eros Roberto Grau,²⁷ não podem eles ser ponderados entre si, uma vez que, assim procedendo, se estaria por esterilizar o mandamento de determinada norma.²⁸ O que pode haver, segundo Robert Alexy,²⁹ é uma colisão entre princípios, e havendo um dos princípios, para aquela determinada circunstância, determinado princípio deverá ceder, isto é, “na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”.

Concordando que tanto normas quanto princípios são regras na medida em que dizem o que deve ser, Robert Alexy³⁰ informa que “princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas”.

²⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 300.

²⁵ E ainda Miguel Reale coloca, fazendo referência aos princípios gerais do direito: “Alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de modelos jurídicos, inclusive no plano constitucional, consoante dispõe a nossa Constituição sobre os princípios de isonomia (igualdade de todos perante a lei), de irretroatividade da lei para proteção dos direitos adquiridos, etc.” (REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 301).

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medos dos juízes – A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 106.

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medos dos juízes – A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 119.

²⁸ E continua Eros Roberto Grau: “Curiosamente, a doutrina afirma que os princípios são normas, mas, quando em conflito uns com os outros, deixariam de sê-lo; funcionariam, então, como valores. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam normas jurídicas, não são normas jurídicas” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medos dos juízes – A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 106. E mais à frente, fazendo menção a Carl Schmitt, Grau coloca: “Quem diz valor quer fazer valer e impor. As virtudes se exercem, as normas se aplicam, as ordens se cumprem; mas os valores se estabelecem e se impõem. Quem afirma sua validade tem de fazê-los valer. Quem diz que valem, sem que ninguém os faça valer, quer enganar” (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medos dos juízes – A interpretação/aplicação do direito e os princípios*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 122). E, em face deste pensamento arremata afirmando que a promiscuidade dos valores conduz à tirania, uma vez que as ponderações revalorizam o que vale para alguns e não todos.

²⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 93.

³⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87.

Prosseguindo na avaliação da distinção entre normas e princípios, com a finalidade de estabelecer os contornos destes últimos, pode-se afirmar que eles são mais genéricos, ao passo que elas mais específicas. Segundo Robert Alexy³¹ o que os diferencia, substancialmente, é que os princípios “são mandamentos de otimização que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida da satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

Realizados estes breves, porém necessários, apontamentos acerca da analogia dos costumes e dos princípios gerais do direito, resta abordar aquele critério que por último deve ser utilizado para o preenchimento de uma lacuna, qual seja, a equidade.

2.4 Equidade

A equidade se refere à justiça, ou seja, à premissa de dar a cada um aquilo que lhe é devido.³² Importa mencionar que há diversos conceitos de equidade uma vez que ela se relaciona, de uma maneira ou de outra, a concepções jurídico-filosóficas variadas, tanto assim que Goffredo Telles Junior, mencionado por Maria Helena Diniz,³³ afirma que “o termo equidade não é unívoco, pois não se aplica a uma só realidade, nem tampouco equívoco, já que não designa duas ou mais realidades desconexas, mas sim análogo, pois refere-se a realidades conexas ou relacionadas entre si”.

Em linha com este entendimento, após estabelecer premissa por meio da qual, por vezes se faz necessário abrandar determinado texto normativo, quando de sua aplicação a um caso concreto sob pena de se cometer injustiça, Miguel Reale³⁴ define a equidade como “a justiça amoldada à especificidade de uma situação real”.

³¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 90-91.

³² A este respeito, coloca Clóvis Beviláqua inspirando-se nas ideias de Hermann Post (que segundo relatado o viver em sociedade insculpe determinado modo de pensar, refletir e agir conformado pelas normas jurídicas e não jurídicas e, por conta disso, constituindo um senso de justiça por conta do processo de adaptação e angústias), segundo Maria Helena Diniz que “[...] vê nessa consciência a expressão mais pura do direito, considerando a justiça como um elemento do espírito humano, equivalente à consciência jurídica atual, respeitando o direito natural. É a vida social que gera o sentimento do justo, que não é uma idéia inata, mas adquirida por herança, por hábito, pela vida social. Assim, em substituição ao direito natural coloca-se a consciência jurídica”.

