X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

TEREZA RODRIGUES VIEIRA

IGNACIO DURBÁN MARTÍN

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito
Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte desta publicação denominada "capítulo de livro" poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba
Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch – UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Unifor – Ceará
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – Fumec – Minas Gerais
Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D598
Direito civil, de família e constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/2020
Coordenadores: Ignacio Durbán Martín; Valéria Silva Galdino Cardin; Tereza Rodrigues Vieira – Florianópolis: CONPEDI, 2020 / Valência: Tirant lo blanch, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-001-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Crise do Estado Social

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. X Encontro Internacional do CONPEDI Valência – Espanha (10:2019 :Valência, Espanha).

CDU: 34

CONPEDI Sociedade Científica do Direito
Vniversitat de València
Facultat de Dret
tirant lo blanch

X ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI VALÊNCIA – ESPANHA

DIREITO CIVIL, DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL

Apresentação

O GT Direito Civil, de Família e Constitucional, coordenado por Valéria Silva Galdino Cardin (UNICESUMAR e UEM), Ignácio Durbán Martín (Universitat de València) e Tereza Rodrigues Vieira (Universidade Paranaense) contou com quorum satisfatório e apresentou questões significativas e relevantes no X Encontro Internacional do CONPEDI Valência (Espanha) cujo tema central foi Crise do Estado Social, realizado de 4 a 6 de setembro de 2019, nas dependências do campus de Direito.

O evento reuniu pesquisadores brasileiros e da Universidade de Valência, incentivando o intercâmbio da produção científica dos participantes por meio de apresentação oral e discussão de temas relevantes e emergentes, além de fomentar as relações profissionais para futuros encontros, palestras, bancas, publicações conjuntas etc. Esse acontecimento estimula professores e estudantes dos cursos de pós-graduação na área jurídica a desenvolver e divulgar pesquisas e a apresentar investigações científicas já concluídas ou em andamento.

As apresentações orais do GT Direito Civil, de Família e Constitucional provocaram debates elogiáveis e profícuos entre os locutores. A professora Fabíola Meco, presente na plateia, docente de Direito Civil na Universidade de Valência também contribuiu efetuando algumas considerações concernentes ao direito espanhol ou valenciano, quando era o caso.

A constitucionalização do direito de família foi analisada por Fernanda Hanemann Coimbra, a qual leva em consideração as mudanças das normas estabelecidas ao longo do tempo, além da incidência cada vez maior dos princípios e direitos fundamentais no âmbito privado.

O direito ao esquecimento foi exposto em dois trabalhos, sendo sua aplicação frente aos meios coletivos à informação apresentado por Josyane Mansano e Daniel Barile da Silveira, os quais retrataram o impasse entre interesse público e memória coletiva versus interesse particular e memória individual. Argumentam que há afronta à dignidade da pessoa humana quando há manipulação da memória coletiva no que tange ao esquecimento. Por sua vez, Eugênio Facchini Neto e Karine Silva Demoliner, considerando que no mundo digital não existe mais passado nem locais distantes, pois tudo se torna presente e ao alcance de nossos dedos, questionam se devemos ser implacavelmente perseguidos pelo nosso passado, mesmo quando inexista interesse público envolvido.

O emblemático caso Geyse Arruda é apresentado no artigo da lavra de Fabrício Veiga Costa e Alisson Thiago de Assis Campos ao se discutir os critérios de quantificação do dano moral e descumprimento de contrato de prestação de serviço educacional no ensino superior privado, o qual possui cláusulas e obrigações específicas para docentes, discentes e para a instituição de ensino. O trabalho demonstra a possibilidade de dano moral decorrente da ofensa à honra objetiva e subjetiva da vítima.

Discussões polêmicas foram levantadas pelas docentes Valéria Silva Galdino Cardin e Tereza Rodrigues Vieira ao discutirem os aspectos controvertidos da reprodução humana assistida post mortem nas famílias monoparentais. Entendem as apresentadoras que tal método não deva ser autorizado. Contudo, caso venha a ocorrer, como o direito à filiação se sobrepõe ao direito de procriação, deve ser deferido o reconhecimento da paternidade e assegurado o direito sucessório por meio da ação de petição de herança, bem como a utilização da analogia para solucionar as lacunas existentes conforme o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio do melhor interesse do menor, do planejamento familiar e da paternidade responsável.

A função social e solidária da empresa e o meio urbano com enfoque na incorporação imobiliária foi retratada por Regis Canale dos Santos que deu ênfase à atividade empresarial do incorporador e ao cumprimento da função social por meio das cláusulas contratuais e da função solidária por meio do estudo de impacto da vizinhança.

Guilherme Henrique Lima Reinig e Sabrina Jiukoski da Silva apresentam o estudo de caso do Navio Vicuña a partir da análise do estudo do acórdão do Superior Tribunal de Justiça que decidiu o REsp 1.602.106/PR. O caso envolvia a responsabilização ou não de adquirentes de metanol por acidente ambiental ocorrido durante o transporte da carga. Conclui-se que os critérios adotados no julgado não representam soluções que dizem respeito ao nexo de causalidade e o enfoque na teoria da causalidade adequada prejudicou a fundamentação da decisão.

As professoras Elda Coelho de Azevedo Bussinguer e Iana Soares de Oliveira Penna defenderam a existência de um direito à identidade como concretização e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana na medida em que possibilita a realização do projeto existencial de cada um, enquadrando-o como um direito da personalidade. Pugnam pela adoção de um conceito mais amplo capaz de abarcar a ideia da “verdade do ser”.

Eduardo Augusto Gonçalves Dahas e Marcelo Santoro Drummond analisam o advento da lei 13.786/18 que disciplina a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano e o possível conflito aparente de normas com o Código de Proteção e Defesa do Consumidor e a jurisprudência hodierna do Superior Tribunal de Justiça.

A seu turno, Karina Pinheiro de Castro, apresenta o paradoxo existente entre o art. 1.240-A do Código Civil de 2002 que regulamenta a usucapião familiar e o instituto da prescrição, à luz dos princípios constitucionais. Concluiu-se pelo retrocesso da lei que instituiu a usucapião familiar em relação às normas constitucionais do Direito das Famílias.

