

A superação da súmula 308 do STJ: hipótese de *overriding* ante o advento da Lei nº13.097/2015

George Andrade do Nascimento Júnior

Advogado da CAIXA na Bahia

Especialista em Processo Civil pela UESC/BA

Especialista em Direito Eleitoral pela FUNDACEMISA

*Mestrando em Economia Regional e Políticas
Públicas pela UESC/BA*

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo avaliar os impactos da Lei nº 13097/15, que instituiu o princípio da concentração dos atos de alienação ou gravame de imóveis na matrícula respectiva, do CRI, em relação à Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), a qual estabelece que a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Esta súmula, visando proteger a esfera jurídica do adquirente de imóveis, que presumivelmente age de boa-fé, vem servindo de fundamento para a solução de litígios em que se busca obrigar o banco que financiou a construção do empreendimento habitacional a baixar a hipoteca que constitui a garantia do mútuo concedido. Esta solução jurídica para os litígios, porém, enseja prejuízos ao agente financeiro, que também atua de boa-fé, implicando em falha de mercado geradora de aumento do *spreed* bancário. A Lei nº 13097/15, no entanto, aprimorou o sistema jurídico visando proteger todos os elos da cadeia produtiva, no ramo imobiliário, dando azo à superação da Súmula 308 do STJ, conforme se buscará demonstrar ao longo deste artigo.

Palavras-chave: Súmula 308 do STJ. Perda de eficácia. Superação pela Lei nº 13.097/2015. Hipótese de *overriding*.

ABSTRACT

The present work aims to evaluate the impacts of Law 13097/15, which instituted the principle of concentration of acts of alienation or encumbrance of real estate in the respective registration, of CRI, in relation to summary 308

of the STJ, which establishes that the mortgage signed between the builder and the financial agent is not effective before the purchasers of the property. This summary, in order to protect the legal sphere of the real estate purchaser, who presumably acts in good faith, has been serving as a basis for the solution of disputes where an attempt is made to oblige the bank that financed the construction of the housing development to write off the mortgage that constitutes the loan guarantee granted. This legal solution to disputes, however, entails losses for the financial agent, who also acts in good faith, resulting in a market failure that generates an increase in banking spread. Law 13097/15, however, improved the legal system in order to protect all links in the production chain, in the real estate sector, giving rise to the overcoming of STJ's summary 308, as will be demonstrated throughout this article.

Keywords: Precedent 308 of the STJ. Loss of effectiveness. Overcoming by Law 13.097/2015. overriding hypothesis.

Introdução

Desde o ano de 2005, quando da edição, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), da Súmula 308 de sua jurisprudência, uma temática cara ao direito imobiliário vem sendo decidida, nos múltiplos litígios deflagrados em todo o Brasil, de forma relativamente simples, ante a mera subsunção dos fatos ao entendimento sumulado, segundo o 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”.

Conforme se verá mais adiante, o que a referida súmula sedimentou foi o entendimento de que os contratos de promessa de compra e venda, firmados entre construtoras que alienam imóveis, amiúde na fase de construção – uma operação deveras comum, no Brasil – se sobrepunham às hipotecas constituídas pela construtora junto a instituições financeiras que financiavam a construção do empreendimento, mesmo quando a garantia estava gravada, no Cartório de Registro de Imóveis (CRI), anteriormente à celebração da promessa de compra e venda.

A partir da solução jurídica propugnada no verbete 308 do STJ, portanto, sempre que o promitente comprador comprovasse ter adimplido com suas obrigações junto à construtora, passava a ter o direito de desconstituir a garantia representada pela

hipoteca que gravava a matrícula do imóvel, ficando a instituição financeira desprovida de segurança quanto à recuperação do seu crédito.

A indigitada súmula, conforme restará historiado, visava proteger o adquirente de imóveis na planta, no tocante à sua boa-fé, e, ao longo do tempo, sua aplicação passou a abranger, inclusive, por analogia, situações em que a relação jurídica entre a construtora e o Banco financiador do empreendimento estava associada a um pacto adjeto de alienação fiduciária, o que potencializava a insegurança jurídica das operações de financiamento de construção de empreendimentos habitacionais.

Como se buscará demonstrar ao longo deste artigo, porém, a despeito de buscar proteger uma parte hipossuficiente na relação que permeia a promessa de compra e venda de imóvel na planta, que é o adquirente, desde há muito visto na condição de consumidor, o entendimento sumulado passou a criar uma falha de mercado potencializada por assimetria de informação, apta a comprometer a fluidez do ramo imobiliário no que atine ao fomento de novos empreendimentos, podendo, ainda, majorar o *spread* bancário, em desfavor do próprio consumidor que se pretendia proteger.

Por isso mesmo, adveio a Lei nº 13.097/2015, a qual buscou regulamentar adequadamente as relações jurídicas e obrigações de todas as partes nelas envolvidas, com vistas a proteger a boa-fé em suas diversas facetas, não apenas na perspectiva do consumidor, mas também na do agente financeiro, de sorte a restabelecer a segurança jurídica e inibir distorções antes havidas, ensejadoras de enriquecimento sem causa, notadamente por parte da construtora.

Com a novel legislação, passou-se a ter, no ordenamento jurídico posto, regras medianamente claras que implicaram em superação da Súmula 308 do STJ, e por isso mesmo se mostra necessária, no julgamento das lides que versam sobre o tema, uma revisitação aos fundamentos jurídicos que constituirão a sua *ratio decidendi*, porquanto não se pode mais admitir a mera aplicação da simplória fórmula, agora *démodé*, segundo a qual a contenda era decidida pela aplicação, pura e simples, do entendimento sumulado do STJ.

O presente artigo, portanto, visa suscitar a discussão sobre o tema, na medida em que ainda não se observou, nos julgamentos mais frequentes em primeira e segunda instância, o necessário aprofundamento da análise acerca dos impactos da Lei nº 13.097/2015 em relação à Súmula 308 do STJ, e como ainda não

houve, por parte da Corte Cidadã, a revisão da matéria, porquanto ainda não enfrentada na perspectiva correta e necessária, à luz das regras comezinhas de hermenêutica, é de curial importância que se busque, nos casos concretos, fundamentar adequadamente o direito que, salvo melhor juízo, obsta a desconstituição de garantias que gravam imóveis integrantes de empreendimentos imobiliários financiados, sempre que o agente financeiro tiver tido a cautela de averbar, previamente, a sua garantia, tornando-a pública, para, com isso, assegurar, em relação a terceiros adquirentes de unidades futuras, o direito de preservação da garantia até a integral liquidação da dívida a ela correlata.

Para tanto, será apresentado a seguir um histórico acerca das razões motivadoras da edição da Súmula 308 do STJ, com vistas a bem compreender o contexto histórico de seu advento, sucedido de uma análise sobre a forma como o verbete passou a ser aplicado e interpretado, inclusive de maneira extensiva, abrangendo casos que envolviam até mesmo alienação fiduciária, e não hipoteca, com ulterior avaliação acerca dos impactos desta conjuntura jurisprudencial no mercado imobiliário para, alfim, apresentar a modificação do quadro jurídico posto a partir da edição da Lei nº 13.097/2015, que deve ensejar, doravante, como se verá à guisa de conclusão, uma nova perspectiva para o tema em debate, na medida em que não se poderá mais aplicar, pura e simplesmente, a Súmula 308 do STJ como solução simplória das lides multitudinárias que versam sobre o assunto.

1 O contexto motivador da edição da Súmula 308 do STJ e seus pressupostos fáticos

Para que se compreenda bem o fundamento que lastreia a conclusão que será proposta ao final deste artigo, convém proceder a uma análise dos pressupostos ensejadores da edição da Súmula 308 do STJ, cuja aplicação, hodiernamente, se defende desprovida de sustentação jurídica.

Por rigor científico, portanto, a hipótese proposta, de superação da súmula mencionada, deve ser apresentada depois de bem compreendida a motivação, objetivo e razões históricas que levaram à formulação do entendimento jurisprudencial em questão.

Inicialmente, é preciso ter em mente que o verbete 308 da súmula do STJ, editado em abril de 2005, decorreu da consolidação de um entendimento que visava proteger os adquirentes

de imóveis em construção, de natureza residencial, quando a aquisição da casa própria se dava em momento anterior à constituição, pela construtora, de hipoteca incidente sobre todo o empreendimento.

Basicamente, o que se pretendia era tornar ineficaz, perante o indivíduo que adquiria junto à construtora a sua casa própria, a garantia hipotecária que havia viabilizado a conclusão do empreendimento habitacional.

Os precedentes a seguir, citados pelo próprio STJ como originários da indigitada Súmula 308, conforme pesquisa empreendida no sítio daquela Corte¹, ilustram os pressupostos teóricos que sustentaram a posição do Tribunal. Senão, veja-se:

EMENTA: Direito processual civil. Agravo no recurso especial. Impugnação específica. Inépcia. Prequestionamento. Ausência. Hipoteca. Nulidade. - É inepta a petição de agravo que não impugna, especificamente, os fundamentos da decisão agravada. - O prequestionamento dos dispositivos legais tidos como violados constitui requisito de admissibilidade do recurso especial. - **É nula a hipoteca outorgada pela construtora à instituição financeira após a celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.** Precedentes. Recurso não provido.

Trechos do voto condutor do acórdão: É pacífico, neste STJ, o entendimento que declara a nulidade da hipoteca outorgada (pela construtora à instituição financeira) após a celebração da promessa de compra e venda com o promissário-comprador.

Cite-se, a respeito os seguintes precedentes: Recurso Especial nº. 78.459/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 20/05/1996, Recurso Especial nº. 146.659/MG, Rel. Min. César Asfor Rocha, Quarta Turma, DJ 05/06/2000, Recurso Especial nº. 287.774/DF, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 02/04/2001, Recurso

Especial nº. 296.453/RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, DJ 03/09/2001, Recurso Especial nº. 329.968/DF, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, DJ 04/02/

¹ Consulta em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Data: 07.01.23 .