³³ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito* – Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 242.

³⁴ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 295.

E assim se faz o direito – enquanto experiência, deve ser pleno, isto é, deve ser amalgamado de maneira que a totalidade da vida seja atingida, pois, como informa Wilson Melo da Silva,³⁵ “[...] o Direito é vida [...] é ciência brotada da vida e destinada a ordenar a própria vida. E, por isso mesmo, não poderia aspirar, na sua parte formal, àquela perenidade estática das catedrais do Medievo, talhadas no granito desafiador do tempo e das idades”.

Importa esclarecer que a equidade pode se dividir em legal e judicial. A legal é aquela contida no próprio texto da norma, a que clama ao aplicador da norma que se valha de seu sentimento de justiça para decidir. Tanto assim que Maria Helena Diniz,³⁶ fazendo menção a Agostinho Alvin, coloca que “essa equidade legal seria uma justiça aproximada, porque a lei não ‘individual’ limita-se a especificar: ‘a lei equitativa é o meio termo entre a fórmula geral e a fórmula que conviria para dado caso concreto’”. Se trata, exemplificativamente, daquelas situações em que o próprio comando da norma define que caberá ao juiz decidir se uma mãe ou pai perderá o poder familiar por conta da sujeição de um filho a castigos imoderados ou, então, deixado em situação de abandono.³⁷

De outro lado, a equidade é judicial naquelas hipóteses em que a norma, explícita ou implicitamente, autoriza o juiz a decidir segundo critérios de equidade, ou seja, a própria norma permite a solução por equidade, prevendo expressa ou implicitamente sua utilização.

Perceptível que a equidade é o mais fluído de todos os critérios e, exatamente por esta razão, o último a ser aplicado, por conta do subjetivismo que, a depender do entendimento daquele que dele se socorrer, o mais passível a erros de avaliação por conta da subjetividade valorativa.

Realizadas estas ponderações conceituais, importa avaliar o objeto que se destacou para a realização do estudo do comportamento da jurisprudência quando da constatação de lacunas normativas no ordenamento jurídico, para tanto se valendo de uns ou alguns dos elementos de seu preenchimento.

3 Cláusula de tolerância em incorporação imobiliária de unidade autônoma: estudo de caso

De forma a ponderar acerca da aplicação dos critérios estabelecidos anteriormente quando da constatação de uma lacuna no direito, foi pinçada decisão

³⁵ SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: Bernardo Alvares S.A., 1962. p. 18.

³⁶ DINIZ, Maria Helena. *As lacunas no direito* – Adaptada ao novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 251.

³⁷ A este respeito, observar o art. 1.638 do Código Civil.

do Superior Tribunal de Justiça e que teve por finalidade avaliar a legalidade – via reconhecimento da não abusividade – de cláusula inserida em compromisso de venda e compra de imóvel submetido ao regime da incorporação imobiliária.

O caso se relacionava a contrato de compromisso de compra e venda, por meio do qual a compromissária vendedora poderia, independentemente de motivo comprovado, simplesmente atrasar a entrega do imóvel ao compromissário comprador, por meio da aplicação da chamada cláusula de tolerância, que estabelecia certo prazo excedente àquele estabelecido como o inicialmente pactuado para a entrega do imóvel.

A ementa da decisão, naquilo que importa ao estudo da *práxis* a que se propõe este ensaio, é a seguinte:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO. ATRASO DA OBRA. ENTREGA APÓS O PRAZO ESTIMADO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. PREVISÃO LEGAL. PECULIARIDADES DA CONSTRUÇÃO CIVIL. ATENUAÇÃO DE RISCOS. BENEFÍCIO AOS CONTRATANTES. CDC. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. OBSERVÂNCIA DO DEVER DE INFORMAR. PRAZO DE PRORROGAÇÃO. RAZOABILIDADE.