Adriano da Silva Ribeiro e Kathia França Silva discorrem sobre instituto da propriedade e suas bases políticas e filosóficas no constitucionalismo moderno. O artigo demonstra que, consolidado o novo conceito de propriedade, a função social passa a compor a estrutura normativa do direito de propriedade, impingindo assim o atendimento desse encargo para sua legitimação.

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior apresenta o artigo sobre as variantes surgidas com a Lei 13.777/2018, que disciplina a multipropriedade, denominada nos meios negociais como “time sharing”. Muitas ainda são as dúvidas acerca da sua constituição, limitações, prerrogativas e deveres dos titulares das “frações de tempo”.

Jayro Boy de Vasconcellos Junior e Elcio Nacur Rezende demonstram que o instituto da posse, com foco na função socioambiental, enquanto promotor de atitudes proativas e obstativas de violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da preservação do meio ambiente hígido, poderá contribuir com a responsabilização, não só do possuidor, mas de todos aqueles que, de qualquer modo, contribuírem para o não atendimento do princípio da universalização dos serviços de saneamento básico.

Considerando que a tecnologia tem gerado significativas mudanças e desafios à sociedade da informação Juliana Falci Sousa Rocha Cunha lembra que, as pessoas naturais possuem cada vez mais ativos digitais, os quais, com o seu falecimento podem gerar discussões sobre a sua sucessão, especialmente caso o “de cujus” não tenha deixado disposição de última vontade com relação a tais bens. Em suma, é importante a disposição de última vontade da pessoa natural, especialmente com relação ao acervo digital, devendo ser respeitado não somente o ordenamento jurídico, mas também os Termos de Uso firmados pelo falecido. Conclui-se que o bem digital considerado existencial será intransmissível, enquanto que o acervo digital patrimonial é transmissível. Em havendo dúvida quanto à classificação do acervo patrimonial

digital do falecido, a autora defende que ele seja considerado como existencial visando à proteção dos seus interesses. Ademais, julga que deve ser respeitado o direito ao segredo de correspondência e o direito autoral no que concerne à sucessão do patrimônio digital.

Em suma, o objetivo das apresentações e debates foram alcançados, uma vez que ouviu-se novas ideias, criou-se novos conhecimentos, tirou-se novas conclusões acerca de temas emergentes e persistentes nesta ocasião de grande aprendizado.

Prof. Dr. Ignacio Durbán Martín - UV

Profa. Dra. Valéria Silva Galdino Cardin - UEM / UNICESUMAR

Profa. Dra. Tereza Rodrigues Vieira - UNIPAR

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E SUA FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA

REAL ESTATE INCORPORATION AND ITS SOCIAL AND SOLIDARITY FUNCTION

Regis Canale Dos Santos

Resumo

O presente estudo tem por objeto a análise da função social e solidária da empresa e o meio urbano, com enfoque na incorporação imobiliária. Iniciou-se com a conceituação da premissas básicas de empresa e empresário para, em seguida, demonstrar a diferenciação entre função social e função solidária da empresa. Ato contínuo, buscou cotejar tais institutos com o meio urbano, dando-se mais ênfase à atividade empresarial do incorporador e ao cumprimento da função social por meio das cláusulas contratuais e da função solidária através do estudo de impacto da vizinhança. O estudo desenvolve-se pelo percurso dos métodos dedutivo, comparativo e axiológico.

Palavras-chave: Função social, Função solidária, Empresa, Incorporação imobiliária

Abstract/Resumen/Résumé

This study aims to analyze the social and solidarity function of the company and the urban environment, focusing on real estate development. He started with the conceptualization of the basic premises of company and entrepreneur to then demonstrate the differentiation between social function and the company's solidarity function. It sought to compare these institutes with the urban environment, giving more emphasis to the business of the developer and the fulfillment of the social function through the contractual clauses and the solidarity function through the impact study of the neighborhood.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social function, Solidary function, Company, Real estate development

INTRODUÇÃO

A atividade empresária relacionada à incorporação imobiliária tem provocado várias consequências no meio urbano, tendo aspectos positivos e negativos. Com o escopo de disciplinar essa atividade foi editada a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispôs sobre condomínios em edificações e incorporação imobiliária, tendo sido considerada à época uma legislação moderna e que atendia aos anseios da sociedade na regulamentação desse tema.

No entanto, com a evolução da sociedade e dos próprios empreendimentos imobiliários, mister se faz uma releitura da incorporação imobiliária com base na função social e solidária da empresa. Com a proteção constitucional do meio urbano, inaugurada pela nova ordem constitucional de 1988, a atividade empresária voltada à incorporação imobiliária não pode ser mais analisada apenas como uma atividade profissional organizada que busca lucro em detrimento a outros interesses igualmente ou mais caros previstos no ordenamento jurídico.

Evidentemente, a atividade empresarial tem finalidade lucrativa e isso faz impulsionar o desenvolvimento econômico de um país, em decorrência da livre iniciativa. Contudo, é de ressaltar que a livre iniciativa, fruto do estado liberal, mostrou ser prejudicial para muitos e benéfica para poucos, motivo pelo qual se evoluiu para o estado social, de modo que a livre iniciativa deve ser analisada em conjunto com outros direitos importantes, tais como a dignidade da pessoa humana, a valorização do trabalho humano, a justiça social, dentre outros.

A função social da propriedade, sem dúvida, é um aspecto importante na nova análise da liberdade econômica, pois, por meio dela, decorre a função social dos contratos, atualmente prevista no artigo 421 do Código Civil e também da função social da empresa. Houve, a partir da Constituição Federal de 1988, uma reinterpretação desses institutos.

A partir dessa constatação, urge analisar como as empresas que desenvolvem a atividade empresarial de incorporação devem atuar em seu segmento atingindo, ao mesmo tempo, sua finalidade lucrativa e a função social e solidária. No tocante à metodologia, foi utilizada a pesquisa teórico-bibliográfica, seguida dos métodos dedutivo, comparativo e axiológico. A abordagem da problematização reveste-se ainda de abordagem exploratória, com vistas à apreensão dos fins colimados, por se tratar de uma legislação que foi recentemente introduzida no ordenamento jurídico. Finalmente, no procedimento técnico, foram utilizadas análises interpretativas, comparativas e temáticas, possibilitando, destarte, uma discussão pautada pelo ponto de vista da crítica científica.

FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA

O Código Civil, em seu artigo 966, afirma que "Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens e de serviço". Com o referido dispositivo legal houve a consagração, em nosso ordenamento jurídico, da teoria da empresa, que já se encontra em vigor na Itália desde o *Codice Civile* de 1942. Encontra-se, portanto, superada a teoria dos atos de comércio que, por meio do Regulamento 737/1850, enumerava as condutas típicas que eram consideradas de mercancia.

A teoria dos atos do comércio, de fato, já se encontrava superada, pois, mesmo adotando-se a concepção predominante do jurista italiano Alfredo Rocco, que conceituava os atos de comércio como sendo aqueles que detinham a predominância de intermediação da troca de mercadoria, o fato é que diversas outras atividades, tão importantes quanto as atividades estabelecidas pelo legislador, ficavam de fora por não estarem presentes no rol taxativo, acarretando, por isso, uma situação não isonômica. Isso porque vários agentes eram enquadrados como comerciantes, por constarem na lista fechada de atos do comércio, submetendo-se, assim, às normas do Código Comercial, ao passo que outros, pelo simples fato que não estarem contemplados na referida enumeração, ficavam excluídos desse regime jurídico especial.

Assim sendo, com a teoria da empresa passaram-se a incluir diversas outras atividades econômicas nesse regime jurídico, bastando que a atividade econômica fosse exercida de forma organizada e profissional para a produção ou a circulação de bens e de serviço.

O doutrinador Alberto Asquini tentando desvendar o conceito de empresa, identificou-a como um fenômeno econômico poliédrico, com quatro perfis distintos quando transposto ao Direito, a saber: a) o perfil subjetivo, pelo qual a empresa seria uma pessoa (física ou jurídica, é preciso ressaltar), ou seja, o empresário; b) o perfil funcional, pelo qual a empresa seria uma particular força em movimento que é a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo, ou seja, uma atividade econômica organizada; c) o perfil objetivo (ou patrimonial), pelo qual a empresa seria um conjunto de bens afetados ao exercício da atividade econômica desempenhada, ou seja, estabelecimento empresarial; e d) o perfil corporativo, pelo qual a empresa seria uma comunidade laboral, uma instituição que reúne o empresário e seus auxiliares ou colaboradores, ou seja, um núcleo social organizado em função de um fim econômico comum. (ASQUINI, 1996)

Com efeito, com base nesses perfis, identificado com Alberto Asquini, é possível identificar se uma determinada atividade pode ou não receber a qualificação de empresária. Para tanto, é necessário que exerça uma atividade econômica, com o intuito de lucro, realizada de forma

organizada, articulando-se os diversos fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia), para produção ou circulação de bens e de serviços.

Por outro lado, empresário é aquele que exerce a empresa ou, em outros termos, quem exerce a tal atividade econômica organizada, fazendo-a de maneira profissional, já que quem a pratica de forma eventual ou esporádica não se caracteriza com tal.

O exercício da empresa caracteriza, sem dúvida, corolário do princípio da liberdade de iniciativa que é, concomitantemente, fundamento da própria República Federativa do Brasil e da ordem econômica, previstos, respectivamente, no inciso IV do artigo 1º, e no *caput* do artigo 170, ambos da Constituição Federal.

De acordo com o escólio de Luiz Alberto David Araújo e de Vidal Serrano Nunes Júnior, do princípio da liberdade de iniciativa, é possível inferir dois direitos básicos, quais sejam: "a faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado" e também a "não sujeição a qualquer restrição estatal, senão em virtude de lei" (ARAUJO e NUNES JÚNIOR, 2001, p. 375).

No mesmo sentido, afirma André Ramos Tavares:

> A liberdade de iniciativa garantida constitucionalmente não se restringe à liberdade de iniciativa econômica, sendo esta apenas uma de suas dimensões. A livre-iniciativa de que fala a Constituição há de ser, realmente, entendida em seu sentido amplo, compreendendo não apenas a liberdade econômica, ou liberdade de desenvolvimento de empresa, mas englobando e assumindo todas as demais formas de organização econômicas, individuais ou coletivas, como a cooperativa (art. 5º, XVIII, e art. 174, §§ 3º e 4º), e a própria liberdade contratual e comercial (TAVARES, 2011, p. 235).

José Afonso da Silva arremata que a "liberdade de iniciativa envolve a liberdade de indústria e comércio ou liberdade de empresa e a liberdade de contrato" (SILVA, 1999, p. 767).

É de ressaltar, ainda, o ensinamento de Cristiane Derani:

> [...] a liberdade de iniciativa econômica no mercado possui conteúdo ambíguo. Ela ensina tanto liberdade de empresa, como liberdade de acesso ao exercício de profissões (liberdade de trabalho). Subentende igualmente liberdade contratual, que permite ao agente econômico produzir, comprar, vender, fixar preços, quantidades em função de sua vontade, limitada pela reciprocidade contratual (DERANI, 2000, 174).

Essa liberdade econômica, com efeito, decorreu do Estado Liberal como sendo um dos direitos fundamentais de primeira geração que buscava proteger o cidadão do Estado Absolutista, limitando-o.

Conforme consigna Paulo Bonavides:

> Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 1997, p.563-564).

No entanto, essa liberdade, ao ser exercida de forma individualista e ilimitada, causou diversos desequilíbrios. Surgiu, então, a noção do Estado Social com o escopo de atingir uma igualdade real e substancial e não meramente formal como no Estado Liberal. Evidenciaram-se, dessa forma, os direitos sociais, culturais e econômicos. Os direitos não mais deveriam ser exercidos com individualismo, devendo, portanto, a partir desse estágio, passar sob o crivo do social.