2002 e Recurso Especial nº. 334.829/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 04/02/2002. **Esse entendimento está calcado na compreensão de que a hipoteca só poderá ser ofertada por aquele que possui o direito de alienar o bem (art. 756 do CC/1916, correspondente ao art. 1.420, caput, do CC/2002). Celebrado o compromisso de compra e venda entre a construtora e o adquirente, não mais possui aquela o poder de dispor do imóvel, em consequência, não mais poderá gravá-lo com hipoteca.**

Os precedentes acima citados consideram, ademais, que fere a boa-fé objetiva da relação contratual a atitude da construtora que primeiro celebra o compromisso de compra e venda de imóvel com o promissário-comprador, e depois onera-o com hipoteca em favor de terceiro (agente financeiro).

Por fim, ressalta em seu voto (Recurso Especial nº. 296.453/RS) o Min. Carlos Alberto Menezes Direito ser nula, por abusiva (art. 51, VIII, do CDC), a cláusula-mandato inserida no instrumento de compromisso de compra e venda, segundo a qual o promissário-comprador autoriza a construtora (promitente-vendedor) a instituir, em favor de terceiro (agente financeiro), hipoteca sobre o imóvel.

Assim sendo, o acórdão guerreado decidiu em consonância com a jurisprudência dominante do STJ ao afirmar que a hipoteca firmada em favor do banco-recorrente é ineficaz perante a promissária-compradora, ora recorrida. (STJ - AgRg no REsp 561807 GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 19/04/2004, p. 197) – **Sem grifos no original.**

EMENTA: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RECURSOS DO SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. HIPOTECA INSTITUÍDA PELA CONSTRUTORA JUNTO AO AGENTE FINANCEIRO. DIVERGÊNCIA SUPERADA. ARESTOS PARADIGMAS. BASES FÁTICAS DIVERSAS. Pacificou-se na Segunda Seção não prevalecer, em relação aos compradores, a hipoteca instituída pela construtora ou incorporadora de imóvel junto ao agente financeiro, no âmbito

do Sistema Financeiro da Habitação. Destarte, o adquirente da unidade habitacional responde, tão-somente, pelo pagamento do seu débito. Embargos de divergência rejeitados.

Trechos do voto condutor do acórdão: Em verdade, a controvérsia pacificou-se no âmbito da Segunda Seção desta Corte. **Assim, no caso de a hipoteca ter sido instituída pela empresa construtora ao agente financeiro em data posterior à celebração do contrato de promessa de compra e venda, é pacífica a jurisprudência no sentido de sua nulidade (leio ineficácia) em relação ao promitente comprador (REsp. n.º 146.659/MG, relator Ministro César Asfor Rocha, DJ de 05/06/2000 e 296.453/RS, relator Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 03/09/2001). Ao contrário, se o gravame foi constituído e registrado antes de firmado o compromisso de compra e venda, a validade da hipoteca está condicionada ao fato de os recursos serem próprios do agente financeiro, bem como da ciência do fato pelo adquirente. Esta é a situação estampada no acórdão paradigma (AGA n.º 161.052/SP, relator Ministro Waldemar Zveiter, DJ de 07/12/1998),** que, por isso, não guarda perfeita identidade com a hipótese discutida no acórdão embargado, que cuida de financiamento por meio do Sistema Financeiro da Habitação. Nestes casos, a Segunda Seção tem decidido pela ineficácia da hipoteca perante o adquirente da unidade habitacional.

Assim, nas hipóteses em que a hipoteca é instituída pelo vendedor do imóvel (normalmente a construtora e/ou incorporadora) em favor da instituição financeira, como forma de financiamento do próprio empreendimento imobiliário, havendo repasse de recursos do Sistema Financeiro da Habitação, prevalece o direito de propriedade do imóvel por parte do comprador que, perante a instituição financeira, só responde até o valor do seu débito. (STJ - EREsp 415667 SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004, p. 159) – Sem grifos no original.

Perceba-se que este último julgado, inclusive, é citado em outros julgamentos, a exemplo do AG 522731, como o precedente que pacificou o entendimento do STJ, na segunda seção da Corte, relativamente ao tema em questão. E no mesmo sentido, entendendo nula a hipoteca porquanto constituída já na fase final da construção do empreendimento, **e depois de firmados contratos de promessa de compra e venda**, tem-se também os seguintes precedentes, a saber: (REsp nº 287.774/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/4/01); (REsp nº 409.076/SC, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 9/12/02); (REsp nº 329.968/DF, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02) e (REsp nº 296.453/RS, Terceira Turma, de minha relatoria, DJ de 3/9/01), este último assim ementado:

EMENTA: Compra e venda de bem imóvel assinada e paga antes do contrato de financiamento entre a construtora e o banco, mediante garantia hipotecária. Ausência de consentimento dos promitentes compradores. Cláusula que institui mandato para esse fim considerada abusiva, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

1. Considerando o Acórdão recorrido que o bem foi comprado e integralmente pago antes do contrato de financiamento com garantia hipotecária, que os adquirentes não autorizaram a constituição de tal gravame, que sequer o mandato foi exercido e, ainda, que é abusiva a cláusula que institui o mandato, a teor do art. 51, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, não existe afronta a nenhum dispositivo sobre a higidez da hipoteca, presente a peculiaridade do cenário descrito. **2.** Recurso especial não conhecido. (REsp nº 296.453/RS, Terceira Turma, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 03/9/01).

Como se vê, a jurisprudência do STJ surgiu da necessidade de proteção aos adquirentes de unidades habitacionais em construção, quando a construtora dava o empreendimento em garantia do mútuo obtido junto à instituição financeira, precisamente para conclusão das obras, o fazendo mediante uso de cláusula-mandato que autorizava tal procedimento, a qual constava nos contratos de promessa de compra e venda firmados, mas era tida por abusiva.

No contexto daquela época, em que fora editada a Súmula 308 do STJ, era compreensível a posição da Corte, ainda que desconsideradas a boa-fé e a esfera jurídica das instituições financeiras que concediam mútuo garantido por hipoteca, eis que se estava diante de uma conjuntura fática traumática, advinda da falência da ENCOL, que, após se tornar uma das maiores empresas da América Latina, no ramo da construção civil, enfrentou uma grave crise, no final da década de 1990, que acabou levando à sua falência, com geração de prejuízos financeiros a diversos bancos e compradores das unidades habitacionais que estavam em construção, porquanto inacabadas as obras.²

Àquela época, como a ENCOL deixou de honrar seus compromissos com os bancos financiadores de seus empreendimentos, surgiram as controvérsias advindas da execução das hipotecas incidentes sobre os imóveis, já que os compradores das unidades habitacionais alegavam ter promovido o pagamento dos valores devidos, em que pese tais recursos financeiros não terem chegado aos cofres dos bancos, porquanto não repassados pela construtora devedora.

Foi diante desse quadro fático que a jurisprudência do STJ se formou, dando ensejo à edição da Súmula 308. A maioria dos precedentes originários da súmula, inclusive, versava exatamente sobre casos envolvendo a ENCOL.

Perceba-se, inclusive, que a motivação clara do entendimento firmado, no sentido de proteger “as vítimas” da ENCOL, no polo hipossuficiente das relações jurídicas entabuladas – uma vez que as instituições financeiras também foram vítimas da gestão temerária daquela construtora –, residia precisamente na necessidade de proteção do direito constitucional à moradia, exercido pelo cidadão comum que contratava a compra do bem de boa-fé. Buscava-se proteger, portanto, o homem médio que, de boa-fé, adquirira sua casa própria. Tanto assim que o próprio STJ, historicamente, afastou a aplicação da Súmula 308 no tocante a contratos que versavam sobre aquisição de imóvel comercial, conforme atesta, entre outros tantos, o recente precedente, a seguir transcrito:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/ C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. 1. **HIPO-**

² Fonte: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Encol>. Consultado em 07.01.23.

TECA CONSTITUÍDA PELA CONSTRUTORA SOBRE UNIDADE OBJETO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL COMERCIAL. NÃO APLICAÇÃO DO DISPOSTO NA SÚMULA N. 308/STJ. 2. INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA. DECISÃO ULTRA PETITA NÃO CONFIGURADA. 3. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. **1. A jurisprudência desta Casa orienta que o entendimento cristalizado na Súmula 308/STJ aplica-se exclusivamente às hipotecas que recaiam sobre imóveis residenciais, afastando-se, por conseguinte, a incidência do respectivo verbete sumular quando a citada garantia recair sobre imóvel comercial, como no caso dos autos.** 1.1. De fato, “mesmo que comprovada a boa-fé do terceiro adquirente, tal não é bastante para afastar a hipoteca firmada como garantia ao financiamento imobiliário de caráter comercial, como é a situação dos autos. Precedentes” (AgInt no AgInt no REsp 1.682.434/PR, Rel. Ministro Lázaro Guimarães, Desembargador Convocado do TRF 5ª Região, Quarta Turma, julgado em 28/11/2017, DJe 4/12/2017). 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, não há falar em julgamento ultra ou extra petita quando o julgador, mediante interpretação lógico-sistemática, examina a petição apresentada pelo insurgente como um todo. 3. Agravo interno desprovido. (STJ - AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1844770 / DF - Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/02/2021 Data da Publicação/Fonte: DJe 12/02/2021)

Vê-se, portanto, que, na origem, o que levou à fixação do entendimento consubstanciado na Súmula 308, do STJ, foi a existência de uma conjuntura fática em que milhares de adquirentes de imóveis destinados à moradia própria, que haviam firmado contratos de promessa de compra e venda dos ditos imóveis, e pago o valor devido de forma integral, não poderiam ter seu direito de propriedade vulnerado por garantia hipotecária constituída posteriormente, ainda que com uso de cláusula-mandato constante nos contratos de promessa de compra e venda, porquanto presumível a boa-fé do adquirente do bem.

Não se desconhece, obviamente, que, diante da profusão de processos surgidos após a falência da ENCOL, alguns julgados ampliaram as premissas fáticas ensejadoras da aplicação da súmula em questão, cuja redação, inclusive, passou a abranger a ineficácia da hipoteca firmada entre construtora e agente financeiro, ainda que anterior à celebração da promessa de compra e venda.

Mas, ainda assim, o pressuposto da boa-fé do adquirente da unidade habitacional persistiu como fundamento até mesmo filosófico da edição do verbete em alusão, sem o que se estaria diante de uma orientação jurisprudencial absolutamente *contra legem* e injustificada, haja vista que a hipoteca é um direito real previsto em lei, e cuja proteção jurídica é também imperiosa.

