

TEMPOS DE CRISE: CONTROVÉRSIAS ENVOLVENDO A EXTINÇÃO DO COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS

Alexandre Junqueira Gomide¹

Introdução

O mercado imobiliário brasileiro viveu tempos áureos nos anos de 2006 a 2014. Com abundância de crédito e pleno emprego, as vendas explodiram e não raras vezes lançamentos eram integralmente vendidos em apenas algumas horas, antes mesmo do início da construção.

Firmado o instrumento particular, caso o consumidor tivesse dificuldades na obtenção do financiamento ou mesmo desistisse da compra, a considerar que os preços dos imóveis eram crescentes, as construtoras não apresentavam óbices para extinguir a avença, devolvendo parte, ou grande parte do valor pago. A depender das circunstâncias, manifestado o interesse do consumidor na extinção do contrato, algumas empresas realizavam a devolução integral dos valores pagos. A revenda dessas unidades era fácil e era possível, inclusive, auferir lucro com a revenda.

Nos atuais tempos de crise econômica, minguou a abundância do crédito e o desemprego aumentou exponencialmente, ocasionando o aumento da taxa de juros dos financiamentos. Além disso, a queda na demanda pela aquisição de imóveis fez com que o preço dos imóveis baixasse consideravelmente. Com grande estoque de unidades, as incorporadoras passaram a ofertar os imóveis com consideráveis descontos, muitas vezes em valores mais baixos do que o consumidor adquiriu há um ou dois anos atrás.

Diante de tal cenário, a crise do mercado imobiliário fez surgir três grandes grupos de consumidores que pretendem a extinção do compromisso de venda e compra.

¹ Especialista e Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco. Colaborador do Blog Civil & Imobiliário (www.civileimobiliario.com.br). Professor. Advogado. Sócio de Junqueira Gomide & Guedes Advogados.

O **primeiro grupo** de consumidores é aquele que, após ter firmado o contrato preliminar de venda e compra, não consegue obter o prometido financiamento e, assim, pleiteia o término do contrato imobiliário.

O **segundo grupo** de consumidores é aquele que, embora tenha conseguido o financiamento, porque a taxa de juros foi elevada, acaba desistindo da continuidade do negócio. Nesse grupo também podemos citar o casal de jovens que, após terem firmado o contrato, acabam se separando e, por isso, pretendem a extinção contratual.

O **terceiro grupo** é aquele que, após ter firmado o compromisso de venda e compra, simplesmente desiste da aquisição, seja porque verificou imóvel nas proximidades a um preço mais barato, seja porque entende que aquele investimento imobiliário não vale mais a pena.

Manifestado o interesse na extinção do contrato, contrariamente a tempos passados, a maioria das empresas não têm autorizado o término contratual nas mesmas condições dos tempos anteriores. Outras empresas, embora admitam a possibilidade da extinção da avença, apresentam como condição uma retenção em percentual com o qual o consumidor não concorda.

Diante de tais conflitos, a extinção dos contratos de venda e compra de imóveis foi judicializada de forma exponencial em todo o país. O presente artigo tem por objetivo destacar as principais controvérsias envolvendo a extinção do compromisso de venda e compra.

Para tanto, antes de estudarmos a extinção dos compromissos de compra e venda de imóveis, necessário relembrarmos, num brevíssimo resumo, as formas tradicionais de extinção dos contratos em geral.

1) DAS FORMAS DE EXTINÇÃO DO CONTRATO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Pode-se dizer que a causa natural de extinção do contrato é o adimplemento, que significa o cumprimento das respectivas obrigações contratuais, nos exatos termos previstos na avença.

Mas os contratos podem ser extintos não apenas pelo adimplemento da obrigação. Também podem ser extintos, nas avenças personalíssimas, em virtude da morte de uma das partes e nas hipóteses de caso fortuito e força maior (resolução sem culpa das partes).