A Constituição Federal de 1988 adotou a forma de Estado Social, pois trouxe em seu texto limitações à iniciativa privada e à propriedade. Isso, de forma reflexa, repercutiu nas legislações subsequentes do nosso ordenamento, tal como o Código Civil que também estabeleceu a limitação à propriedade e ao contrato, prevendo, respectivamente, a função social da propriedade e do contrato.

Na interpretação sistemática das normas constitucionais e sua incidência no Código Civil, denominada de eficácia horizontal do preceitos constitucionais, surgiu a ideia de função social da empresa. Como a atividade econômica organizada é, regra geral, estabelecida por meio de um contrato e como esse exercício envolve a propriedade, passou-se a afirmar a existência da função social da empresa. Busca-se, dessa forma, precisar o alcance e sua responsabilidade da empresa.

Aliás, a própria Constituição Federal preconiza que a livre iniciativa deve ter um valor social. A atividade econômica, expressão da liberdade, não pode mais ser manifestada sem o propósito social, de modo que essa atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviço deve ser realizada sob a égide da justiça social.

O princípio da Socialidade, outrossim, é um dos três princípios basilares do Código Civil, ao lado do princípio da eticidade e da operabilidade. De acordo com Miguel Reale, a atividade empresarial é, na verdade, uma especificação do direito das obrigações, uma projeção natural e imediata deste, sendo, por essa razão, que o direito de empresa (Livro II) surge no Código de 2002 como consequência imediata do direito das obrigações. (Livro I) (REALE, 1986).

Ora, se é pacífico o entendimento segundo o qual se aplica a função social às obrigações, em face da função social dos contratos, de forma direta deve incidir também no direito de empresa, já que este é decorrente daquele, ou, em outros termos, como disse Miguel Reale, este é uma especificação do direito das obrigações. Ademais, diga-se que a sociedade, em regra geral, é constituída por meio contratual, sendo comumente denominado pela literatura jurídica como um contrato plurilateral, já incidindo, por si só, a função social dos contratos.

Para as sociedades não instituídas por contrato, a exemplo da Sociedade Anônima, constituída por estatuto, a função social decorre do próprio texto legal, prevista nos artigos 116, parágrafo único e 154 da Lei das Sociedades por Ações, *in verbis:*

> Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:
> a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
> b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.
> Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.
>
> Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Assim, constata-se a presença irrefutável da função social da empresa, embora não prevista expressamente na Constituição Federal e do Código Civil, mas decorrente, como já dito alhures, de uma exegese da função social da propriedade e do valor social da livre iniciativa, ambos com *status* constitucional e, também, da função social dos contratos previstos no Código Civil.

Consigne-se, outrossim, que a função social da empresa, como decorrência direta da função social dos contratos, prevista no Código Civil, deve ter a conotação que essa tem na relação contratual empresarial. Em outros termos, a função social dos contratos empresariais é diferente da função social dos contratos realizados por pessoas não empresarias.

Embora o Código Civil tenha tratado do Direito Empresarial, sendo, nas palavras de Miguel Reale, uma especificação do direito das obrigações, houve no início de sua vigência uma preocupação muito grande por parte dos empresários, tendo em vista que aquele diploma legal trouxe muitas regras de dirigismo contratual, notadamente pela limitação da função social dos contratos que limita a liberdade de contratar e a liberdade contratual.

Como reação a isso, a doutrina especializada passou-se a debruçar a este respeito, já que os contratos empresariais são aqueles em que ambos os contratantes são empresários (empresário individual, EIRELI ou sociedade empresária) e o objeto do negócio refere-se ao exercício de empresa.

Dessa forma, em tese, numa relação empresarial não se presume uma desigualdade entre as partes ou que uma parte seja vulnerável ou hipossuficiente. Pelo contrário, entende-se que numa contratação empresarial as partes estão em total igualdade, não apenas formal, mas também material. Como consequência dessa constatação, o dirigismo contratual ou a intervenção do Estado

nos contratos pela sua função social deve ser evitado, ou, então, pelo menos, mitigado, aplicando-se com cuidado.

Este é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica nos seguintes arestos:

> DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISÃO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE.
> 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças.
> 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.
> 3. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis.
> 5. Recurso especial conhecido e provido. (RECURSO ESPECIAL No 936.741 - GO 2007/0065852-6)
>
> RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE ESPAÇO EM SHOPPING CENTER. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO.
> APLICAÇÃO DO ART. 54 DA LEI DE LOCAÇÕES. COBRANÇA EM DOBRO DO ALUGUEL NO MÊS DE DEZEMBRO. CONCREÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PRIVADA. NECESSIDADE DE RESPEITO AOS PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE ("PACTA SUNT SERVANDA") E DA RELATIVIDADE DOS CONTRATOS ("INTER ALIOS ACTA"). MANUTENÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS LIVREMENTE PACTUADAS. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1. Afastamento pelo acórdão recorrido de cláusula livremente pactuada entre as partes, costumeiramente praticada no mercado imobiliário, prevendo, no contrato de locação de espaço em shopping center, o pagamento em dobro do aluguel no mês de dezembro.
> 2. O controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia.
> 3. Concreção do princípio da autonomia privada no plano do Direito Empresarial, com maior força do que em outros setores do Direito Privado, em face da necessidade de prevalência dos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da função social da empresa.
> 4. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (REsp 1409849/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 05/05/2016)

Verifica-se, dessa forma, que a função social dos contratos e outros institutos de intervenção estatal devem ser aplicada nos contratos empresarias com parcimônia. Sua aplicação não é fluida como nos contratos civis. Aliás, a essa mesma conclusão chegaram os doutrinadores na I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, no Enunciado 25:

> A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada.

A interpretação da função social dos contratos empresarias é diferente da exegese da função social dos contratos civis. Nestes termos, inclusive, foram editados dois enunciados da I Jornada de Direito Comercial que buscaram clarear a interpretação da função social e da boa-fé objetiva nas relações empresariais:

> Enunciado 26: O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial.
>
> Enunciado 27: Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade.

Entende-se que essa forma de pensar, que estava circunscrita apenas nas relações contratuais empresariais, pode ser ampliada para todos os contratos, independentemente de seu regime jurídico, com a nova redação dada pelo artigo 421 do Código Civil com a recente Medida Provisória nº 881/2019, de 30 de abril de 2019, que instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica e estabeleceu garantias de livre mercado.