2 A necessidade de proteção da boa-fé como pressuposto de conduta de todas as partes envolvidas em uma relação jurídica contratual

Como visto no tópico anterior, o silogismo desenvolvido pelo STJ para justificar a edição da Súmula 308 tinha como premissa maior a proteção da boa-fé do promissário comprador de imóvel em construção.

A proteção à boa-fé, contudo, não pode se dar em mão única, devendo abranger todos os integrantes de uma relação contratual ou de relações contratuais imbricadas, exigindo que cada contraparte atue, antes, durante e depois de firmado o sinalagma, com correção e lealdade, de modo a evitar que qualquer contratante obtenha benefício indevido ou cause dano a outrem.

Esta premissa avulta de importância em um contexto social em que os contratos plurilaterais ou coligados são cada vez mais comuns como meios jurídicos imprescindíveis ao fomento de determinadas atividades econômicas. No campo da construção civil, seria difícil, por exemplo, imaginar o combate ao déficit habitacional brasileiro sem que houvesse a implementação de políticas públicas e atuação pujante de agentes financeiros aptos a financiar a construção de empreendimentos imobiliários que, sabidamente, têm elevado custo de produção.

Quando os imóveis cuja construção é financiada por um agente financeiro têm sua compra, pelo particular, também financiada, não há maiores problemas no tocante ao tema aqui em debate, posto que as relações jurídicas firmadas são coligadas e vinculam, a um só tempo, todas as partes contratantes,

sendo o agente financeiro responsável por viabilizar o encontro entre o construtor, que quer produzir unidades habitacionais, e o consumidor, que deseja adquirir sua casa própria.

Nesses casos, como ensina Orlando Gomes (2007, p. 121), “os contratos coligados são queridos pelas partes contratantes como um todo. Um depende do outro de tal modo que cada qual, isoladamente, seria desinteressante”. Havendo encontro de vontades das partes e regramento do sinalagma em instrumento comum, não advém desses casos maiores controvérsias quanto à quitação da dívida decorrente dos mútuos concedidos para construção e aquisição do imóvel, pelo que o adimplemento das obrigações previstas enseja, sem maiores dificuldades, a baixa da garantia gravada na matrícula do imóvel.

O problema surge, portanto, quando as relações contratuais se dão de forma apartada, sem envolvimento direto do adquirente do imóvel na planta com o agente financeiro que viabiliza a construção do empreendimento imobiliário, e, por conseguinte, recebe, como garantia do seu crédito, as unidades habitacionais em construção.

São nesses casos que ganha relevância a análise do princípio da boa-fé, necessário à proteção das partes que, muitas vezes desconhecidas uma da outra, acabam tendo suas relações jurídicas com a construtora impactadas por direitos e obrigações alheias, tornando necessária a flexibilização da compreensão amiúde proposta pelos compêndios tradicionais de Direito, segundo os quais o contrato somente afeta a esfera jurídica dos contratantes.

Como leciona Rodrigo Xavier Leonardo (XAVIER, 2018), “se é verdade supor que os efeitos típicos da enorme maior parcela dos contratos vinculam apenas as ‘partes’, isso não significa que alguns efeitos laterais ou paracontratuais não possam se expandir para além do contrato e atingir os chamados terceiros”.

É nesta perspectiva que a relação jurídica que se estabelece entre construtora e agente financeiro, a qual é um elo fundamental para o desenvolvimento do mercado da construção civil, precisa ser considerada também no contexto de proteção à boa-fé e à segurança jurídica das relações contratuais alinhavadas, inclusive no tocante a seus efeitos *erga omnes*.

Por isso mesmo, e visando sanar uma falha de mercado grave, ensejadora de desequilíbrio comprometedor da própria higidez do sistema financeiro imobiliário, à luz da análise econômica do direito, o legislador teve por bem aprovar a Lei nº 13.097/2015, que impôs a todos os partícipes das relações jurídi-

cas envolvendo direitos reais o dever objetivo de boa-fé, com a implementação de um sistema de concentração dos registros de atos relativos às transações imobiliárias na matrícula do imóvel respectivo, permitindo-se a todos os elos das relações contratuais havidas a verificação prévia acerca da segurança jurídica dos negócios a serem firmados.

A partir da referida lei, conforme se buscará demonstrar no tópico seguinte, passou-se a atribuir segurança jurídica não apenas aos adquirentes dos imóveis, mas também à instituição financeira responsável pela disponibilização dos recursos necessários à própria existência dos empreendimentos imobiliários construídos por empresas que não possuem, individualmente, fluxo de caixa suficiente para a empreitada.

3 Inovações trazidas pela Lei nº 13.097/2015, que obstam a aplicação irrefletida da Súmula 308 do STJ

A partir das considerações citadas anteriormente, notadamente no que atine à necessidade de proteção da boa-fé de todas as partes envolvidas em operações contratuais complexas, deduz-se que a solução apresentada pela Súmula 308 do STJ não era satisfatória, porquanto resguardava, apenas, a esfera jurídica do adquirente de imóvel em construção, com comprometimento, contudo, dos direitos do agente financeiro, relativamente à garantia de recebimento do mútuo concedido para construção do empreendimento habitacional.

Diante disso, e como o direito caminha sempre por demanda, a partir das necessidades sociais advindas da evolução humana, veio a lume a Lei nº 13.097/2015, que na seção II, a qual trata dos registros na matrícula do imóvel, dispõe o seguinte:

Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, de que a execução foi admitida pelo juiz ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos no art. 828 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 -

Código de Processo Civil; (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do disposto no inciso IV do *caput* do art. 792 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil. (Redação dada pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

§ 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos art. 129 e art. 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

§ 2º Não serão exigidos, para a validade ou eficácia dos negócios jurídicos a que se refere o *caput* ou para a caracterização da boa-fé do terceiro adquirente de imóvel ou beneficiário de direito real: (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

I - a obtenção prévia de quaisquer documentos ou certidões além daqueles requeridos nos termos do disposto no § 2º do art. 1º da Lei nº 7.433, de 18 de dezembro de 1985; e (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

II - a apresentação de certidões forenses ou de distribuidores judiciais. (Incluído pela Medida Provisória nº 1.085, de 2021)

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da

aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 . (Vigência)

Como se vê, o artigo 54 do referido diploma legal visa proteger os negócios jurídicos que envolvem direitos reais, sempre que se busque a desconstituição destes por conta de atos jurídicos ou negócios jurídicos precedentes que, entretanto, não tenham sido registrados ou averbados na matrícula do imóvel respectivo.

O § 1º do referido artigo, inclusive, é clarividente ao estatuir que situações jurídicas não constantes da matrícula do imóvel, no CRI, não poderão ser opostas ao terceiro de boa-fé que receber em garantia direitos reais sobre o imóvel.

Não bastasse isso, o art. 55 da Lei em referência estabelece, também de forma clara, que a oneração de unidades autônomas de empreendimentos imobiliários, entre as quais se inclui, obviamente, a hipoteca, não poderá ser objeto de decretação de ineficácia, desde que registrada no CRI, ressalvando-se, a eventuais credores do alienante, a sub-rogação no preço do imóvel, sem prejuízo das perdas e dos danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, com observância, ainda, das disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Ora, a própria referência, na parte final da norma, à proteção assegurada pelo CDC, deixa evidenciado que o credor do alienante, a que se refere o dispositivo, é precisamente o adquirente da unidade habitacional, posto que se o objetivo do dispositivo em questão fosse se referir ao banco como credor do alienante, buscando assegurar, assim, proteção apenas aos compromissários compradores, não haveria qualquer sentido na evocação do CDC, já que a relação jurídica estabelecida entre o banco e o construtor/incorporador não atribui à instituição financeira qualquer respaldo jurídico advindo do diploma consumerista.

Sob este prisma interpretativo da norma, não se pode desconhecer, na lição precisa de Carlos Maximiliano, que “as expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis” (MAXIMILIANO, 1996, p. 250).

Vê-se, portanto, que a interpretação das normas em referência deve-se dar de forma contextual e sistemática, de sorte a afastar qualquer exegese que busque, ao invés de reconhecer que a lei nova tornou obsoleto o verbete 308 da Súmula do STJ, sustentar que a norma corrobora o entendimento sumular.

Destarte, conforme regras elementares de hermenêutica, o que se extrai da interpretação das normas citadas é que a racionaliza-

ção e a simplificação do sistema de registro público, com a instituição do princípio da concentração de atos nas matrículas dos imóveis, buscaram, em boa hora, atribuir segurança jurídica a todos os integrantes da cadeia negocial envolvendo a construção, a comercialização e o financiamento da construção de unidades habitacionais.

Não se nega proteção, obviamente, aos adquirentes das unidades habitacionais, mas também não se deixa desprotegida a instituição financeira cujos recursos são fundamentais para viabilizar o desenvolvimento da construção civil, notadamente no tocante à criação de empreendimentos habitacionais.

Nesta conjuntura, tem-se que, pela observância da Lei em referência, quem tiver seu negócio jurídico registrado haverá de ter protegido seu direito, sendo certo, inclusive, que sequer há incompatibilidade inafastável entre os interesses da instituição financeira que concede mútuo para construção do empreendimento habitacional e o adquirente dos imóveis respectivos.

Explica-se a afirmação citada anteriormente, no contexto pragmático dos negócios jurídicos amiúde firmados, relativamente ao tema aqui tratado: Se o indivíduo pretende adquirir um imóvel, em construção, o único e elementar cuidado que ele precisa ter reside na verificação da situação da matrícula do imóvel. Não havendo lá o registro de uma hipoteca, a promessa de compra e venda pode ser firmada, e devidamente registrada, sendo que eventuais ônus que venham a incidir sobre o empreendimento não terão eficácia em relação ao particular.

Lado outro, se houver uma hipoteca registrada, o particular pode ainda optar por firmar o contrato de promessa de compra e venda, uma vez que o gravame não impede tal operação, mas, neste caso, já saberá, de antemão, que os pagamentos devidos deverão ser feitos em favor do Banco, para assegurar a quitação proporcional, em relação à dívida da construtora, do valor correspondente ao imóvel adquirido, o qual assim será desonerado da garantia, visto que, do contrário, não paga a dívida ao credor, que é o banco, saberá o adquirente, adredemente, que persistirá o imóvel vinculado à dívida, por aplicação do direito de sequela, ante o vínculo de natureza real que incide no bem, a teor do disposto no art. 1419³ do Código Civil.

