



José Zanforlin: Solidariedade por vício de construção e o STJ

27/05/2014

Advogados que atuam no setor de habitação popular (financiamento, construção e consequências decorrentes de vício de construção) estão cientes do entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça sobre imputação de responsabilidade solidária à instituição financiadora da obra. Pela ótica do adquirente, sem dúvida a solidariedade construída pelo Judiciário o beneficia, pois, como as instituições financeiras atualmente em atuação nessa área resumem-se àquelas com participação de capital público, o efeito prático da responsabilização sempre encontrará uma entidade solvente.

Este artigo busca analisar os fundamentos apresentados pelo STJ para apontar a existência de solidariedade entre a instituição financiadora do imóvel e a construtora que o edifica^[1].

Em breve retrospecto, a Lei 4.380/64 instituiu o sistema financeiro para aquisição da casa própria, com ênfase em moradias populares. Teor de seus artigos 1º e 2º apontaria algum contraste com a Constituição de 1988, pois seu caráter interventivo em área da iniciativa privada não se harmoniza com o art. 173, e seus parágrafos e incisos (grifou-se):

Art. 1º O Governo Federal, através do Ministro de Planejamento, formulará a política nacional de habitação e de planejamento territorial, coordenando a ação dos órgãos públicos e *orientando a iniciativa privada* no sentido de estimular a construção de habitações de interesse social e o financiamento da aquisição da casa própria, especialmente pelas classes da população de menor renda.

Art. 2º O Governo Federal *intervirá* no setor habitacional por intermédio:

Essa mesma Lei instituiu o Banco Nacional de Habitação (art. 16), entidade regente do sistema habitacional, o qual gozava de imunidade tributária — o que na época não era inconstitucional. Leitura dos artigos, 17 e 18 (finalidade e competência) demonstrará viés claramente interventivo na área da construção civil para moradia da população de menor renda, o que se manifestava por meio de resoluções e circulares baixadas por aquele Banco. Destaca-se, para o que ora interessa, a Resolução BNH 31/68, referida em alguns acórdãos do STJ. Ressaltam-se esses itens demonstrativos da intervenção estatal para que, a seguir, já possa o leitor perceber algum paralelo entre a intervenção operada pelo Legislativo/Executivo nessa área (lei 4.380/64) com a processada atualmente pelo Judiciário, ao estabelecer solidariedade entre o ato de financiar e o de construir, que beneficia o adquirente.

Esse ativismo judicial busca substituir a não previsão legal da solidariedade nesses casos por sentença/acórdão a que a lei imprime feição de norma jurídica individual, supondo que, agindo assim, promove o Judiciário proteção do menos favorecido. Nada menos que engano: a iniciativa privada, mais ágil, eficaz e muito mais econômica nessa e em qualquer outra atividade empresarial, simplesmente se afastou da construção civil de moradias populares, para fugir do

excesso de regulação e de obrigações criadas por avaliações subjetivas de julgadores.

Resolução BNH 31/68

Julgados do STJ referem-se a essa Resolução do extinto BNH, que estabelece regras a que devem subordinar-se financiadores e construtores de moradias para segurança das aplicações e dos adquirentes de habitações. Por ela (dentre outros itens) o agente financeiro designará engenheiro ou arquiteto para verificar andamento das obras segundo cronograma físico e financeiro, e se essas obedecem ao projeto, memorial descritivo, inclusive para que não haja aplicação de materiais inferiores aos descritos.

Registre-se (e o STJ também atenta para esse fato) que a Resolução 31/68 esclarece *que a vistoria de que ela trata não implica responsabilidade pelas obras ou por sua fiscalização*. Curioso é que a despeito dessa disposição, o relator adota raciocínio do TRF da 4ª Região, de que *“embora a afirmativa da alínea “g ... é certo que a liberação de qualquer parcela implica o reconhecimento da regularidade na execução da obra, inclusive quanto à aplicação dos materiais com a qualidade prevista no projeto (alínea “c” e “d”)”*[2]. Ou seja, a interpretação judicial é absolutamente contrária à norma regulamentar.

A partir desse breve conteúdo da Resolução, o STJ reconhece (i) a responsabilidade dos agentes financeiros do SFH pela correta aplicação dos recursos que gerem; (ii) que as normas traçadas pelo então BNH nessa área retiram a plena autonomia de vontades nesses negócios; e (iii) que, em decorrência das normas do BNH, a instituição financeira “está envolvida no empreendimento desde o seu início até a venda da obra”[3]. Há que se reconhecer a pouca ou nenhuma expressividade denotativa do termo “envolvida” para aferição de consequências jurídicas, em especial da solidariedade.