Com a aludida Medida Provisória, o artigo 421 da Lei Geral Privada passou a ter a seguinte redação:

> Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional.

O artigo 3º da Medida Provisória estabelece a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, sendo que, para este estudo, importa o conteúdo previsto nos incisos V e VIII, que possuem a seguinte redação:

> V - gozar de presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia de sua vontade, exceto se houver expressa disposição legal em contrário;
>
> VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, hipótese em que nenhuma norma de ordem pública dessa matéria será usada para beneficiar a parte que pactuou contra ela, exceto se para resguardar direitos tutelados pela administração pública ou de terceiros alheios ao contrato.

Em assim sendo, caso a Medida Provisória seja convertida em lei, nos preceitos acima expostos, indubitavelmente haverá uma alteração de entendimento acerca da função social dos contratos, de modo que o dirigismo contratual que incidia de maneira excepcional e mitigado

apenas para as relações empresarias passará a ser a regra. Houve, sem dúvida, uma valorização da liberdade e do individualismo. Se se trata de um avanço ou de um retrocesso, ainda não não é possível saber, mas o tempo se encarregará de dar a resposta.

Devidamente delimitada a função social dos contratos na seara empresarial e já constatado que a função social da empresa decorre, outrossim, do princípio da função social da propriedade e do valor social da livre iniciativa, temos que buscar o seu real significado.

Para Arnoldo Wald, a função social da empresa significa a "democratização e moralização do governo da empresa e a realização de uma conduta que atenda aos superiores interesses do país e da sociedade" (WALD, 2003, p. 854).

O doutrinador Fábio Ulhoa Coelho acrescenta que a função social da empresa, por sua vez, "estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores" (COELHO, 2012, p. 37).

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz define-a como: "O exercício pelo administrador da sociedade por ações das atribuições legais e estatutárias para a consecução dos fins e do interesse da companhia, usando do seu poder de modo a atingir a satisfação das exigências do bem comum" (DINIZ, 1998, p. 613).

Por último, consigne-se o conceito fornecido por Eduardo Tomasevicius Filho, segundo o qual a função social da empresa "constitui um poder-dever por parte do empresário e dos administradores da empresa de harmonizarem as atividades desta com o interesse da sociedade, mediante a obediência de determinados deveres positivos e negativos" (TOMASEVICIUS FILHO, 2003, p. 40).

A literatura jurídica sobre o tema doravante analisado costuma apontar alguns instrumentos por meio dos quais a função social da empresa se materializa, tais como os poderes normativos e regulatórios dados à Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal, que limita a autonomia da vontade das sociedades empresárias que têm títulos negociados na bolsa de valores, pois, aqui, busca-se a proteção dos investidores. Outro mecanismo é a desconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 50 do Código Civil, que possibilita afastar a separação patrimonial da sociedade empresária e dos seus sócios nas hipóteses em que aquela foi utilizada para desvio de finalidade ou confusão patrimonial, para a teoria maior, ou, então, quando prejudicar os direitos do credor, em caso de não adimplemento da obrigação, para a teoria menor. E, também, a vedação, a proibição de publicidade enganosa e abusiva, prevista no Código do Consumidor.

No entanto, a incidência da função social dos contratos demonstra sua maior densidade na Lei de Falência e de Recuperação Judicial, pela constatação da importância da empresa no meio

social e pelos efeitos maléficos ocasionados pelo seu encerramento. Nesse particular, verifica-se a importância o artigo 47 do aludido diploma legal:

> A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estimulo à atividade econômica.

Preciosas são as palavras de Gladston Mamedes:

> O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado. (MAMEDES, 2005, p. 123)

O que se disse até aqui se atine à função social da empresa, que não se confunde com a função solidária da empresa. A primeira trata, como já dito acima, de direito fundamental de segunda geração, uma limitação estatal à liberdade individualista do direito de primeira geração. A segunda, por sua vez, liga-se ao direito fundamental de terceira geração.

Pedro Lenza ensina que: "Os direitos da 3ª dimensão são direitos transindividuais, isto é, direitos que vão além dos interesses do indivíduo; pois são concernentes à proteção do gênero humano, com altíssimo teor de humanismo e universalidade" (LENZA, 2019, p. 1158).

Esta diferenciação entre função social e solidariedade foi muito explicada por Mariana Ribeiro Santiago e Livia Gaigher Bósio:

> A função social obriga os contratantes a não se afastarem das 'expectativas sociais' referentes a um dado negócio, não se desviando para propósitos inúteis ou contrários à coletividade, sob pena de se observar a interferência estatal na readequação do negócio. Impõe, assim, às partes, uma postura negativa de não desrespeitar a sociedade. A seu turno, o princípio da solidariedade, que sustenta a função solidária da empresa, possui uma conotação diversa, pois agrega uma ideia de que se deve também colaborar, por meio do negócio, para o desenvolvimento da sociedade, numa perspectiva de auxílio às pessoas, de uma forma positiva, inclusive sob o ângulo das gerações futuras. A função solidária da empresa é aquela que traz um contribuição valorosa para o desenvolvimento social. (SANTIAGO e CAMPELLO, 2016, p. 135-136).

FUNÇÃO SOCIAL E SOLIDÁRIA DA EMPRESA E O MEIO URBANO COM ENFOQUE NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A função social e solidária da empresa tem sua incidência no meio urbano. Mas, para que possamos analisar com mais profundidade essa incidência, precisamos, primeiro, compreender o direito urbanístico, pois se a empresa cumprir os preceitos ditados por esse ramo estará, indiretamente, cumprindo com sua função social.

Hely Lopes Meirelles conceitua-o como "ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis no seu conjunto cidade-campo" (MEIRELLES, 2003, p. 493).

A Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história constitucional brasileira, dedicou um capítulo à política urbana. Aliás, o artigo 21, inciso XX, estabelece que compete à União instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, e o artigo 182 preceitua que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público Municipal, será fixada conforme diretrizes gerais fixadas em lei.