³ Código Civil: “Art. 1.419. Nas dívidas garantidas por penhor, anticrese ou hipoteca, o bem dado em garantia fica sujeito, por vínculo real, ao cumprimento da obrigação.”

Quanto à instituição financeira que pretender financiar o empreendimento, aplica-se o mesmo raciocínio, eis que eventual registro, na matrícula do imóvel, relativamente à promessa de compra e venda, sabidamente tornará ineficaz, ainda que parcialmente, a hipoteca constituída, e nesse caso não subsistirá sequer litígio entre o adquirente e o banco, que não apresentará óbice à emissão da devida carta de anuência para baixa de hipoteca.

O que não mais se pode admitir, por respeito ao império da lei, a partir do advento da novel legislação instituidora do princípio da concentração dos atos (de alienação ou gravame) na matrícula (do imóvel), é que atos não registrados (promessa de compra e venda, *v.g.*) sirvam para desconstituir os atos registrados (hipoteca, *v.g.*), nem tampouco se poderá reconhecer ineficácia ou nulidade a atos registrados previamente (hipoteca), por conta de atos registrados posteriormente (promessa de compra e venda).

Neste sentido, convém notar que “o registro imobiliário, historicamente, aperfeiçoou os requisitos de publicidade para dotar os negócios jurídicos relacionados a imóveis de eficácia, conferindo-lhes presunção absoluta de conhecimento por terceiros”, conforme adverte Fábio Rocha Pinto e Silva (2014, p. 95 e seg).

E, embora não se desconheça que o contrato de promessa de compra e venda gera efeitos jurídicos entre as partes contratantes, independentemente de registro no CRI, sua oponibilidade a terceiros não pode, efetivamente, prescindir do registro imobiliário, conforme agora exige a lei em vigor, a qual conformou as relações negociais abrangidas pelas normas referidas ao próprio sistema jurídico, pois o registro do contrato aludido sempre foi tido como requisito para prevalência do direito do comprador em relação a outro particular que tivesse, eventualmente, adquirido direito sobre o mesmo bem, com adoção das cautelas necessárias para tanto, inclusive no tocante à certificação das condições do registro imobiliário do imóvel e efetivação do registro do próprio negócio jurídico firmado. Neste sentido, já ensinava Arruda Alvim, referenciando Francisco Loureiro (ALVIM, 2019):

No mesmo sentido, Loureiro (2018, p. 1.443): “[...] A única e relevante diferença entre ambas as situações - contrato registrado e sem registro - é a oponibilidade perante terceiros. Se o imóvel tiver sido alienado nesse meio tempo a terceiro

de boa-fé, que obteve o registro, o promitente comprador sem título registrado terá direito apenas de exigir do promitente vendedor a devolução do preço, mais perdas e danos, mas não a sentença substitutiva da escritura de venda e compra. Se o contrato estiver registrado, produz efeito *erga omnes* e impede a disposição e a criação de direito real [ou de direito meramente obrigacional] antagônico.

Como visto, a lei em referência buscou proteger a boa-fé, assim considerada como expressão de dever objetivo de todas as partes envolvidas nas relações negociais em referência, e o fez inspirada em compreensões necessárias acerca dos reflexos econômicos que o direito naturalmente tem, de sorte a preservar a higidez do mercado imobiliário como um todo, no interesse subjacente da coletividade.

A partir do suporte normativo introduzido pela Lei nº 13.097/2015, e tendo-se em conta que a consecução da função econômica e social do crédito imobiliário depende da regular circulação dos ativos financeiros utilizados na execução dos empreendimentos respectivos, em uma relação jurídica que envolve o agente financeiro e o tomador de financiamento para a produção e posterior comercialização das unidades habitacionais construídas, não restam dúvidas de que o adequado deslinde de questões litigiosas em que antes se aplicava, pura e simplesmente, a Súmula 308 do STJ, para desconstituir garantias legitimamente constituídas, com vistas a beneficiar o promitente comprador de imóvel hipotecado, somente será viável, doravante, com adequada e racional justiça, a partir de uma visão consequencialista do Direito, que leve em conta a sobreposição da lei nova em relação ao entendimento jurisprudencial erigido em contexto normativo e social diverso.

É que a análise econômica do Direito, tão estimulada no mundo atual, não permite ao intérprete desconsiderar os efeitos da execução ou da inexecução do contrato para além da esfera jurídica das partes litigantes, devendo ser considerado e ponderado, também, no amplo ambiente do sistema econômico e social no qual tais efeitos repercutirão, as consequências do quanto decidido, com vistas a preservar a realização da função do crédito no interesse coletivo, pois, como ensina Luciano Benetti Timm (BENETTI e DRUCK, 2008, p. 217):

A lei fundamental da oferta e da procura, ainda que imperfeita em alguns mercados, existe. Quanto maior a oferta de crédito, menor tende a ser o preço do dinheiro (juros). A oferta de crédito habitacional tende a aumentar, com os necessários e típicos incentivos dentro de um sistema de mercado, o que significa, sobre ótica jurídica, se aumentarem os mecanismos de cumprimento e eficácia dos contratos, especialmente das garantias. Realisticamente, o que o Poder Judiciário pode oferecer aos agentes econômicos (e à sociedade, portanto) são decisões previsíveis, ágeis, que garantam aos investidores o respeito à lei e ao contrato e um rápido acesso às garantias, em caso de inadimplemento.

Nesse mesmo sentido, analisando estas questões alusivas à necessidade de previsibilidade e segurança jurídica dos contratos e seus efeitos práticos, no sistema imobiliário, adverte Gustavo Loyola que “aumentar o custo de contratar significa, em última análise, reduzir o volume de transações, o volume de contratos e/ou encarecer os contratos. Vale dizer, nesse caso específico, reduzir o montante de crédito imobiliário e/ou encarecer o crédito imobiliário” (LOYOLA, 2005, P 174). É precisamente isso que a novel legislação visou evitar, em uma perspectiva de análise econômica do Direito.

3.1 Premissas fáticas que levaram à criação da Lei nº 13.097/2015 e seus escopos

Corroborando o quanto aqui sustentado, no sentido de que a Lei nº 13.097/2015 teve o condão de superar o entendimento sufragado pela Súmula 308 do STJ, em uma situação clara de *overriding*, sobre o que serão tecidas algumas considerações mais adiante, convém observar alguns trechos da exposição de motivos que fundamentou o encaminhamento, ao Congresso Nacional, da MP 656/2014, que acabou sendo convertida na Lei antes citada. Senão, veja-se:

O Projeto de Medida Provisória visa também adotar o princípio da concentração de dados nas matrículas dos imóveis, mantidas nos Serviços de Registro de Imóveis.

Atualmente, a operação de compra e venda de um imóvel é cercada de assimetria de informação. De

um lado, o vendedor tem informações mais precisas sobre sua própria situação jurídica e financeira e sobre a situação física e jurídica do imóvel. Do outro lado, o comprador e o financiador não possuem, de pronto, essas informações, devendo buscá-las em fontes fidedignas.

Os registros cartorários constituem-se em uma das mais importantes fontes de informação sobre a condição jurídica do imóvel, do vendedor e do comprador. Lamentavelmente, no Brasil, essa informação está dispersa em diversos tipos de cartórios e por toda a extensão do País.

Por exemplo, consideremos o caso de um vendedor que morava em outro estado e lá sofria uma ação de natureza trabalhista. A informação da existência dessa ação, de maneira geral, só estará disponível no cartório judicial da comarca onde ele residia ou onde constava a sede da sua empresa.

Assim, para ter certeza da segurança jurídica da operação, o comprador deveria realizar consultas a diversos cartórios e órgãos públicos, inclusive fora da localidade onde o imóvel de interesse se localiza.

Seja pelo custo de realizar a totalidade das citadas consultas, seja pelo tempo que seria despendido para sua efetivação, ou ainda pela inexequibilidade de tal medida, os potenciais compradores dos imóveis e mesmo as instituições financeiras que os financiam e, conseqüentemente, os utilizam como garantia ao financiamento concedido, restringem-se, na grande maioria das vezes, a realizar consultas nos órgãos que guardam uma relação geográfica mais próxima com o imóvel.

Ou seja, por desconhecimento ou economicidade, os agentes deixam de trabalhar com a totalidade das informações necessárias para aferir o risco e, conseqüentemente, o efetivo preço da transação e as consolidam com um "vácuo informacional", que possibilita, no futuro, a contestação ou reversão da operação. A concentração dos atos na matrícula do imóvel pode ajudar na mitigação deste "vácuo informacional".

Trata-se de procedimento que contribuirá decisivamente para aumento da segurança jurídica dos negócios, assim como para desburocratização dos procedimentos dos

negócios imobiliários, em geral, e da concessão de crédito, em particular, além de redução de custos e celeridade dos negócios, pois, num único instrumento (matrícula), o interessado terá acesso a todas as informações que possam atingir o imóvel, circunstância que dispensaria a busca e o exame de um sem número de certidões e, principalmente, afastaria o potencial risco de atos de constrição oriundos de ações que tramitem em comarcas distintas da situação do imóvel e do domicílio das partes. (...)

A urgência se extrai, em síntese, do disposto no parágrafo anterior, qual seja, a necessidade da adoção de uma alteração estrutural na metodologia de análise de crédito que em muito pode contribuir para mitigar a insegurança informacional hoje existente e que precisa ser tomada o quanto antes, de forma que se dissemine entre os agentes e que estes promovam os ajustes necessários a sua plena adoção. A urgência também se justifica pelo atual momento por que passa a economia brasileira, de menor entusiasmo quanto ao futuro e com carência na visualização de medidas estruturantes, que lhes antevejam melhorias que possam auxiliar na retomada do crescimento a taxas mais robustas.” (sem grifos no original)

Como se vê, a intenção do instrumento normativo proposto e aprovado pelo Congresso Nacional era, precisamente, atribuir segurança jurídica aos negócios entabulados entre o banco e as construtoras, e entre estas e os adquirentes das unidades habitacionais em produção, segurança esta que não existia, ante a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, que tinha o condão, ao final e ao cabo, de tornar mais onerosas as operações de financiamento da construção civil, com aumento considerável do *spread* bancário, na medida em que as garantias ofertadas para assegurar o retorno do mútuo concedido se tornavam imprestáveis, pela simples oposição de um contrato de promessa de compra e venda, sem registro, ou firmado após a constituição da hipoteca incidente sobre o imóvel a ser adquirido.