Solidariedade legal e a do STJ

A lei civil é claríssima: solidariedade não se presume, ou é legal ou consensual; e o pressuposto de uma e de outra é que na mesma obrigação concorra mais de um credor ou mais de um devedor com direito ou obrigação à dívida toda, respectivamente[4]. Isso quer dizer que nem a lei nem as partes podem instituir solidariedade, ativa ou passiva, se numa mesma obrigação não houver credores ou devedores com direito ou obrigação à totalidade da dívida.

É aí que a teoria dos contratos mistos passa a ser utilizada, com vistas a “encaixar” o conceito legal de solidariedade, buscado pelo Judiciário. Sem nenhuma pretensão de conceituar, mistos são os contratos que reúnem elementos de dois ou mais, típicos ou atípicos, para formação de novo tipo contratual em que figuram interesses autônomos e distintos. A consequência é a formação de um único contrato[5]. O que a doutrina não conseguirá jamais destacar ou “fundir” é o distinto interesse de cada parte no negócio.

Assim, o STJ (REsp. 51.169/RS) extrai a pretendida solidariedade ao denominar “negócios de aquisição da casa própria”, aos contratos consistentes na construção, financiamento e aquisição de moradia sob as regras do SFH, que classifica como contratos mistos. Não se contesta essa classificação, embora negociem, cada um a seu tempo e modo, construtor, financiador e adquirente, construção, financiamento e aquisição da moradia. O construtor (i) busca financiamento da construção para iniciá-la, (ii) aliena unidades aos adquirentes, que (iii)

financiam em prazo longo o bem adquirido. Ainda que seja possível decompor-se o negócio geral em construção, financiamento e venda/aquisição do bem, a doutrina entende estar-se diante de um único negócio jurídico, o negócio misto. Todavia, como se disse, as partes em negociação prestam somente aquilo que são aptas a prestar: o construtor, a obra, o agente financeiro, os recursos; o adquirente, a aquisição. A ser de outro modo, a ficção jurídica do negócio misto imporia a cada uma das partes aptidão para atuar em área fora de sua capacitação técnica, segundo regulamentação legal: construtor a financiar; financiador a construir.

Não se nega haja interligação dos atos/negócios jurídicos, tais os relatados, em que a aquisição de moradia popular reúna construtor, financiador e adquirente, naquele encadeamento de pactos. Mas, estabelecer que dessa interligação surja obrigação única com mais de um credor para a mesma prestação, em configuração de solidariedade, segundo o conceito legal, resulta em nítido argumento “*ad hoc*”. Explica-se: se o conceito legal de solidariedade requer haja mais de um credor ou devedor na mesma obrigação com direito à dívida toda, a hipótese “*ad hoc*” construída consiste em afirmar, tratando-se de contrato misto, haver mais de um credor (construtor e financiador) para a mesma obrigação de pagar do adquirente. Ou, quanto ao adquirente, o direito de obter a prestação de construir e financiar, seja do construtor, seja do agente financeiro.

Ora, a tanto não se pode chegar concebendo-se como misto o “negócio de aquisição da casa própria” — construtor, financiador e adquirente — para igualar as situações jurídicas dos credores, construtor e financiador, perante o adquirente. Por mais que se elasteça o conceito de contrato misto, ainda assim suas partes não constituem um só negócio jurídico para enquadramento no conceito legal de solidariedade. Todavia, esse argumento era essencial para que o Judiciário declarasse a solidariedade entre construtor e financiador: não bastava classificar os contratos como do tipo misto, era necessário, mais, que dessa “mistura” os credores por negócios distintos (compra e venda, financiamento) fossem credores do adquirente pelo mesmo vínculo obrigacional, o que não é a realidade[6]. A solidariedade, repita-se, é legal ou consensual, nunca judicial: quisessem as partes solidariedade entre construtora e agente financeiro, a teriam pactuado, como admite a lei.

Para justificar a solidariedade por decorrência da caracterização do negócio como contrato misto para aquisição da casa própria, o Judiciário precisa da regulamentação feita pelo extinto BNH por meio da Resolução RC BNH 31/68. É que o teor dessa, especificamente o item 20 e alíneas, realça o papel do agente financeiro em acompanhar a execução do projeto da obra, seu desenvolvimento e conclusão, inclusive aplicação de materiais previstos. Entretanto, como se viu antes, a alínea “g” desse item esclarece que a vistoria “*será feita, exclusivamente, para efeito da fiscalização do financiamento ... sem qualquer responsabilidade pela obra ou sua fiscalização*”. Esse esclarecimento — obviamente necessário, visto que agente financeiro não atende aos requisitos do objeto social de uma empresa de engenharia ou construtora — é solenemente posto de lado no REsp. 51.169, como se viu, pois não sendo assim, o argumento da solidariedade se esvazia.