O contrato também pode ser extinto em virtude de circunstâncias simultâneas ou anteriores à sua formação. Nesses casos estamos diante de hipóteses de nulidade ou anulabilidade dos contratos. A ocorrência de nulidade – seja absoluta seja relativa – é típica hipótese que pode ser anterior à celebração, mas que continua de tal forma que impossibilita a produção válida de efeitos.

Para os fins a que se destina o presente artigo, trataremos doravante apenas a extinção dos contratos por causas supervenientes à sua formação, ou seja, trataremos da extinção de contratos válidos e eficazes e que, por fatos supervenientes à sua celebração, podem ser extintos, sem que se verifique a morte de uma das partes ou as hipóteses de caso fortuito ou força maior².

Também vamos tratar apenas da extinção de contratos preliminares (compromisso de venda e compra) e **não** contratos em que já tenha sido lavrada escritura pública ou mesmo nas circunstâncias onde haja o pacto adjeto de alienação fiduciária porque, nesse último

² Como bem ressaltou Francisco Loureiro, “a resolução se encaixa como um direito extintivo de impugnação, ou de agressão, com a ressalva de que tem origem em fatos ocorridos em momento posterior ao do nascimento ao contrato. Importante essa ressalva, para fazer a distinção entre a natureza da resolução e a da anulação, ou declaração de nulidade, pautadas em fatos existentes no momento da celebração. Lembre-se que, enquanto a ação de anulação ataca diretamente a relação em seu fundamento, invalidando o contrato, a ação resolutória mantém íntegro o contrato, no plano da validade, afetando somente os seus efeitos [...] Ainda no tocante à natureza da resolução, tem-se entendido que se trata de fato extintivo que atinge o plano da eficácia do contrato, não o plano da validade. Em outras palavras, a resolução pressupõe a existência de um contrato válido”. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos. Extinção dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 625.

caso, a extinção contratual por inadimplemento será regida pelo regime especial da Lei 9.514/97.

1.1) Resilição unilateral

Etimologicamente, do latim *resilire*, a resilição significa “voltar atrás”³. A resilição unilateral opera de forma *ex nunc*, produzindo efeitos apenas para o futuro. Em consonância com José Fernando Simão⁴, a resilição unilateral é a faculdade concedida por lei, em determinados casos, de a vontade de apenas uma das partes pôr fim ao contrato. A resilição unilateral é o gênero do qual são espécies a denúncia, a renúncia e a revogação⁵.

Nos termos do art. 473, do Código Civil, “a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

Como regra geral, a denúncia é imotivada (vazia), ou seja, o contraente sem qualquer justificação põe fim ao contrato mediante notificação à parte contrária⁶. A exceção é a denúncia motivada (ou cheia)⁷.

Como exemplo de casos em que a lei *expressamente* admite a resilição cite-se a locação urbana (art. 4º, da Lei 8.245/91), o mandato (art. 682, inciso I, do Código Civil), agência e distribuição (art. 720, do Código Civil), dentre outros.

³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 221.

⁴ SIMÃO, José Fernando. *Direito Civil. Contratos*. (série leituras jurídica: provas e concursos, v. 5). São Paulo: Atlas, 2010. p. 74.

⁵ Em sentido contrário, Rodrigo Xavier Leonardo diferencia a denúncia da resilição unilateral (LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. n. 3. v. 7. Abril-junho de 2016. p. 95-114).

⁶ É o caso da denúncia vazia exercida pelo locatário, quando este vige por prazo indeterminado (Lei do Inquilinato 8.245/91, art. 6º).

⁷ Por exemplo, quando o inquilino, durante o prazo de vigência do contrato locativo, põe fim aos efeitos do contrato, sem pagar multa, em razão de transferência de emprego (art. 4º, § único, da Lei 8.245/91). A denúncia cheia é também verificada nos casos em que o locador pretende retomar o imóvel, vigente locação de imóvel residencial por prazo indeterminado, mas que tenha sido firmado por prazo inferior a trinta meses (art. 47, da Lei 8.245/91).