Agora, com a vigência das normas antes transcritas, conforme ensina Franco Musetti, prestigiu-se a publicidade registral,

em matéria de crédito, proporcionando uma dupla segurança, eis que se confere eficácia aos direitos do credor, ao mesmo tempo em que se assegura conhecimento ao adquirente, eliminada a assimetria de informação antes existente, que era observada no contexto de criação e aplicação da Súmula 308 do STJ (GROTTI, 2015, p. XX). Por isso mesmo, se faz necessário reconhecer que a indigitada súmula foi superada, não podendo mais pautar os julgamentos dos casos que envolvam a discussão referente à oponibilidade, ou não, do contrato de promessa de compra e venda à hipoteca anteriormente constituída sobre o imóvel em construção.

3.2 Superação da Súmula 308 do STJ – *Overriding*

Com efeito, tem-se, aqui, o que os doutrinadores convencionaram chamar de *overriding*. Sem tradução conferida pela doutrina, “este é o nome dado à adequação de um precedente a uma nova realidade jurídica, a qual pode ter sido modificada pela superveniência de uma regra ou um princípio legal” (NEVES, 2016, p. 1820).

Ao explicar as distinções entre as técnicas de superação de precedentes (*overruling*, *distinguishing* e *overriding*), à luz do novo CPC, tendo-se em conta, especialmente, o princípio da segurança jurídica, Fredie Didier ensina que:

Há aproximação, porém não identidade; trata-se de técnicas distintas. Verifica-se que, ao passo que no *distinguishing*, uma questão de fato impede a incidência da norma, no *overriding* é uma questão de direito (no caso, um novo posicionamento) que restringe o suporte fático. Ou seja, no primeiro são os fatos materialmente relevantes do novo caso concreto que afastam o precedente, por não terem sido considerados quando da sua formação, enquanto que, no segundo, o afastamento é decorrente de um novo entendimento; portanto, de um elemento externo à relação jurídica discutida. (DIDIER, 2015, p. 507)

Esta é, precisamente, a situação aqui tratada, em que a Súmula 308 do STJ perdeu sua sustentação jurídica na medida em que foi promulgada uma lei nova que, visando corrigir uma falha de mercado grave, com efeitos deletérios para toda a soci-

idade, na medida em que tornava mais oneroso o financiamento da construção civil, no Brasil, buscou assegurar proteção equilibrada a todas as partes envolvidas nas relações contratuais que se estabelecem ao longo da cadeia produtiva de um empreendimento habitacional.

Agora, todas as partes envolvidas nas relações jurídicas referidas sabem, com racional nível de previsibilidade e segurança jurídica, se os direitos reais constituídos sobre os imóveis em produção serão, ou não, eficazes, e em que medida.

E o que se exige do adquirente de uma unidade habitacional, vale registrar, não é nada mais do que o cuidado elementar de verificar, na matrícula do imóvel, se há, ou não, a constituição de uma hipoteca, ou qualquer outro tipo de ônus, respeitando e dando efetividade, assim, à função “declaratória preventiva” da inscrição imobiliária, conforme expressão utilizada por Afrânio de Carvalho (1976, p. 149). Se não houver gravame algum vinculado ao imóvel, o registro do contrato de promessa de compra e venda no CRI dará segurança, ao promitente comprador, quanto à futura aquisição do imóvel, livre e desembaraçado. Se, do contrário, houver gravame, saberá o adquirente, adredemente, que o direito que ele está adquirindo está sujeito aos ônus previstos, não se podendo alegar surpresa, nem quebra da boa-fé, se futuramente lhe for oposta, por exemplo, a hipoteca cuja baixa demande o pagamento da dívida vinculada ao imóvel.

Veja-se, aliás, que a própria jurisprudência do STJ, a qual baseou e se baseou na Súmula 308 daquela Corte, sempre reconheceu que o adquirente do imóvel integrante de empreendimento habitacional financiado por instituição financeira, embora não estivesse submetido à hipoteca constituída, como garantia da dívida total da construtora, era responsável pelo pagamento da dívida correspondente, de forma proporcional, à própria unidade adquirida.

E o pagamento desta dívida era *conditio sine qua non* para a liberação do ônus que gravava o imóvel. Neste sentido, veja-se a premissa maior do entendimento que se consolidou e vinha sendo seguido, antes da edição da Lei nº 13.097/2015, o qual está expresso no já citado precedente do ERESP 415667/SP⁴:

Assim, nas hipóteses em que a hipoteca é instituída pelo vendedor do imóvel (normalmente a

⁴ (STJ - REsp 415667 SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004)

construtora e/ou incorporadora) em favor da instituição financeira, como forma de financiamento do próprio empreendimento imobiliário, havendo repasse de recursos do Sistema Financeiro da Habitação, prevalece o direito de propriedade do imóvel por parte do comprador que, perante a instituição financeira, só responde até o valor do seu débito.

O que mudou, com o advento da Lei nº 13.097/2015, é que agora, com a instituição do princípio da concentração dos atos constituidores de direitos reais na matrícula do imóvel, o adquirente de uma unidade habitacional saberá, no exato momento em que firmar o contrato de promessa de compra e venda do bem, que existe uma hipoteca gravando o empreendimento, cabendo a ele, portanto, proceder aos pagamentos devidos, relativamente à compra do bem, diretamente ao Banco, ou à construtora, com anuência deste, pois assim não haverá risco de que os valores relativos à quitação do imóvel, e que devem se destinar, prioritariamente, à liquidação das parcelas do mútuo que viabilizou a construção do empreendimento, venham a ter destinação diversa, em prejuízo da instituição financeira.

Na esteira do quanto aqui sustentado, relativamente à caracterização do *overriding*, com a superação da Súmula 308 do STJ pela Lei nº 13.097/2015, não se pode desconhecer que o direito é dinâmico e caminha sempre a reboque do fato social. A lição clássica de Reale, segundo a qual direito é fato, valor e norma (REALE, 1994, p. 73), não pode ser ignorada a ponto de se olvidar que a evolução legislativa, no sistema do *civil law*, impõe a revisão dos precedentes jurisprudenciais firmados, sempre que a nova ordem jurídica estabelecida impuser superação aos pressupostos, de fato ou de direito, que fundamentaram a formação do entendimento firmado pelos Tribunais sobre determinados temas, por mais consolidada que seja a jurisprudência.

E é precisamente isso que se tem no caso em debate, tornando necessário refutar a irrefletida aplicação da indigitada Súmula 308, para solução das contendas que versam sobre a temática em questão, visto que, atualmente, tem-se uma norma legal, *stricto sensu*, com caráter vinculante e *erga omnes*, portanto, que estabeleceu critérios diversos para resolução de controvérsias da espécie.

4 Impactos da Lei nº 13.097/2015 e perspectivas para a solução jurídica das lides que versam sobre o tema abordado na Súmula 308 do STJ

Como já visto alhures, o que se tinha antes da Lei nº 13.097/2015 era uma proteção assimétrica exclusiva do adquirente das unidades habitacionais em produção, que era incompatível, inclusive, com o dever do homem médio de se informar para proteger seus próprios interesses em relação ao produto que adquire, como prevê o art. 6º, III, do CDC, o qual agora está em consonância com o princípio da fé pública registral, encampado no art. 54 da Lei nº 13.097/2015, que protege e beneficia exatamente o homem médio, porquanto simplifica a diligência necessária à avaliação dos riscos do contrato por meio do qual se pretende adquirir o domínio do imóvel em construção.

A ordem jurídica anterior, em que se tinha a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, agora superada pela Lei nº 13.097/2015, conforme já se demonstrou, permitia que construtoras mal-intencionadas comercializassem todos os imóveis do empreendimento em construção sem pagar as parcelas do mútuo contraído para viabilizar as obras respectivas, e como a hipoteca que garantia a operação de financiamento do empreendimento era tida por ineficaz, em relação aos adquirentes dos imóveis, quem ficava no prejuízo era o banco, o que contrariava, frontalmente, aquilo que se espera em um mercado saudável, pois, conforme os escólios do Ministro Luis Salomão, do E. STJ:

A análise econômica do direito aposta no efetivo cumprimento dos contratos de financiamento de imóveis, por exemplo, como pressuposto para o sucesso do sistema como um todo. A satisfação de cada um dos pactos celebrados entre financiadores e financiados, individualmente considerados, é requisito para que o sistema evolua e garanta o beneficiamento de outros tantos sujeitos, de toda coletividade interessada (STJ - REsp 1.163.283-RS, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 4.5.2015).

E os efeitos deletérios que as falhas de mercado aqui analisadas geravam, pela indiscriminada aplicação da Súmula 308 do STJ, que frustrava as legítimas expectativas dos agentes financeiros, na recuperação de seus créditos, não constituem meras alegorias argumentativas, mas fato concreto e já comprovado,

mutatis mutandis, pela queda vertiginosa que a oferta de crédito imobiliário sofreu, em meados da década de 1980, quando as contratações despencaram a cerca de 10% do volume observado alguns anos antes, precisamente em razão das contendas multitudinárias surgidas em torno dos critérios de execução dos contratos de mútuo firmados.

Agora, portanto, com o advento da Lei nº 13.097/2015, nem o banco, nem o adquirente amargarão mais prejuízos, pois ambos estão sujeitos às mesmas cautelas, no momento das respectivas contratações (do financiamento da construção e da promessa de compra e venda do imóvel), superando-se a assimetria de informações que conduzia à falha de mercado antes retratada.

Vale notar, a propósito, que a necessidade de superação da Súmula 308 do STJ já vinha sendo apontada pela doutrina mesmo sem a abordagem acerca do suporte legislativo aqui referenciado. Ou seja, se apontava a obsolescência da referida súmula pela própria evolução do contexto fático em que ela estava inserida, e pelas consequências que ela vinha gerando, conforme adverte Andressa Nakayama (NAKAYAMA, 2021) no artigo que a seguir se transcreve, em parte:

Num fluxo padrão de crédito, a liberação da hipoteca concedida em favor do agente financiador ocorre em etapas: primeiro, a incorporadora deve prestar informações de comercialização das unidades ao agente financiador para que este, então, lhe informe sobre o valor mínimo de desligamento da garantia (VMD).