O STJ também se utiliza de argumento não jurídico, com certa dose de ideologia, para o objetivo de erigir a solidariedade. Trecho final do Voto proferido no REsp. 51.169 estatui que “a

solidariedade entre os que participam do empreendimento é, até, condição para o efetivo resgate dos empréstimos, porque o comprometimento dos agentes financeiros induzirá o financiamento só de unidades residenciais sólidas e seguras...". Ora, não há relação de causa e efeito entre corresponsabilidade do agente financeiro e solidez da edificação, pois esta deriva de atuação técnica da construtora. Nem com o adimplemento do contrato. Ademais, indaga-se, se assim é — ou deveria ser — porque essas construções continuam a submeter a riscos os adquirentes de imóveis populares, ou mesmo a cair, e ocorre inadimplência?

No REsp. 738.071 – SC, referido na Nota 1, o relator, ministro Luis Felipe Salomão discorre sobre o surgimento do Sistema Financeiro de Habitação, *"em um momento histórico de exceção no Brasil, implementado na primeira década do regime militar"*, (A Lei 4.380 é de 21/08/64). Sua análise parece enaltecer a iniciativa governamental nessa matéria: *"Nada obstante, o escopo social-distributivo do Sistema é vicejante e está permeado em toda a Lei 4.380/64"*. Mais adiante, ele expressa: *"Deveras, os agentes financeiros também são conclamados a participar da consecução dessa finalidade nobre de facilitação da aquisição da casa própria, de sorte que, se por um lado a fiscalização da construção do empreendimento dá força e garantia ao sistema, por outro lado – do ponto de vista do mutuário, que é, em primeira análise, o destinatário final de todo o escopo do SFH -, tal providência restaria esvaziada caso o agente financeiro não fosse corresponsável por eventuais vícios na construção do imóvel."*[7]

A esse argumento ideológico, extrajurídico, é possível opor-se constatação historicamente factual: passados cerca de 47 anos daquela Lei 4.380/64 — considerado o ano de 2011, julgamento desse REsp. 738.071 — poucas são as instituições financeiras privadas que atuam em construção de moradias populares (se remanescer alguma); os agentes financeiros "conclamados" para essa *"finalidade nobre de facilitação da aquisição da casa própria"* parece que há muito abandonaram esse o barco. Ou seja, o intervencionismo estatal para a produção de moradias, como era de esperar-se, tratando-se de dinheiro dito "público", redundou em fracasso, pois a iniciativa privada afastou-se dessa atividade. E o ativismo judicial pela solidariedade deixará ainda mais atentos os que remanescerem.

Leitura dos acórdãos referidos revelará que o STJ não pôde prescindir da Resolução BNH 31/68 — negando teor do item 20, "g" — para construir a solidariedade entre construtor e financiador, que poderia simplesmente advir da lei ou da vontade das partes, noutro contexto. Ademais, apelos de cunho não jurídico, como "interesse social", "ostentar a obra marca de sólida instituição financeira" — que mais não é que publicidade — não autorizam o Judiciário a criar onde a lei nem a vontade das partes criaram. A posição aqui defendida é a de não existência de solidariedade entre construtora e agente financeiro, que melhor perfaz o arquétipo legal e regulamentar, e não interfere na atuação da iniciativa privada, afastando-a da construção de moradia popular.

[1] Perpassam-se aqui os argumentos utilizados no REsp 51.169/RS, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ de 28/02/00 e REsp 738.071/SC, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJ de 09/12/11, que se vale do REsp 51.169/RS.

[2] Resolução RC – BNH 31/68, item 20, alíneas "c", "d" e "g", trecho na pág. 4 do Voto.

[3] Trecho do REsp 51.169/RS, grifos daqui.

[4] Código Civil de 1916, art. 896 e § único e Novo Código Civil, arts. 264 e 265.

[5] Orlando Gomes, Contratos, 17^a ed., Forense, 1997: “Os contratos mistos compõem-se de prestações típicas de outros contratos, ou de elementos mais simples, combinados pelas partes. A conexão econômica entre as diversas prestações forma, por subordinação ou coordenação, nova unidade” (pág.103)

[6] Ainda em Orlando Gomes, obra citada, pág. 107, vê-se que a disciplina jurídica que melhor se aplica ao contrato misto, é o que ele denomina “solução eclética, pela qual devem ser empregados os métodos da combinação, de absorção ou da aplicação analógica ... Regras particulares são necessárias. Como não estão previstas especialmente na lei, cabe ao juiz procurá-las ... Via de regra, a tarefa é facilitada pelas próprias partes. O problema simplifica-se, com efeito, pelo emprego correntio do *princípio de autodisciplina* dos contratos. Os estipulantes de um contrato atípico costumam regular mais explicitamente seus efeitos, porque sabem que inexistem regras supletivas de sua vontade” (sem negrito). Constata-se que o doutrinador não atribui ao juiz elaborar a disciplina jurídica do contrato misto, mas, e sobretudo, às partes contratantes. E justamente por decorrência da liberdade contratual.

[7] Item 7 do Voto do Min. Luis Felipe Salomão, pág.12/13.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2014-mai-27/jose-zanforlin-solidariedade-vicio-construcao-stj/>