A dificuldade é saber justamente quais são os casos em que a lei *implicitamente* admite a resilição. Segundo Paulo Dóron Rehder de Araújo⁸, essa hipótese se dá quando, por exemplo, o contrato de trato sucessivo vige por prazo indeterminado, considerando-se a vedação às relações contratuais eternas.

Assim, uma vez firmado contrato de locação de impressoras entre duas empresas (execução por trato sucessivo), após o transcurso do prazo determinado, a qualquer tempo a locatária poderia denunciar a locação, ainda que o contrato não disponha de tal cláusula.

Até porque, tal como enuncia Pontes de Miranda⁹, nas relações jurídicas duradouras, é preciso que possa ter ponto final o que se concebeu em reticência. Daí a figura da denúncia, com que se ‘des-nuncia’, pois resulta de haver atribuído a algum dos figurantes o direito formativo extintivo, que é o de denunciar.

Por outro lado, resta saber se, diante da autonomia privada, as partes poderiam dispor nos contratos em que a prestação não é imediata, a faculdade de uma delas resilir no decorrer do contrato, mediante o pagamento de compensação pecuniária. Será que essa possibilidade não estaria “implicitamente” estabelecida na lei, pelo princípio da autonomia privada?

Segundo Orlando Gomes¹⁰, podem as partes estipular que o contrato será resilido se qualquer delas se arrepender de o haver concluído. Asseguram-se convencionalmente o poder de resili-lo mediante declaração unilateral de vontade. Nesse caso, segundo o autor, a autorização não provém da lei, mas, no caso, do próprio contrato.

Francisco Loureiro¹¹, na mesma senda, afirma que as partes podem convencionar entre si o direito de arrependimento que nada mais é do que a faculdade de denunciar criada bilateralmente, pelo consenso, mas exercida unilateralmente pela parte a quem beneficia.

⁸ ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011. p. 381.

⁹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. 2^a ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1962. v. 38, § 3.081, p. 294.

¹⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 221.

¹¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos Contrato. In: *Teoria geral dos contratos*. LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). São Paulo: Atlas, 2011. p. 618.

Antonio Junqueira de Azevedo¹², nessa esteira, embora ressalte que a denúncia dos contratos de duração determinada não é permitida, afirma que seria possível somente se houvesse regra contratual expressa e inequívoca nesse sentido¹³.

A resilição contratual, portanto, que opera mediante denúncia, renúncia, revogação ou arrependimento, pode ser realizada seja porque o tipo contratual expressamente o permite, seja porque a lei implicitamente autoriza ou, ainda, por uma cláusula contratual permitindo que apenas uma das partes ponha fim ao contrato, mediante o exercício de um direito potestativo.

1.2) Distrato

Como nos ensina Pontes de Miranda¹⁴, o distrato é trato em sentido contrário, *contratus contrarius*. É contrato feito para extinguir outro. Serve para desatar o vínculo contratual nos termos convencionados pelos próprios distratantes.

Araken de Assis¹⁵ assevera que o distrato não resile o contrato, porque não o dissolve, ou desfaz, desde o início (resolução, eficácia *ex tunc*) ou a partir de certo momento (resilição, eficácia *ex nunc*). O distrato elimina a eficácia do negócio quanto ao futuro, de modo que o contrato que foi, continua sendo, embora acabado, encerrado e desprovido de efeitos. O distrato, ainda segundo o autor, não “descontrata”, exceto em sentido assaz figurado. Tampouco consagra um mútuo dissenso: os distratantes concordam plenamente, entre eles não há um desacordo ou desentendimento, vez que ambos, obviamente, querem distratar.

¹² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p.154.

¹³ Ocorre que esse entendimento não é unânime. Segundo Flávio Tartuce a resilição somente decorre da lei, e não da vontade das partes. Segundo este autor, portanto, somente nas hipóteses previstas em lei é que as partes poderiam resilir unilateralmente o contrato, não sendo permitido às partes firmarem cláusula permitindo a uma delas resilir o contrato de forma unilateral. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 11^a ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 272).

¹⁴ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit. v. 25. p. 281.