Com o pagamento do VMD pela incorporadora, esta assegura ao adquirente a entrega da unidade livre e desembaraçada de ônus, conforme prometido no contrato de compra e venda, uma vez que o agente financiador amortizará o financiamento tomado e concordará com a liberação da hipoteca.

Contudo, a aplicação desmedida da Súmula 308 do STJ, sem a visão integrada com os impactos no mercado de crédito, tem prejudicado essa dinâmica, sobretudo na hipótese de aquisição do imóvel já hipotecado ao banco, pois, ao retirar a eficácia *erga omnes* do gravame (...), os tribunais têm *desconstituído a garantia real que a princípio havia sido lícitamente pactuada*.

Justamente esse esvaziamento da garantia hipotecária tem ensejado prática inesperada por par-

te de muitas incorporadoras, que se valem do enunciado sumular a seu favor e de má-fé para inadimplir com suas obrigações.

Explico. É comum os agentes financiadores desse setor, crendo na boa-fé contratual das financiadas, acabarem se vendo num cenário em que são obrigados a liberar suas garantias sem mesmo terem recebido os recursos correspondentes.

Isso acontece pois, grande parte das vezes, as incorporadoras que agem de má-fé se valem da aplicação da Súmula 308 a seu favor e deixam de fornecer as informações sobre a comercialização das unidades, descumprindo uma de suas obrigações contratuais e *impossibilitando a cobrança do valor mínimo de desligamento (VMD) ou dos recebíveis pelo banco.*

Ou seja, utilizam-se da súmula para uma prática injusta e imoral de desvio de valores. Pois é claro: se no fim do dia o banco será obrigado a liberar a hipoteca em favor do adquirente mesmo se não houver o pagamento do respectivo VMD, por qual motivo a incorporadora que age de má-fé irá informar sobre a comercialização da unidade, sobre a entrada de recursos em caixa? E como a instituição financeira cobrará um crédito sem ter ciência sobre a realização da venda da unidade, já que não participa do contrato consumerista de compra e venda e a responsável pelo repasse de informações se omite? (...)

Dessa forma, notório que a Súmula 308, ao impactar no crédito imobiliário, mascara uma falha do mercado e, ao invés de tutelar o adquirente, no fim das contas, onera-o. Assim como onera os agentes financiadores do setor.

O caminho para a devida proteção do adquirente-consumidor é certamente mais complexo do que aquilo que se pretendeu com a súmula, demandando um nível maior e mais justo de *responsabilização dos players corretos*, visando a *fomentar a transparência da incorporadora junto ao adquirente* e a *disseminação da educação imobiliária no país*. Até mesmo porque, de 2005 (ano de edição da súmula) para 2021, com o avanço da tecnologia, é inegável que o acesso à informação se tornou mais fácil e o perfil do consumidor já não pode mais ser considerado o mesmo e tão fragilizado quanto antes.

Outrossim, em virtude dos desequilíbrios promovidos pela aplicação da Súmula 308 do STJ e seu descompasso com a efetiva proteção do consumidor somado a seus efeitos negativos no mercado de crédito, conclui-se pela necessidade de superá-la. Com esperança de que haja o reforço na responsabilização das incorporadoras que agem de má-fé, a implementação de medidas que ataquem as falhas do mercado imobiliário e assegurem um efetivo arcabouço jurídico para recuperação do crédito, aliado à segurança e idoneidade das garantias ofertadas licitamente, culminando, em via transversa, na redução do *spread* bancário brasileiro e do preço da oferta que chega ao consumidor”.

Perceba-se, portanto, que a observância das regras instituídas pela Lei nº 13.097/2015 é imperativo de proteção ao próprio mercado, incluindo os adquirentes dos imóveis em construção, e a superação de precedentes jurisprudenciais, inclusive os sumulados, não é uma novidade no direito, e serve exatamente para viabilizar a oxigenação e a evolução do ordenamento jurídico. Se, por um lado, as súmulas dos Tribunais visam padronizar e dar segurança às relações jurídicas que se estabelecem entre os particulares, e também entre estes e o Estado, por outro não se pode ignorar que elas não podem ter o condão de engessar a evolução do direito, e no sistema da *civil law*, adotado no Brasil, vigora o império da Lei, que se sobrepõe a entendimentos jurisprudenciais, e somente pode deixar de ser observada se houver reconhecimento de sua revogação ou pecha de inconstitucionalidade, o que nem de longe se cogita no caso vertente.

Recentemente, inclusive, a nova Lei de Licitações trouxe uma inovação ao ordenamento jurídico pátrio que ensejou a superação da consagrada Súmula 473 do STF, conforme dá notícia o professor Marçal Justen Filho (2021, p. 1550), ao dizer:

Deve-se destacar que deixou de existir respaldo normativo para a Súmula 473 do STF. Assim, se passa ao menos no âmbito das licitações e contratações administrativas. A orientação exposta na referida Súmula é incompatível com o regime jurídico consagrado pela lei 14.133/2021.

A própria Lei nº 11.417/2006, que regula a edição, a revisão e o cancelamento de súmula vinculante, no âmbito do STF, pre-

vê expressamente, em seu artigo 5º, que o advento de base normativa nova enseja a revisão ou o cancelamento até de súmula vinculante, quando perdido o suporte legal que lhe motivou.

Como se vê, portanto, não se pode ignorar que o advento de lei nova, que retira de uma súmula comum o seu suporte legal, tem o condão de superar a força vinculatória da súmula, como se dá, inclusive, quando uma lei é revogada por outra de forma tácita, porquanto mais recente ou especial, e que regula de maneira diversa determinado tema jurídico.

Por isso mesmo, não é razoável que se pretenda que a Lei nº 13.097/2015 seja solenemente ignorada, com a manutenção irrefletida da aplicação da Súmula 308 do STJ, para a solução, de forma simplória, das lides deduzidas em Juízo.

A partir da observância do artigo 54, § 1º, c/c artigo 55, da Lei nº 13097/2015, necessário se faz distinguir os elementos que permeiam o caso concreto, para então decidir se há, ou não, embasamento jurídico para o acolhimento de pretensões relativas à desconstituição de hipotecas incidentes sobre unidades habitacionais integrantes de empreendimentos, cuja construção foi financiada por agente financeiro.

E se o contrato de promessa de compra e venda tiver sido firmado posteriormente à constituição da hipoteca devidamente averbada, ou não tiver sido registrado no CRI, ainda que firmado anteriormente a ela, não será mais possível reconhecer, como se fazia quando a Súmula 308 do STJ era aplicada indistintamente, o direito à desconstituição do ônus que grava o imóvel, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, base fundamental do estado democrático de direito.

Eis, pois, a perspectiva que se tem para a solução jurídica dos litígios que envolviam, anteriormente, a mera aplicação da Súmula 308 do STJ, que agora não poderá mais ser evocada, sob pena de se estar julgando as demandas em questão *contra legem*.

Neste sentido, convém rememorar, com alguns apontamentos ilustrativos que visam auxiliar na interpretação da norma em alusão, o que dizem os artigos da Lei nº 13.097/2015 que versam sobre a discussão proposta, e que, segundo o que aqui se sustenta, tiveram o condão de superar o entendimento sufragado na Súmula 308 do STJ, também a seguir transcrita:

“Súmula 308 do STJ: 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”

Lei 13.097/2015:

Art. 54 - § 1º Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no registro de imóveis **(leia-se: contrato de compra e venda não registrado no CRI)**, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel **(leia-se: o banco que financiar a construção do empreendimento e constituir, em garantia da operação de crédito, hipotecas sobre os imóveis em construção)**, ressalvados o disposto nos art. 129 e art. 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 55. A alienação ou oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, parcelamento do solo ou condomínio edilício, devidamente registrada **(leia-se: a hipoteca devidamente registrada no CRI)**, não poderá ser objeto de evicção ou de decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante **(leia-se: os adquirentes do direito à compra do imóvel, depois de construído)** ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 .

Tais dispositivos legais são aqui apresentados como fundamento do direito do agente financeiro à preservação da higidez da garantia real constituída sobre o imóvel integrante de empreendimento imobiliário, sempre que devidamente averbado o gravame, na matrícula do imóvel, com o que se deve repelir, à luz dos princípios da legalidade, segurança jurídica e boa-fé, pretensões fulcradas, exclusivamente, na Súmula 308 do STJ.

Ao julgar demandas em que se postule, portanto, a desconstituição de hipoteca incidente sobre imóvel objeto de promessa de compra e venda, não poderá o julgador, de forma simplória, solucionar a lide com a aplicação da súmula em referência, notadamente quando a defesa da instituição financeira arguir, adequadamente, a tese aqui debatida.

Neste sentido, não se pode olvidar que o NCPC passou a exigir, de forma expressa, que a decisão judicial, especialmente aquela que tem o escopo de resolver a lide, seja efetivamente fundamentada, assim não se considerando a decisão que “não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador”, bem assim aquela que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos” (art. 489, § 1º, incisos IV e V, do CPC).

Como visto, portanto, é necessário que o julgamento das lides em referência se dê com base na legislação em vigor, que teve o condão de superar o entendimento sumulado pelo STJ, no verbete 308, que, aliás, já padecia, internamente, de conflito axiológico exegético, posto que o verbete 375 daquela mesma Corte, aprovado quatro anos depois, privilegiava o registro como requisito elementar para sobreposição de um direito anterior sobre o posterior. Ou seja, enquanto a Súmula 308 presumia boa-fé, independentemente de registro do negócio jurídico de alienação de imóvel, a 375⁵ erigia o registro à condição de essencialidade que ele deve efetivamente ter, de sorte a garantir segurança jurídica *erga omnes*, no interesse da coletividade, e não de um único particular.