1. Cinge-se a controvérsia a saber se é abusiva a cláusula de tolerância nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel em construção, a qual permite a prorrogação do prazo inicial para a entrega da obra. 2. [...] 3. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção, além do período previsto para o término do empreendimento, há, comumente, cláusula de prorrogação excepcional do prazo de entrega da unidade ou de conclusão da obra, que varia entre 90 (noventa) e 180 (cento e oitenta) dias: a cláusula de tolerância. 4. Aos contratos de incorporação imobiliária, embora regidos pelos princípios e normas que lhes são próprios (Lei nº 4.591/1964), também se aplica subsidiariamente a legislação consumerista sempre que a unidade imobiliária for destinada a uso próprio do adquirente ou de sua família. 5. Não pode ser reputada abusiva a cláusula de tolerância no compromisso de compra e venda de imóvel em construção desde que contratada com prazo determinado e razoável, já que possui amparo não só nos usos e costumes do setor, mas também em lei especial (art. 48, §2º, da Lei nº 4.591/1964), constituindo previsão que atenua os fatores de imprevisibilidade que afetam negativamente a construção civil, a onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos. 6. [...] 7. Deve ser reputada razoável a cláusula que prevê no máximo o lapso de 180 (cento e oitenta) dias de

prorrogação, visto que, por analogia, é o prazo de validade do registro da incorporação e da carência para desistir do empreendimento (arts. 33 e 34, §2º, da Lei nº 4.591/1964 e 12 da Lei nº 4.864/1965) e é o prazo máximo para que o fornecedor sane vício do produto (art. 18, §2º, do CDC). 8. [...]. 9. Recurso especial não provido. (STJ, 3ª T. REsp nº 1.582.318/RJ/Recurso Especial 2015/0145249-7. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.9.2017. DJe, 21 set. 2017) (Grifos nossos)

Importa este ensaio, a perquirir se, de fato, inexistia à época do julgado norma específica a ser aplicada ao compromisso de venda e compra submetido ao regime jurídico da incorporação imobiliária, e, inexistindo norma expressamente aplicável, se a aplicação da analogia e dos usos e costumes se limitaram ao estabelecido pelo ordenamento jurídico quando da existência de lacunas.

Também cabe avaliar se, quando da decisão, a ordem de aplicação estabelecida pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi observada, tal como definido pela norma aplicável.³⁸ Isto é, considerando a hipótese em avaliação, primeiro aplicando-se a analogia de maneira a resguardar a segurança jurídica e, apenas após, em não sendo possível identificar uma possibilidade no próprio ordenamento jurídico, aplicar os usos e costumes. E assim se estabelece o recorte metodológico a ser aplicado neste ensaio, desconsiderando eventual possibilidade da inaplicação desta ordem, ou seja, desta sequência normativa, por conta de determinada norma constituir o que Maria Helena Diniz³⁹ caracteriza como “uma lacuna axiológica ou, então, uma lacuna ontológica”. A primeira, estabelecendo como fundamento da inaplicabilidade da lei existente uma injustiça ou inconveniência e a segunda, quando são verificados desajustamentos entre o que se pratica e o que a lei estabelece, isto é, há constatação de um não uso da norma pela sociedade (por conta de seu desuso).

O regime jurídico aplicável aos imóveis destinados à incorporação imobiliária se encontra disciplinado por lei a eles diretamente relacionada, que teve por finalidade estabelecer, com completude, os direitos e as obrigações das partes do específico negócio jurídico que será contratado no entorno de uma coisa imóvel futura.