¹⁵ ASSIS, Araken de. *Comentários so Código Civil Brasileiro: Do Direito das Obrigações*. v. 5. Coord. Arruda Alvim e Thereza Alvim. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 553

Com relação aos efeitos, segundo Pontes de Miranda¹⁶, quem distrata não resolve. Não resolve porque nada se solve, resolve ou dissolve: o que era continua, mas sem efeitos. O distrato, portanto, se passa no plano da eficácia. Foi, não é mais.

O objetivo do distrato é amplo: o que pode ser contratado pode ser dissolvido¹⁷. A autonomia privada autoriza que as partes fiquem livres para extinguirem o contrato da melhor forma que lhes convier¹⁸.

No caso do distrato, a lei autoriza que as partes fiquem livres para extinguirem o contrato da melhor forma que lhes convier. Contudo, nos contratos cuja forma é prescrita em lei, o art. 472 do Código Civil determina que o distrato deve ser realizado pela mesma forma que o contrato a ser extinto foi celebrado. Ou seja, se a lei exige a escritura pública para a validade daquele, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Do contrário, nada obsta que um contrato de locação (do qual a lei não exige forma expressa), firmado por escrito, seja distratado de forma verbal.

Como bem asseverou Francisco Eduardo Loureiro¹⁹, o Código Civil adotou o princípio da atração mitigada das formas, ou seja, deve necessariamente o distrato ter a mesma forma do contrato quando esse for solene. Já os contratos não solenes, cuja forma é livre e de uso facilitado, a critério das partes, não atraem a forma do distrato. Diz-se, por isso, que o distrato é relativamente formal, ou tem simetria relativa de forma.

¹⁶ PONTES DE MIRANDA, *Tratado...* op. cit. v. 25. p. 281.

¹⁷ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção..., p. 613. Completar referência aqui (primeira ocorrência) e na bibliografia.

¹⁸ Contudo, nos contratos cuja forma é prescrita em lei, o art. 472 do Código Civil determina que o distrato deve ser realizado pela mesma forma que o contrato a ser extinto foi celebrado. Ou seja, se a lei exige a escritura pública para a validade daquele, as partes não podem distratá-lo por instrumento particular. Do contrário, nada obsta que um contrato de locação (do qual a lei não exige forma expressa), firmado por escrito, seja distratado de forma verbal. A esse respeito, Francisco Eduardo Loureiro afirma que o Código Civil adotou o princípio da atração mitigada das formas, ou seja, deve necessariamente o distrato ter a mesma forma do contrato quando este for solene. (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Idem, p. 613).

¹⁹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 613.

1.3) Resolução contratual

a) Resolução sem culpa das partes (ou inexequção involuntária).

Mário Júlio de Almeida Costa²⁰ define a resolução como ato de um dos contraentes dirigido à dissolução do vínculo contratual, em plena vigência desse, e que tende a colocar as partes na situação que teriam caso o contrato não se houvesse celebrado.

A resolução contratual tem por escopo fazer retornar as partes ao *status quo ante*, ou seja, opera, regra geral, de forma *ex tunc*²¹.

Em algumas situações, o contrato se resolve sem culpa das partes. São as hipóteses de caso fortuito ou de força maior, nos termos do artigo 393, do Código Civil. Trata-se das hipóteses em que a resolução do contrato decorre de impossibilidade superveniente, objetiva, total e definitiva. Assim, caso, por exemplo, havendo perecimento do objeto sem culpa das partes, a obrigação se resolve e as partes devem ser recolocadas no estado anterior.

Para os casos de resolução sem culpa das partes, não há necessidade de se requerer tal declaração por uma sentença judicial, essa será operada de pleno direito.

b) Resolução por culpa das partes.

A resolução, em regra geral, pressupõe, segundo Ruy Rosado Aguiar²², o incumprimento do devedor. Assim, se um dos contratantes tiver culpa na extinção do contrato, estaremos diante de inadimplemento voluntário, que vai ter como consequência a faculdade da parte

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 319.