De fato, aprimorando a segurança do mercado imobiliário, com a perspectiva das implicações econômicas que o Direito origina, para o bem, ou para o mal, a Lei nº 13.097/2015 instituiu um dever que se impõe a todos: a necessidade de ser diligente, de agir de boa-fé, agir este que se impõe como um dever de uma atuação diligente (DINIZ, 2014, p. 418), isto é, não só no sentido de não demorar em agir, mas, sobretudo, no sentido de ser cuidadoso para com seus negócios, tendo mínimas cautelas, pois “a má-fé corporifica-se através de comportamento descuidado, indiligente e cercado de inescusável incúria, não se cogitando de dolo para sua caracterização”⁶.

Nesta linha de raciocínio, o principal desiderato da Lei nº 13.097/2015, em seus artigos 54 e 55, foi ampliar a segurança

⁵ SÚMULA nº 375 do STJ: O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

⁶ TJ-SP - AI: 21082268020148260000 SP - 2108226-80.2014.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 19/08/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014).

jurídica nas transações imobiliárias, com forte apreço à boa-fé exigida de todos os partícipes das relações negociais entabuladas ao longo da cadeia produtiva de um empreendimento imobiliário, de sorte a sanar uma falha de mercado grave, advinda da irrefletida aplicação da Súmula 308 do STJ, conforme já dito alhures, razão pela qual não se pode mais admitir que a boa-fé seja evocada como um espectro apenas do que ela pressupõe (diligência), para desconstituir atos averbados ou registrados no CRI, e de cujo conhecimento ninguém pode se eximir, dada a presunção de publicidade inerente aos atos de registro público.

A partir da novel legislação, portanto, o registro imobiliário afasta, *ipso facto*, a “boa-fé” daquele que, contra o registro, alega um direito, em prejuízo do direito alheio. Deixou de se admitir como legítima, por conseguinte, a presunção de boa-fé contra o registro. Esta é a opção clara do ordenamento jurídico pátrio, que precisa ser respeitada, inclusive porque “ninguém pode se escusar de cumprir a lei, por alegar desconhecê-la”⁷, e quem compra um imóvel, ou subscreve contrato preliminar com este objetivo, deve saber de sua obrigação elementar de análise do bem sob o aspecto registral.

A “boa-fé”, portanto, não pode ser apanágio para tudo, muito menos para justificar a incúria geradora de prejuízos a outrem, e é por isso que os artigos 54 e 55 da Lei nº 13.097/15 são claríssimos no sentido de que a oneração das unidades autônomas de empreendimento imobiliário, devidamente registrada, não poderá ser objeto de decretação de ineficácia. *In claris cessat interpretatio!*

Ao fim, cumpre advertir, por dever de ofício, que a matéria aqui tratada ainda não foi amadurecida, sob a perspectiva ora apresentada, pelos Tribunais pátrios, notadamente no âmbito da Justiça Federal. Ao que se pode constatar, embora se tenham ainda alguns julgados aplicando a Súmula 308 do STJ, mesmo depois da vigência dos novos dispositivos legais já citados, em tais casos não houve o enfrentamento da tese jurídica aqui apresentada, seja pela ausência de prequestionamento nas instâncias originais, relativamente às normas da Lei nº 13.097/2015, seja porque os referidos casos versavam sobre contratos firmados antes da vigência da indigitada lei.

Sem embargo disso, vale trazer à baila, pela precisão dos fundamentos expostos, decisão de juiz federal que, com perspi-

⁷ Art. 3º da Lei de Introdução às normas do direito Brasileiro – Dec-Lei nº 4.657/42.

cácia, aplicou de forma adequada a solução jurídica que se defende pertinente, empôs a edição da Lei nº 13.097/2015, para casos em que se busca a desconstituição de hipoteca com base, apenas, na aplicação da Súmula 308 do STJ. Veja-se:

Embora até o presente momento este juízo tenha acolhido os fundamentos consolidados no verbete sumular apontado (súmula 308), o advento do art. 55 da Lei n.º 13.097/2015 demonstrou, inequivocamente, que o referido raciocínio está superado, tendo em vista que o legislador, ciente do contexto fático e econômico que permeia as alienações de unidades autônomas integrantes de incorporações imobiliárias, expressamente dispôs em sentido contrário, valorizando a averbação do compromisso de compra e venda como ato de boa-fé que preserva a segurança jurídica das relações negociais.

É dizer, houve superação da jurisprudência firmada por consciente e inequívoca opção legislativa, sem indícios de inconstitucionalidade que possam macular sua validade formal e material.

A Lei n.º 13.097/2015, no que interessa especificamente à eficácia da hipoteca de unidades autônomas perante adquirente, dispôs que:

Art. 55. A (...) oneração de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária (...), devidamente registrada, não poderá ser objeto de (...) decretação de ineficácia, mas eventuais credores do alienante ficam sub-rogados no preço ou no eventual crédito imobiliário, sem prejuízo das perdas e danos imputáveis ao incorporador ou empreendedor, decorrentes de seu dolo ou culpa, bem como da aplicação das disposições constantes da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Da redação do dispositivo, extrai-se que não se pode decretar a invalidade da oneração das unidades (hipoteca) que foi devidamente registrada - como era a orientação jurisprudencial fixada na súmula n.º 308 do Superior Tribunal de Justiça. Pelo contrário, os eventuais credores do alienante, no caso a CEF, ficam sub-rogados no preço do crédito imobiliário, podendo cobrar diretamente do adquirente tal crédito (limitado ao preço do bem

imóvel pago) ou dar início aos atos judiciais de expropriação. O adquirente, por sua vez, presuntivamente ciente do direito real que recai sobre o imóvel, deve pagar ao credor hipotecário, nos termos do art. 346, inciso II, do Código Civil sub-rogando-se, de pleno direito em tal crédito, podendo, da mesma forma, ajuizar ação regressiva em face do alienante, acaso pague duas vezes, ou mesmo, denunciar à lide para exercer, no mesmo processo, os direitos de que a evicção lhe resultar, acaso não pague, nos termos do art. 125, inciso I, do Código de Processo Civil.

Assim, embora pela redação do dispositivo seja eficaz a hipoteca registrada em face dos eventuais adquirentes, fica sua responsabilidade limitada ao preço pago pelo bem imóvel, acaso ainda não tenha sido pago.

No momento da aquisição, a autora recebeu a escritura do imóvel com o gravame regularmente registrado na matrícula individualizada. Nessa linha, o registro na matrícula do imóvel da hipoteca firmada com o agente financeiro acarreta presunção absoluta de conhecimento por terceiros, que não mais podem se intitular “de boa-fé” no sentido de desconhecer a garantia que pesa sobre o bem imóvel adquirido. Ao adquirir imóvel gravado de hipoteca registrada, ao adquirente abre-se três possibilidades: a) abandonar o imóvel hipotecado, notificando o alienante e o devedor, nos termos do art. 1.479 e 1.480 do Código Civil, para depois pleitear perdas e danos contra o devedor; b) remi-lo, citando os credores hipotecários e propondo importância não inferior ao preço pelo qual adquiriu o bem, tendo por base o art. 1.481 do Código Civil; ou c) depositar os valores em juízo e propor ação de consignação em pagamento, havendo mora do credor hipotecário no recebimento. Não há a opção de permanecer na propriedade do imóvel, sem quitar a hipoteca, desconsiderando o ônus real que recai sobre ele.

Nota-se, assim, que a hipoteca regularmente pactuada e levada a registro sujeita o bem dado em garantia, por vínculo real ao cumprimento da

obrigação (art. 1.419 do Código Civil). Da mesma forma, a alienação do imóvel hipotecado dispensa notificação do credor, em razão das prerrogativas de sequela e preferência que acompanham a garantia. Ademais, nos termos do art. 1.488 do Código Civil, acaso o imóvel dado em garantia venha a ser fracionado, o ônus que recaía sobre a matrícula mãe poderá ser dividido entre as unidades autônomas, norma esta que, por si só, já demonstra estar o entendimento sumulado, há tempos, *contra legem*.

O Código Civil, por si só, já condensava normas suficientes para manter a validade da hipoteca no caso em apreço. Entretanto, a jurisprudência que fazia coro à súmula parecia as desconsiderar em nome de uma suposta 'boa-fé' do adquirente em conjunto com a inércia do agente financeiro em fazer uso dos instrumentos legais para cobrança. Apesar disso, o art. 55 da Lei n.º 13.097/2015, acima transcrito, previu de forma clara que o ônus real registrado não pode ser objeto de declaração de ineficácia, ao menos para os negócios avançados após sua vigência, devendo os eventuais credores do alienante ficar sub-rogados no preço do imóvel e cobrar dos adquirentes tão somente o valor do bem imóvel, e não a totalidade do crédito originário registrado na matrícula-mãe."⁸

Vê-se, portanto, que já há sinais de que a matéria aqui tratada deverá ter outro olhar, por parte da magistratura pátria, a partir da verticalização da análise acerca dos impactos que a novel legislação trouxe, em relação às lides outrora solucionadas com a mera aplicação da indigitada súmula do STJ.

Conclusão

Como se buscou demonstrar no curso deste artigo, a aplicação indiscriminada da Súmula 308 do STJ, que obrigava o agente financeiro a proceder à baixa de hipoteca constituída para garantia de operação de mútuo contratado para viabilizar a

⁸ Trecho de sentença proferida pelo MM Juiz Federal Paulo Cristovão de Araujo Silva Filho, da 2ª Vara Federal de Joinville/SC, no processo 5000770-88.2017.4.04.7201 – Sem grifos no original

construção de empreendimento habitacional, tão somente pelo fato de ter havido a promessa de compra e venda quitada do imóvel construído vinha gerando uma grave falha de mercado ensejadora, ao longo do tempo, de majoração do *spreed* bancário, em prejuízo de toda coletividade.

Embora o referido entendimento sumular tenha sido erigido com vistas a proteger a esfera jurídica do consumidor, adquirente do bem junto à construtora, deixava demasiadamente fragilizada a posição do agente financeiro fomentador da construção civil, no país, e a premissa jurídica utilizada na construção da jurisprudência subjacente, acerca do tema, visava prestigiar a boa-fé do promitente comprador do imóvel, mas acabava por ignorar a boa-fé do banco, que, ao conceder mútuo feneratício para a construção do empreendimento habitacional, confiava que teria garantia suficiente para lastrear o seu crédito e assegurar sua recuperação, a tempo e modo.