Com isso não se está a afirmar, de qualquer maneira, que o regime jurídico da incorporação imobiliária não seja permeável por demais regimes jurídicos cujas

³⁸ A este respeito, a Lei Federal nº 12.376/2010, por meio do art. 4º, coloca: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

³⁹ DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 128.

normas sejam de aplicação mais geral, inclusive, ainda mais especificamente dirigidas a depender das relações e das espécies de negócios jurídicos a serem convencionados, como: as normas do Código de Defesa do Consumidor (em se tratando de uma relação de consumo; o direito administrativo em se tratando de negócios jurídicos com a administração pública). O que se recorta para fins de avaliação são os comandos específicos da norma, que se encontram nela contidos.

De fato, é da natureza do compromisso de venda e compra de imóveis, objeto do regime da incorporação imobiliária, a fixação de um prazo para a finalização das construções compromissadas à venda, da mesma forma que constitui elemento do mesmo negócio jurídico, mas, em sentido oposto, a dificuldade em se amenizar os contratempos relacionados ao prazo para sua finalização, especialmente, por conta das incertezas que gravitam no entorno desta atividade econômica.

Desta forma, ao longo dos tempos, os compromissários vendedores passaram a estabelecer, perante os compromissários compradores, uma cláusula de tolerância que tinha por finalidade ampliar o prazo para o término das construções e a entrega das unidades autônomas.

Este prazo foi definido pelos usos e costumes, em sua maioria, em cento e oitenta dias, que, curiosamente, é o mesmo prazo previsto na Lei Federal nº 4.591/64, como o prazo de validade do registro da incorporação imobiliária, que inclusive, é o prazo da carência para desistir do empreendimento imobiliário objeto da incorporação imobiliária.⁴⁰ Mas, além destes prazos, nada mais disciplina a mencionada lei especial acerca de prazos relacionados à incorporação imobiliária.

Em face deste panorama normativo e fático, quando das discussões acerca da validade ou invalidade da cláusula de tolerância variados foram os argumentos colacionados pelas partes interessadas e, entre eles, especialmente, o que defendia ser a cláusula de tolerância uma prática abusiva.

E assim se argumentava buscando comprovar que o compromissário comprador era colocado em situação de desvantagem exagerada e, portanto, seja sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor – em se tratando de relações de consumo – ou do Código Civil, constituía um abuso do direito praticado pelo compromissário vendedor estabelecer disposição que apenas lhe favorecia, em

⁴⁰ Neste sentido, os arts. 33 e 34, §2º, da Lei Federal nº 4.591/1964 e art. 12 da Lei Federal nº 4.864/1965 dizem: “Art. 33. O registro da incorporação será válido pelo prazo de 120 dias, findo o qual, se ela ainda não se houver concretizado, o incorporador só poderá negociar unidades depois de atualizar a documentação a que se refere o artigo anterior, revalidando o registro por igual prazo. Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. §1º [...]. §2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se fôr o caso, de sua revalidação”; Art. 12. Fica elevado para 180 (cento e oitenta) dias o prazo de validade de registro da incorporação a que se refere o art. 33 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964”.

detrimento dos legítimos interesses do compromissário comprador. E os argumentos eram ainda mais consistentes quando das relações jurídicas não paritárias.

O acórdão objeto de estudo, ao apreciar o pedido formulado por meio de mencionada ação judicial, tinha por finalidade a declaração de nulidade da cláusula de tolerância, mas entendeu por sua legalidade e fundamenta sua decisão em dois argumentos principais.

Primeiramente e, antes mesmo da aplicação da analogia – o que somente o fez em segundo momento – reconhecendo que os usos e costumes da construção civil insculpiram na órbita dos contratos a prática da dilação do prazo de entrega, especialmente, por conta do risco da atividade que se relaciona com o término de obra de construção de grande magnitude.

Em um segundo momento da decisão e, já havendo reconhecido os usos e costumes como uma das razões de decidir, aplica por analogia os comandos contidos nos arts. 33 e 34 da Lei Federal nº 4.591/64, quando disciplina (i) o prazo de validade do registro da incorporação imobiliária e sua revalidação e (ii) o prazo de carência para fins de desistência imotivada do empreendimento imobiliário

E assim o faz por conta da então inexistência⁴¹ de disposição na lei especial que disciplinasse a matéria quanto ao prazo de entrega, mas, apenas havendo o §2º do art. 48⁴² que informava que do contrato deveria constar prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.