²¹ Contudo, como bem ressaltado por Orlando Gomes, só é possível remontar à situação anterior à celebração do contrato se este não for de trato sucessivo, pois, do contrário, a resolução não tem efeito em relação ao passado; as prestações cumpridas não se resituem. Assim, ainda segundo Orlando Gomes, o efeito da resolução entre as partes varia, pois, conforme o contrato, seja de execução única ou de duração. No primeiro caso a resolução opera *ex tunc*, no segundo, *ex nunc*. (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 210).

²² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004. p. 31.

prejudicada pedir a resolução do contrato ou seu cumprimento, cabendo cumulativamente o pedido de indenização (art. 475, do Código Civil).

O caminho para a declaração da resolução judicial pode ser judicial ou extrajudicial. Orlando Gomes²³ nos ensina que o exercício da faculdade de resolução é distinto por dois sistemas: o francês e o alemão. Pelo sistema francês, a resolução tem de ser requerida judicialmente. Já pelo sistema alemão, ao contrário, admite-se a resolução sem intervenção judicial. O contrato resolve-se de pleno direito. Assim, se um dos contratantes não cumpre a sua obrigação, pode o outro declarar resolvido o contrato, independentemente de pronunciamento judicial.

O sistema brasileiro é híbrido. Isso porque o artigo 474 do Código Civil determina que a “cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

Assim, se o contrato estabelecer uma cláusula resolutiva expressa, ou seja, uma cláusula contratual em que as partes reforçam que ocorrendo o inadimplemento contratual o contrato resolve-se automaticamente, sem a necessidade de declaração judicial, estaremos diante do sistema alemão²⁴.

Contudo, caso não haja a previsão de uma cláusula resolutiva expressa, estaremos diante do sistema francês²⁵ e haverá a necessidade de interpelação judicial. Nesse caso, estaremos diante da cláusula resolutiva tácita (art. 475 do Código Civil).

²³ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 207.

²⁴ Sobre a desnecessidade da interferência judicial na declaração da resolução, manifestou-se Daniel Ustároz: “[...] ao se firmarem o pacto, as partes apontam de antemão nos quais o contrato é resolvido, descabe ao Judiciário outra conduta que não a de chancelar suas vontades. Dentro desse contexto, qualquer alteração do conteúdo do contrato deve se dar mediante o reconhecimento das figuras que permitem a anulação do negócio jurídico e jamais pela mera vontade do julgador e sua ideia particular de justiça. Quer dizer isto que, caso o contrato tenha sido celebrado longe de vícios, não cabe a terceiros analisar a gravidade ou não da conduta prescrita na cláusula resolutiva, pois a mesma fora elaborada pelos próprios interessados” (USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, Fevereiro de 2003, p. 36).

Na mesma senda, Antônio Celso Pinheiro Franco e José Roberto Pinheiro Franco asseveram: “Também adotamos essa linha de pensamento entendendo que havendo cláusula resolutiva expressa estabelecida pelas partes, isso permite ao interessado fazer uso direto da reintegratória, independentemente de uma ação prévia de rescisão contratual” (PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, janeiro-junho de 2010, p. 80).

²⁵ O Código Civil francês (art. 1.184) determina: “Art. 1.184. La résolution doit être demandée en justice”.

c) Resolução por onerosidade excessiva

Por fim, o sistema brasileiro também autoriza a resolução contratual por onerosidade excessiva.

Conforme a lição de Caio Mário da Silva Pereira²⁶, todo contrato é previsão e, em todo contrato, há margem para oscilação do ganho e da perda em termos que permitem lucro e prejuízo. Mas quando é ultrapassado um grau de razoabilidade, que o jogo da concorrência tolera, e atinge-se o plano de desequilíbrio, não pode se omitir do homem o direito e deixar que, em nome da ordem jurídica e por amor ao princípio da obrigatoriedade do contrato, um dos contratantes leve o outro à ruína completa e extraia para si o máximo benefício²⁷.