A assimetria informacional existente potencializava o desequilíbrio gerado nas relações jurídicas multifacetadas que eram estabelecidas, envolvendo a construtora, o adquirente do imóvel construído e o agente financeiro que financiava a construção das unidades habitacionais, pois nem sempre o banco conhecia a posição jurídica do promitente comprador, nem tampouco este detinha dados detalhados acerca da operação financeira estabelecida entre a construtora e o banco.

Este cenário, contudo, sofreu grande alteração a partir da edição da Lei nº 13.097/2015, a qual instituiu o sistema de concentração dos atos registraes na matrícula imobiliária, de sorte a dar segurança jurídica aos negócios envolvendo alienação de domínio de imóveis e outras transações relativas a direitos reais.

Em apertada síntese, pode-se dizer que a referida norma legal objetivou, em uma perspectiva necessária de análise econômica do direito, amenizar as falhas de mercado que tornavam absolutamente inseguras as relações jurídicas estabelecidas entre as construtoras, adquirentes de unidades imobiliárias e bancos, sem desconhecer que a proteção da boa-fé deve perpassar todas as esferas jurídicas envolvidas nos negócios jurídicos entabulados, e não apenas a parte hipossuficiente.

Com o advento da novel legislação, todos os atos inerentes às negociações imobiliárias devem estar gravados na matrícula do imóvel respectivo, de sorte a assegurar a publicidade das informações que tenham relevância jurídica, seja por implicar alienação de domínio, imposição de gravame ou qualquer afetação de direito real relativo ao bem.

Os artigos 54 e 55 da indigitada Lei, especialmente, em uma interpretação teleológica e sistemática, conduzem à constatação de que, doravante, não se pode mais aplicar, de forma simplória, a fórmula prevista na Súmula 308 do STJ, pois, quando o terceiro promitente comprador de imóvel na planta firmar seu negócio jurídico depois da constituição e averbação, no CRI, de hipoteca garantidora do recebimento do crédito do agente financeiro, relativo ao mútuo concedido para a construção do empreendimento habitacional, não poderá ele alegar boa-fé ao ter adquirido e pago pelo bem, para, com isso, buscar a desconstituição do gravame, em prejuízo do banco.

Pelo que foi exposto ao longo deste artigo, portanto, tem-se que o ordenamento pátrio promoveu inflexão deôntica (dever) e axiológica (valor) diversa àquela consubstanciada na Súmula 308 do STJ, que, indo de encontro às disposições legais posteriores (ab-rogação), restou por elas superada (*overriding*), não se prestando mais à solução das contendas a que antes se aplicava.

A norma inserida no ordenamento jurídico, que fez sucumbir o preceito sumular em questão, veio a lume em boa hora, e a sua efetiva aplicação, nas soluções das lides multitudinárias que versam sobre o tema em questão, será salutar na solução de uma grave falha de mercado que poderia, ao longo do tempo, trazer grandes danos ao próprio mercado imobiliário, porquanto algumas construtoras inescrupulosas vinham se valendo da referida súmula para descumprir suas obrigações junto aos bancos, notadamente quando na iminência de descontinuidade de suas atividades.

Pelas análises empreendidas ao longo desta exposição, pode-se concluir que a melhor exegese do direito posto, em homenagem ao princípio da legalidade, conduz à compreensão, de fato, de que a Súmula 308 do STJ não mais tem eficácia, sendo inservível como fonte do direito para a solução das contendas postas à apreciação judicial, relativamente ao tema em foco, e isso não implica, necessariamente, em retrocesso ao sistema de proteção jurídica do adquirente de imóveis na planta.

O que se tem, agora, é um equilíbrio nas posições jurídicas de todas as partes que integram a cadeia produtiva e de comercialização de imóveis, posto que tanto os agentes financeiros que fornecem o capital necessário à construção dos empreendimentos habitacionais, como os adquirentes das unidades em produção ou produzidas precisarão agir com cautela no momento de celebrar seus respectivos contratos, certificando, adremente, qual a situação do imóvel, no CRI.

Sob a perspectiva do promitente comprador, bastará verificar se há hipoteca ou outro gravame incidindo na matrícula do imóvel, hipótese em que, ao adquirir o bem, deverá se cercar dos cuidados necessários quanto ao pagamento da contraprestação ajustada em face da alienação pretendida, posto que, na pendência da dívida da construtora junto ao banco, deverá o adquirente promover o pagamento devido à instituição financeira, ou à construtora, com anuência desta, de modo a evitar futuros dissabores decorrentes de inadimplência motivadora de óbice à baixa de hipoteca.

Espera-se, portanto, com o presente artigo, fomentar a discussão sobre o tema proposto, que se afigura deveras importante, dada a profusão de ações judiciais, cujas lides estão associadas às questões aqui tratadas.

Referências

ARRUDA, Alvim, *apud* LOUREIRO, Francisco Eduardo. **Súmula 621 do STF e 239 do STJ: contraste e filosofias que as inspiraram. Os arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/301185/sumula-621-do-stf-e-239-do-stj—contraste-e-filosofias-que-as-inspiraram—os-arts—1-417-e-1-418-do-codigo-civil>. Consultado em 11.04.22. Acessado em 14.01.23.

BRASIL. **Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília/DF**, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Dec-Lei n. 4.657/42.** Brasília/DF, 1942. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 8078/1990 - Código de Defesa do Consumidor.** Brasília/DF, 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 10406/2002 - CC.** Brasília/DF, 2002. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 111417/2006.** Brasília/DF, 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11417.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 13.097/2015.** Brasília/DF, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13097.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. **Lei 13105/2015 - CPC.** Brasília/DF, 2015. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. **Medida Provisória 656/2014**. Brasília/DF, 2014. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/mpv/mpv656.htm>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 561807 GO**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2004, DJ 19/04/2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 415667 SP**, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/05/2004, DJ 21/06/2004. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 296.453/RS**, Terceira Turma, Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, DJ de 03/9/01. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AgInt no REsp 1844770 / DF** - Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE - Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA - Data do Julgamento 08/02/2021 Data da Publicação/Fonte: DJe 12/02/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.163.283-RS**, Rel. Min. Luís Felipe Salomão, DJe 4.5.2015.

Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 287.774/DF**, Quarta Turma, Relator o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, DJ de 2/4/01. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 409.076/SC**, Terceira Turma, Relatora a Ministra Nancy Andrighi, DJ de 9/12/02. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 329.968/DF**, Quarta Turma, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 4/2/02. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 308**. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/listar?categoria=18&subcategoria=180&assunto=533>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 375**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5%C3%BAmula+n%C2%BA+375+do+STJ>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=5%C3%BAmula+n%C2%BA+473+stf>. Acesso em: 07.01.2023

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **AI: 210822680201482 60000 SP** - 2108226-80.2014.8.26.0000, Relator: Francisco Casconi,

Data de Julgamento: 19/08/2014, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/08/2014. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/135195570/inteiro-teor-135195580>. Acesso em: 07.01.23.

BRASIL. TRF 4 – 2ª Vara Joinville. **processo 5000770-88.2017.4.04.7201**, juiz Paulo Cristovão de Araujo Silva Filho, julgamento em 25/4/2017, 2ª Vara de Joinville. Disponível em: https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/externo_controlador.php?acao=principal&sigla_organizacao_sistema=TRF4&sigla_sistema=Eproc&msg=Sua%20sess%3o%20foi%20encerrada.%20Por%20favor,%20inicie%20uma%20nova%20sess%3o. Acesso em: 07.01.23.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil** – vol. 2, 22. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

CARVALHO, Afrânio de. **Registro de Imóveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1. ed., 1976.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula S.; OLIVEIRA, Rafael A. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. v.2. Salvador: JusPODIVM, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil** – vol. I. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**, 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ENCOL. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Encol&oldid=59455321>. Acesso em: 07.01.23.

FÁBIO ROCHA PINTO E SILVA. **Garantias imobiliárias em contratos empresariais: hipoteca e alienação fiduciária**, Vol.1 da Coleção Pinheiro Neto Advogados, 1. ed., São Paulo, Almedina, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atualizadores Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Coord. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 26. ed., 2007.

GROTTI, Franco Musetti. **Os efeitos da lei 13.097/15 na publicidade, na validade e na eficácia dos negócios imobiliários**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/216341/os-efeitos-da-lei-13-097-15-na-publicidade-na-validade-e-na-eficacia-dos-negocios-imobiliarios>. Acessado em 29.01.23.

JUSTEN, Marçal Filho. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**, Ed. RT, 2021.

LOYOLA, Gustavo, **Aspectos econômicos do Código Civil**. In: **O crédito imobiliário em face do novo Código Civil**. São Paulo: IRIB/ABECIP, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Herme-
nêutica e Aplicação do Direi-
to**. Rio de Janeiro: Forense, 16.
ed., 1996.

NAKAYAMA, Andressa Tioma. **Os
impactos econômicos da
Súmula 308 do Superior Tribu-
nal de Justiça**. Disponível em:
[https://www.conjur.com.br/2021-
jul-21/andressa-nakayama-impac-
tos-economicos-sumula-308-stj](https://www.conjur.com.br/2021-jul-21/andressa-nakayama-impactos-economicos-sumula-308-stj).
Acessado em 07.01.23.

NEVES, Daniel A. A. **Manual de
Direito Processual Civil** – Vo-
lume Único. 8. ed. Salvador:
JusPODIVM, 2016.

REALE, Miguel. **Teoria Tridimen-
sional do Direito**. 5. ed. São
Paulo – Saraiva, 1994.

TIMM, Luciano Benetti, e DRUCK,
Tatiana. **A alienação fiduciária
imobiliária em uma perspecti-
va de Direito e Economia**. In:
**Novo Direito Imobiliário e
Registral**. Organizadores: Cláu-
dia Fonseca Tutikian, Luciano
Benetti Timm e João Pedro
Lamana Paiva. São Paulo: Quartier
Latin, 2008.

XAVIER, Rodrigo Leonardo. **Os
contratos e os terceiros: o
que são os contratos coliga-
dos?** Disponível em: [https://
www.conjur.com.br/2018-set-17/
contratos-terceiros-sao-contratos-
coligados](https://www.conjur.com.br/2018-set-17/contratos-terceiros-sao-contratos-coligados). Acessado em 28.01.23.