Esses artigos constitucionais foram regulamentados pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001). Mas, diga-se, não é o único instrumento que será utilizado, pois o plano diretor também auxiliará nesse mister. A Magna Carta, no parágrafo 1º, do artigo 182, prevê que o plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, será obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, constituindo-se como o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

O artigo 2º do Estatuto da Cidade, com o escopo de disciplinar a política urbana, para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, fixou diversas diretrizes gerais[1] que estão mais relacionadas à função solidária da empresa do que com

[1] I) garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II) gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III) cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV) planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; V) oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais; VI) ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infra-estrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como pólos geradores de tráfego, sem a previsão da infra-estrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; h) a exposição da população a riscos de desastres; VII – integração e complementaridade entre as atividades urbanas e rurais, tendo em vista o desenvolvimento socioeconômico do Município e do território sob sua área de influência; VIII – adoção de padrões de produção e consumo de bens e serviços e de expansão urbana compatíveis com os limites da sustentabilidade ambiental, social e econômica do Município e do território sob sua área de influência; IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização; X – adequação dos instrumentos de política econômica, tributária e financeira e dos gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano, de modo a privilegiar os investimentos geradores de bem-estar geral e a fruição dos bens pelos diferentes segmentos sociais; XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos; XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico; XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população; XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a

sua função social, pois, em uma rápida leitura, constata-se que o Estatuto da Cidade deixou de tratar o uso da propriedade urbana sob o viés individual, consagrando um verdadeiro direito metaindividual.

Por essas diretrizes, portanto, consagra-se o que se denominou de Meio Ambiente Artificial. A função social da propriedade urbana não foi explicitada como na propriedade rural, de modo que se pode afirmar ela será atingida com respeitar as diretrizes do Estatuto das Cidades e também do plano diretor. Em outros termos, para se aferir se determinada propriedade urbana atende a função social ou não, mister se faz a análise das diretrizes fixadas na Lei 10.257/2001 e no plano diretor nos municípios que possuem mais de vinte mil habitantes.

Existem muitas atividades econômicas que estão relacionadas com o meio urbano e, para tanto, deverão observar as regras da função social e solidária no desempenho de suas atividades. Talvez a atividade empresarial de mais incidência no meio urbano, sem dúvida, seja a incorporação imobiliária, motivo pelo qual será abordada com a ênfase da função social e solidária da empresa.

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

A incorporação imobiliária é disciplinada pela Lei nº 4591, de 16 de dezembro de 1964, que a conceitua como a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas. Trata-se, assim, de um negócio jurídico pelo qual uma das partes, chamada incorporadora, se obriga a promover e realizar uma construção imobiliária, para alienação de frações do terreno vinculadas a unidades autônomas a uma ou mais pessoas que se obrigam a adquiri-las, pagando o preço desde logo, ou, como ocorre mais frequentemente, em prestações futuras.

Importa ressaltar que a incorporação imobiliária é uma atividade empresária, pois se subsume aos pressupostos do artigo 966 do Código Civil. O incorporador, quer pessoa física, quer

---

situação socioeconômica da população e as normas ambientais; XV – simplificação da legislação de parcelamento, uso e ocupação do solo e das normas edilícias, com vistas a permitir a redução dos custos e o aumento da oferta dos lotes e unidades habitacionais; XVI – isonomia de condições para os agentes públicos e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social; XVII - estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais; XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento; XIX – garantia de condições condignas de acessibilidade, utilização e conforto nas dependências internas das edificações urbanas, inclusive nas destinadas à moradia e ao serviço dos trabalhadores domésticos, observados requisitos mínimos de dimensionamento, ventilação, iluminação, ergonomia, privacidade e qualidade dos materiais empregados.

pessoa jurídica, é empresário, pois estará indubitavelmente exercendo uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços, pois, como ensina Flauzilino Araújo dos Santos "…o incorporador pratica atos de planejamento, coordenação e organização inerentes à hipótese, tais como a aproximação de donos de terrenos que, unificados, perfazem melhor espaço para edificação, a aproximação de candidatos à aquisição de unidades autônomas, a prospecção de investidores etc." (SANTOS, 2012, p. 206).

Antes da Lei nº 4.591/1964, a incorporação não era objeto de regulamentação legislativa. O Decreto nº 5.841/1928, com as alterações do Decreto-Lei nº 5.234/1943 e da Lei nº 285/1948, previa a propriedade coletiva em edifícios de um ou mais pavimentos que poderiam ser vendidas depois de prontas. Não se tratava, portanto, de incorporação imobiliária. Como não havia uma disciplina jurídica sobre o assunto, percebeu-se, na prática, que inúmeras pessoas inescrupulosas passaram a vender unidades imobiliárias a serem construídas, contudo, não as entregavam, inobstante já terem recebido uma parte considerável, quiçá tudo, do valor da transação imobiliária.

Com esse marco legislativo, buscou-se regulamentar a incorporação imobiliária com enfoque na proteção do próprio mercado imobiliário, com a criação de empresas especializadas que impulsionariam essa modalidade contratual até então incipiente, bem como os consumidores em geral que adquiririam as unidades imobiliárias.

A incorporação imobiliária é uma fase antecedente à instituição do condomínio edilício, sendo que, por meio dela, admite-se ao incorporador vender as unidades que serão por ele construídas aos pretensos adquirentes, mediante pagamento único ou, com mais frequência, em várias parcelas. É a fase "que antecede a instituição do condomínio em unidades autônomas ou também chamada em planos horizontais ou propriedade horizontal" (SILVA FILHO, 1999, p. 175).

Na Espanha e na Argentina a incorporação é denominada de *prehorizontalidad.* Luís Diéz-Picaso y Ponce de Léon ensinam que:

> Llamamos estado de prehorizontalidad a aquella situación jurídica que aparece como previa a la plena y perfecta constitución de la propriedad horizontal o propiedad de casas e pisos. En términos generales, se puede caracterizar la prehorizontalidad com una situación jurídica en la cual el régimen jurídico de la propriedad por pisos o apartamentos o de propiedad horizontal no ha llegado todavia a constituirse plenamente, con todos los requisitos exigidos para ello por el ordenamiento jurídico, pero en la cual de algún modo puede decirse que se encuentra ya alarmada o declarada la voluntad de los interesados de llegar a estabelecer la propiedad horizontal y, además, se ha iniciado el éter jurídico necesario para conseguirlo (DIÉZ-PICASO; LEÓN, 2010, p. 299).