Em face deste cenário, o que se pode concluir é que bastaria para a fundamentação da decisão a aplicação da analogia com relação ao coincidente e idêntico prazo para absorver como válido o prazo estabelecido pela cláusula de tolerância em até cento e oitenta dias. E assim se conclui, por conta da similitude entre as causas relacionadas, entre o prazo de tolerância, o prazo de revalidação e o prazo de carência.

Todos eles têm por finalidade assegurar, ao compromissário vendedor, uma dilação para o cumprimento de suas obrigações para com o compromissário comprador das futuras unidades imobiliárias que serão edificadas sob o regime da

⁴¹ E assim se coloca como sendo algo do passado uma vez que a Lei Federal nº 13.786, de 27.12.2018, altera a Lei Federal nº 4.591/64 fazendo nela incluir o art. 43-A com a seguinte redação: “A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador”.

⁴² O art. 48 da Lei Federal nº 4.591/64 estabelece que: “A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor. §1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato; §2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação”.

incorporação imobiliária; atividade econômica esta que demanda capital intensivo e envolve coordenar um sem número de atividades que, na construção brasileira, tende a acontecimentos previsíveis e imprevisíveis.

Tais situações possuem pelas circunstâncias relacionadas ao negócio jurídico, incorporação imobiliária, a mesma razão, ou seja, os objetivos e os motivos relacionados à dilação de prazos nas outras hipóteses previstas na norma expressa, também são aplicáveis à situação não prevista de forma escrita.

E, assim, a aplicação da analogia ao caso concreto estaria respaldada em razões relevantes de similitude, fundando-se na identidade de razão que é o elemento justificador da aplicabilidade da norma a casos não previstos, mas substancialmente semelhantes.

Em face destas ponderações, o recurso aos usos e costumes para a decisão acerca do pedido formulado é entendido como desnecessário, uma vez que a aplicação da analogia seria o bastante para fundamentar e identificar as razões de decidir.

Conclusão

O regime jurídico aplicável à incorporação imobiliária tem por finalidade resguardar a crença do compromissário comprador que deposita, voluntariamente, seus recursos financeiros objetivando a concretização da construção de coisa futura, especialmente, pela circunstância a ela também passível de atribuição, de funcionar como um dos instrumentos da política pública destinada ao saneamento do déficit habitacional.

A empresa desenvolvida pelo incorporador imobiliário, assim como qualquer outra atividade, se encontra sujeita a variados contratemplos, que de alguma maneira podem comprometer algumas das atividades a serem desenvolvidas. Por isso, a necessidade de dilatar o prazo ajustado para a entrega da coisa ou, ao menos, sua disponibilização ao compromissário comprador.

E, por conta deste fator, costumeiramente, se faz inserir em contratos celebrados sob o regime da incorporação imobiliária disposição por meio da qual o prazo fixo ajustado por meio do acordo poderá sofrer dilatação e, neste cenário, se alunhando mencionada disposição de cláusula de tolerância.

Se discutia durante muito tempo se esta tolerância possuía fundamento de sua validade no ordenamento jurídico, tanto assim que no final do ano de 2017 foi o tema apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da decisão discutida por meio deste ensaio.

Mas, não obstante a decisão ser no sentido de sua validade, o que se buscou demonstrar por meio do presente ensaio é que o julgador não observou

estritamente o comando insculpido na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, uma vez que se dirige aos usos e costumes quando, na verdade, para a solução do caso bastaria aplicar a analogia, visto que o próprio regime jurídico aplicável à incorporação imobiliária constrói, de forma firme, tal alternativa.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BARBARESCO, Marcelo. Lacuna no direito e critérios para sua superação: a cláusula de tolerância em incorporação imobiliária. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 26, p. 183-200, out./dez. 2020.