Ultrapassada essa razoabilidade, entendeu o legislador que deveria proteger o contraente que sofreu prejuízo em razão da desproporção da sua prestação por fatos imprevisíveis. A possibilidade de resolução por onerosidade excessiva está prevista no artigo 478 do Código Civil, que disciplina: “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”²⁸.

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3, p. 162.

²⁷ Nas palavras de Énio Zuliani, “a onerosidade excessiva é a metamorfose surpreendente da prestação a cumprir, sinônimo de excesso de peso de carga econômica do contrato de execução continuada ou diferida, constituindo um desavio a ser superado para salvaguarda dos interesses legítimos” (ZULIANI, Énio. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 655).

²⁸ A resolução contratual ou a possibilidade de revisão do contrato por alteração das circunstâncias encontra previsão legal no art. 437 do Código Civil português. Conforme nos ensina Pedro Romano Martinez, esse dispositivo legal estabelece um confronto entre a estabilidade e a segurança jurídica, por um lado; a justiça comutativa, por outro; e, ainda, noutro plano, dir-se-á que existe uma contraposição entre a autonomia das partes e a boa-fé. (MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 157).

1.4) Rescisão

A má redação do art. 1.092 do antigo Código Civil de 1916 permitia a “rescisão” do contrato em razão de inadimplemento de uma das partes. Felizmente, esse erro legislativo foi superado pelo art. 475 do Código Civil de 2002²⁹.

De todo modo, o termo rescisão contratual continua bastante aplicado na prática forense.

Ademais, conforme manifestou Francisco Eduardo Loureiro³⁰, inegável a ampla utilização do termo rescisão pelos operadores do direito, tanto por advogados em negócios jurídicos, como juízes em sentenças. Ganhou sentido muito mais amplo e sedimentado pelo costume: passou a ser gênero de extinção do contrato.

A nosso turno, no direito brasileiro, entendemos que a rescisão não é a expressão mais técnica para indicar determinada forma de extinção do contrato. Quando o operador do direito se depara com o termo rescisão, deve investigar qual a razão para a extinção daquele negócio jurídico para verificar, no caso concreto, se é caso de resolução ou resilição³¹.

²⁹ Como nos alertam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, a Lei de Licitações (8.666/93) ainda prevê a “rescisão” de contratos administrativos em face da inexecução total ou parcial do contrato (GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Contratos: teoria geral. Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. I, p. 256).

³⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 611.

³¹ Assim, por exemplo, o Código Civil brasileiro emprega o termo rescisão em apenas quatro situações. São elas: artigos 455, 607, 609 e 810. Em todas as situações é fácil notar que apesar da palavra rescisão, estamos diante de hipóteses de resolução ou resilição. O artigo 607, por exemplo, estabelece que o contrato de prestação de serviço será extinto com a morte de qualquer das partes, pelo escoamento do prazo, pela conclusão da obra ou “pela rescisão do contrato mediante aviso prévio”. Trata-se, em verdade de denúncia do contrato, ou seja, hipótese de resilição unilateral.

2) DA EXTINÇÃO DOS COMPROMISSOS DE VENDA E COMPRA DE IMÓVEIS: CONTROVÉRSIAS ATUAIS E A JURISPRUDÊNCIA.

Diante do breve resumo a respeito da extinção dos contratos em geral, resta verificar as formas e problemáticas advindas da extinção dos compromissos de venda e compra envolvendo incorporadores e consumidores.

2.1) Da resilição unilateral do compromisso de venda e compra.

A princípio, a resilição unilateral não parece compatível com o compromisso de venda e compra. Analisemos.

A locação, como visto, admite a denúncia pelo locatário. De fato, não se pode admitir que o inquilino permaneça a vida toda vinculado a um contrato de locação. No mandato, da mesma forma, o Código Civil também admite a revogação pelo mandante. Nessa hipótese, natural admitirmos que uma pessoa possa extinguir o mandato quando, por exemplo, perde a confiança no mandante.

Ambas as situações narradas acima cuidam de contratos de trato sucessivo e, uma vez realizada a resilição unilateral, os efeitos seriam produzidos dali para frente, ou seja, os efeitos produzidos pela denúncia/revogação não atingiriam os atos pretéritos.