Com efeito, a incorporação imobiliária deve ser registrada no Cartório de Registro de Imóveis, acompanhada com toda a documentação elencada pela lei. Essa serventia, sem dúvida, é um importante instrumento da sociedade para evitar ou tentar combater fraudes no seio dos

negócios desse jaez. A documentação é analisada pelo delegatário desse serviço público, o qual fará uma análise da documentação apresentada, como sendo um verdadeiro filtro de controle, somente registrando-a à margem da matrícula do imóvel se estiver em consonância com os preceitos legais.

Assim sendo, estando a documentação em ordem, registra-la-á na matrícula, de modo que se presume a constituição regular da incorporação imobiliária. Por outro lado, constatando-se que há irregularidade nos documentos apresentados, devolve-los-á ao incorporador, em nota devolutiva fundamentada, para que os regularizes, sob pena de não registrá-los.

Nota-se, dessarte, que o Registro de Imóveis tem uma função muito importante nas incorporações imobiliárias, trazendo segurança jurídica ao mercado imobiliário em geral e também aos consumidores. A partir do momento de seu registro, haverá publicidade da situação jurídica, permitindo-se que todos, sem restrição, tenham acesso à documentação, podendo, inclusive, sem apresentar qualquer justificativa, solicitar certidão.

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

no País há mais de cinco anos; p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.

Estando regular a documentação, compete ao oficial de registro de imóveis registrar a incorporação na matrícula, considerando-a regular. Essa análise documental denota que a empresa que atua no ramo imobiliário deve cumprir com sua função social. Ou, em outros termos, a empresa deve comprovar que está em consonância com a função social da empresa, pois haverá, de um lado, a proteção dos consumidores e do próprio mercado imobiliário, em face da segurança jurídica e, de outro lado, a continuidade das atividades de produção de riquezas, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudicam não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.

Outro aspecto importante da função social da empresa, no aspecto da incorporação imobiliária, diz respeito ao contrato padrão a ser utilizado nas vendas das unidades imobiliárias. Esse contrato não consta no rol dos documentos que devem ser apresentado ao oficial de registro de imóveis, sendo, portanto, uma faculdade.

Evidentemente, por ser a função social da empresa uma decorrência do *welfare state*, como já dito alhures, incidindo uma maior participação estatal e considerando a vulnerabilidade dos compradores das unidades imobiliárias a serem construídas, a empresa deve se preocupar com o teor de suas cláusulas, mormente porque se trata de um contrato de adesão.

Em uma análise da doutrina especializada e da jurisprudência dos tribunais, verifica-se que não se admite as seguintes cláusulas: a) cláusulas mandato: por meio dessa cláusula o outorgante concede poderes a seus procuradores para concluir ou realizar outro negócio jurídico, já sendo previsto como cláusula abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor, resguardando-o de ser surpreendido por obrigações em seu nome contraídas por terceiro. A ilegalidade se demonstra no conflito de interesse, tendo em vista que o procurador agirá em seu próprio interesse ou do incorporador e não no interesse do consumidor; b) cláusulas que contenham autorização genérica para o incorporador alterar o projeto apresentado: o adquirente celebra o contrato, levando em consideração a planta do imóvel e do condomínio como um todo, documentos estes que estão arquivados no cartório. Não se admite, portanto, a alteração do projeto por parte do incorporador à revelia do comprador. A presença de tal cláusula prejudica-o, pois não saberá se receberá o imóvel de acordo com o projeto inicial. Para a alteração do projeto, mister se faz a concordância unânime e expressa de todos os compradores; c) cláusula que transfere os riscos do empreendimento do incorporador para os adquirentes: a atividade de incorporação imobiliária é uma atividade empresarial, de modo que o risco do empreendimento deve ser única e exclusivamente dele. Caso a

empreendimento seja próspero, será o empreendedor que auferirá os lucros, sendo que, na hipótese inversa, em havendo prejuízo, ele que também deverá arcar com eles. Jamais o consumidor; d) cláusula de decaimento ou perda de todas as importâncias pagas em caso de rescisão por inadimplemento do adquirente. Caso o consumidor opte por rescindir o contrato não poderá ser penalizado com a perda total do valor já pago, sendo nulas de pleno direito em virtude do artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor.

Diversas outras podem ser citadas, tal como a cláusula que prevê que o compromisso de venda e compra somente poderá ser transferido com expressa anuência do incorporador ou desde que o adquirente esteja em dia com as obrigações e mediante pagamento de taxa de transferência; cláusulas escuras e ambíguas; cláusulas restritivas redigidas sem destaques; cláusulas dispondo sobre eleição de foro ou de domicílio contratual com exclusão de qualquer outro por mais privilegiado que seja; cláusulas que determinem utilização compulsória da arbitragem; cláusula prevendo que o adquirente deverá pagar taxa de autorização ou de minuta da escritura definitiva; cláusulas estipulando o valor (fixo ou percentual) dos honorários advocatícios a serem pagos pelo adquirente em ação judicial na qual seja vencido e cláusula estipulando indexação múltipla concorrente (SANTOS, 2012).

No tocante à função solidária da empresa e o meio urbano e sua respectiva incidência na incorporação imobiliária, destaca-se o estudo do impacto de vizinhança.

Ronaldo Vieira Francisco e Fábio Ianni Goldfinger ensinam que o estudo do impacto de vizinhança: “Trata-se de um instrumento de política urbana, com diretrizes fixadas no Estatuto da Cidade como a garantia do direito de cidades sustentáveis, a gestão democrática, o planejamento do desenvolvimento, bem como o desenvolvimento das funções sociais da cidade” (FRANCISCO; GOLDFINGER, 2018, p. 126).

Sem dúvida, refere-se tal instrumento como sendo um corolário da proteção dos direitos e garantias fundamentais de terceira geração, pois busca-se tutelar direitos da geração futura, tentando compatibilizar a ordem econômica desenvolvida pelos incorporadores com o meio urbano.