No caso do compromisso de venda e compra, com fundamento na autonomia privada, existe a possibilidade das partes, nos termos do art. 420, do Código Civil, estabelecerem o direito de arrependimento. Assim, embora pareça estranho ao construtor desistir da incorporação imobiliária, fato é que o art. 34, da Lei 4.591/64, autoriza o incorporador fixar prazo de carência, da qual lhe é lícito desistir do empreendimento. Segundo o § 4º daquele dispositivo, a “desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes [...]”.

Da mesma forma, a considerar que o construtor utiliza o crédito concedido pelo consumidor na execução da obra e, ainda, porque pode haver um financiamento bancário através de pacto adjeto de alienação fiduciária, parece estranho ser conferido o direito de arrependimento ao consumidor.

Nesses termos, poderia o adquirente, a qualquer momento, valendo-se de um direito potestativo, sem indicar motivos, comunicar o construtor a respeito do seu interesse de extinguir unilateralmente o contrato?

Como bem ressaltado por Francisco Loureiro³², o compromisso de venda e compra não é – salvo previsão expressa pactuada entre as partes – daqueles contratos que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral.

Na realidade, a lei impõe que o compromisso de venda e compra dos imóveis incorporados é irretratável. Nesses termos é a determinação do art. 32, § 2º, da Lei 4.591/64³³.

De fato, nos imóveis incorporados, não há qualquer fundamento legal que obrigar o construtor aceitar o pedido de extinção unilateral formulado pelo adquirente. Fosse essa determinação prevista na Lei, a considerar que os construtores utilizam crédito pago pelos adquirentes nos contratos para a execução das obras, fatalmente a extinção abrupta e unilateral ensejaria uma insegurança para a própria continuidade do empreendimento, trazendo enormes prejuízos a todo o mercado. Esse fato é ainda mais justificável quando se verifica que, em 2015, a cada 100 imóveis vendidos no Brasil, 41 foram devolvidos³⁴. Já no ano de 2016, segundo dados da ABRAINC, 44% das vendas foram canceladas³⁵.

³² LOUREIRO, Francisco. Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. In: *O direito e a incorporação imobiliária*. Livreto entregue quando do seminário “O Direito e a Incorporação”, realizado em São Paulo, no dia 17 de Junho de 2016. p. 14.

³³ Art. 32, § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004). No caso dos imóveis loteados, vide o art. 25, da Lei 6.766/79, que diz: “São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros.

³⁴ <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2016/03/cresce-o-numero-de-pessoas-que-fazem-distrato-da-casa-propria.html>. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

³⁵ http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039?utm_campaign=website?success=true. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

Como destacado por Melhim Chalub³⁶ a incorporação imobiliária somente terá êxito se os recursos por ela captados, mediante comercialização e financiamento garantido pelo seu próprio ativo, tiverem ingresso regular e forem direcionados ao cumprimento do seu objeto – execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Segundo Rubens Menin³⁷, “no momento em que parte desses recursos deixa de ser aportado nos empreendimentos, há naturalmente um impacto no fluxo de caixa planejado. Além dos recursos que deixam de entrar, há em muitos casos ainda uma demanda de restituição dos valores aportados pelo comprador que afeta este fluxo. No caso de necessidade de devolução imediata de valores aos promitentes compradores que deixarem o empreendimento, o impacto se torna ainda maior e compromete seriamente o equilíbrio do negócio. Adicionalmente, os incorporadores terão que suportar novas despesas para conseguir vender as unidades distratadas, impactando ainda mais o equilíbrio do negócio”.

Embora a Lei não possua nenhuma previsão a respeito da possibilidade de o adquirente extinguir unilateral e imotivadamente o compromisso, fato é que a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo editou a Súmula nº 1, que autoriza, sempre, ao adquirente, requerer a extinção unilateral do contrato.

Nos termos da súmula, “*o compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem*”.