Principalmente em grandes centros urbanos, o futuro condomínio a ser instalado no terreno que, na fase incipiente, encontra-se submetido ainda a uma incorporação imobiliária, é de grande magnitude, onde haverá o convívio de milhares de pessoas ao mesmo tempo, citando, como exemplo corriqueiro, um condomínio de com 10 torres, contando cada andar com 6 apartamentos residenciais e/ou salas comerciais. Outro exemplo de fácil visualização, atine-se aos grandes *shopping centers.*

Não há dúvidas que o bairro será impactado por essa construção, pois o trânsito de veículos aumentará significativamente, podendo interferir no sossego do bairro onde será instalado

e nos contíguos, tendo em vista que, além do aumento de carros, haverá uma maior concentração de pessoas. Por outro lado, também trará aspectos positivos, com uma oferta maior de empregos e recolhimentos de tributos aos cofres públicos.

Dessa forma, o objetivo deste estudo de impacto da vizinhança é justamente analisar os efeitos positivos e negativos que este empreendimento acarretará na qualidade de vida da população que reside na proximidade, pois será ela que sofrerá os impactos da atividade, atendendo as presentes e, principalmente, as futuras geração, buscando o crescimento ordenado da cidade.

Compete à lei municipal estabelecer quais os empreendimentos e atividades no meio urbano que dependerão do estudo de impacto da vizinhança para que obtenham as licenças para a construção, ampliação ou funcionamento. O Poder Público, com base nas informações constantes no referido estudo, possuirá informações necessárias para analisar os impactos que a região sofrerá, auxiliando-o na tomada de decisão, quer para autorizar o empreendimento, quer para negar a licença.

É, assim, um pressuposto para a aprovação da pretendida atividade. O artigo 37 do Estudo da Cidade elenca situações mínimas que devem ser levadas em consideração no estudo de impacto da vizinhança, tais como: I - adensamento populacional; II - equipamentos urbanos e comunitários; III - uso e ocupação do solo; IV - valorização imobiliária; V - geração de tráfego e demanda por transporte público; VI - ventilação e iluminação; VII - paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

O direito individual e econômico do empreendedor deve ser contrastado com o direito coletivo, tanto da atual geração mas, principalmente, das gerações futuras, proporcionando um meio ambiente urbano que atenda a dignidade da pessoa pessoa humana.

CONCLUSÃO

O empresário, que exerce profissionalmente atividade empresarial organizada para produção e circulação de bens e serviço, também foi impactado pela releitura trazida por princípios superiores da Constituição Federal, principalmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

A atividade empresarial relativa à incorporação imobiliária não foi diferente, pois a compreensão dessa atividade, quando da promulgação da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, é totalmente diferente da realidade nos tempos hodiernos.

Não obstante a referida lei ter sido um grande marco para a regulação da matéria, a verdade é que com os novos princípios constitucionais, mormente a função social da propriedade que influenciou na função social dos contratos e da empresa, havendo uma constitucionalização do

direito privado, com a eficácia horizontal dos direitos fundamentais e o respectivo diálogo das fontes, fez-se com que o foco interpretativo fosse mudado.

Dessa forma, a incorporação imobiliária tem que buscar a função social da empresa, atendendo as premissas do Estado Social que surgiram para combater as mazelas provocadas pelo Estado Liberal, considerando, ademais, que o adquirente de uma unidade imobiliária é, geralmente e dependendo da teoria adotada, um consumidor.

O legislador estabeleceu diversos instrumentos para que os consumidores fossem protegidos, como o registro da incorporação imobiliária no Cartório de Registro de Imóveis, bem como a análise, tanto por parte do referido delegatário, como também dos tribunais pátrios, que tiveram que solucionar as questões que foram levadas ao Poder Judiciário. A isso pode-se denominar de função social da empresa.

Fora isso, as empresas de incorporação imobiliária também devem atender a função solidária, que busca proteger e atender as futuras gerações, e, como esses empreendimentos são de grande porte, podendo impactar a vizinhança, no adensamento populacional, no tráfego e demanda por transporte público, ventilação e iluminação, dentre outros, é recomendável a realização do estudo do impacto antes da realização do empreendimento. Esse estudo trará informações sobre os aspectos positivos e negativos da atividade, desenvolvido por um equipe multidisciplinar, que dará fundamentos para o Poder Público autorizar ou não a atividade. É uma forma de adequar o direito individual ao direito público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de Fábio Konder Comparato. In: Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, nº 104, outubro-dezembro de 1996.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. Princípios do direito comercial. São Paulo: Saraiva, 2012.

DENARI, Cristiane. Atividades do Estado na produção econômica: interesse coletivo, serviço público e privatização. Tese de livre-docência, São Paulo: Universidade de São Paulo, 2000.

DIÉZ-PICASO, Luíz; LÉON, Ponce de. La llamada prehorizontalidad y su proyyección registral, Ponencias y Comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral, t. I, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni Goldfinger. Direito Urbanístico. Salvador: JusPodivm, 2018.

MAMEDES, Gladston. Manual de Direito Empresarial. São Paulo: Atlas, 2005.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

REALE, Miguel. O projeto de código civil: situação atual e seus problemas fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1986.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro; CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Função Social e solidária da empresa na dinâmica da sociedade de consumo. Scientia Iuris, Londrina, v. 20, n. 1, p. 119-143, abr. 2016. DOI: 10.5433/2178-8189.2016v20n1p119. ISSN: 2178-9189.

SANTOS, Flauzilino Araújo dos. Condomínios e Incorporações no Registro de Imóveis. São Paulo: et cetera, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA FILHO, Elvino. Questões de condomínio no registro de imóveis. São Paulo: Malheiros, 1999.

TAVARES, André Ramos. Direito Constitucional Econômico. 3. ed. São Paulo: Editora Método, 2011.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social da empresa. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 810, n. 92.

WALD, Arnaldo. O empresário, a empresa e o Código Civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos e at. (coord). O novo código civil: estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale. São Paulo: LTR, 2003.