Em sentido muito próximo, a Súmula nº 543, do Superior Tribunal de Justiça³⁸, também autoriza o consumidor a extinguir o contrato, mesmo que não exista qualquer culpa a ser atribuída ao construtor.

³⁶ CHALHUB, Melhin. Opinião: Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão. In: *O direito e a incorporação imobiliária*. Livreto entregue quando do seminário “O Direito e a Incorporação”, realizado em São Paulo, no dia 17 de Junho de 2016. p. 36.

³⁷ MENIN, Rubens. *Distratos: a busca do equilíbrio*. Disponível em: <http://abrainc.org.br/artigos/2016/07/19/distratos-busca-do-equilibrio/>. Acesso em 22 de fevereiro de 2017.

³⁸ Súmula 543-STJ: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo

Assim, embora a Lei não autorize a extinção unilateral, fato é que a jurisprudência concede a possibilidade de o consumidor requerer a extinção contratual, mesmo inadimplente. A jurisprudência, portanto, abriu um caminho ao adquirente para se arrepender da compra realizada declarando, nos casos de relação de consumo, abusiva a cláusula de irretratabilidade do contrato³⁹.

A Súmula nº 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo, editada no final do ano de 2010 e, portanto, durante os tempos áureos do mercado imobiliário brasileiro, não era tão incômoda aos construtores. Manifestado o interesse do adquirente na extinção do contrato, as empresas normalmente entravam em acordo com o adquirente no tocante aos valores a serem devolvidos. Diante do acordo, as partes firmavam o distrato e, rapidamente, a unidade era alienada a terceiros.

Ocorre que, em tempos de crise, além das empresas não conseguirem alienar as unidades, os preços dos imóveis estão mais baixos do que há um ou dois anos atrás. Assim, manifestado o interesse do adquirente na extinção, muitas empresas não estão autorizando o término do contrato, justificando exatamente o fato de o contrato não prever tal possibilidade. Até porque, extinto o contrato, as empresas deverão devolver parte dos valores recebidos (que já estavam previstos para a consecução das obras), bem como terão dificuldades em revender a unidade. Algumas empresas ainda autorizam o distrato mas a retenção de valores é entendida pelo consumidor como abusiva.

promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

³⁹ Apelação – Compromisso de venda e compra de imóvel – Relação de consumo – A despeito da natureza jurídica da requerida, é certo que as partes pactuaram compromisso de venda e compra de unidade habitacional, surgindo daí, inequívoca relação entre fornecedor e consumidor, tal qual disciplinado pela Lei nº 8078/90 - Embora, **no comum das vezes, seja prevista cláusula de irretratabilidade no contrato, tratando-se de inequívoca relação de consumo, afigura-se abusiva a extirpação da possibilidade de arrependimento por parte do promissário comprador, ainda que inadimplente** – **Direito potestativo** – Súmula nº 01, desta E. Corte - Embora não se discuta que, com a resolução da avença, as partes devam ser restabelecidas ao "status quo ante", com a devolução das parcelas pagas, não se pode olvidar das despesas havidas com desfazimento do vínculo, gastos administrativos do empreendimento e eventuais prejuízos da promitente vendedora – Conquanto indiscutível o descabimento da retenção contratualmente prevista de 30% dos valores pagos, haja vista que os promissários compradores sequer se imitiram na posse da coisa, considerando-se o inequívoco impacto que a rescisão impõe ao sistema arrecadatório da cooperativa e, por conseguinte, o prejuízo direto percebido pelos demais cooperados, afigura-se insuficiente a retenção determinada de 10%, devendo o montante ser majorado a 20% - Recurso a que se dá parcial provimento (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0034426-29.2010.8.26.0506, Relator(a): Mauro Conti Machado; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 13ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Data do julgamento: 10/09/2015; Data de registro: 10/09/2015).

Não havendo acordo judicial, os adquirentes têm proposto ações judiciais, com fundamento na Súmula nº 1, do TJSP e Súmula 543, do STJ, requerendo a extinção contratual, imputando abusividade do construtor ao negar a extinção contratual unilateral e, ainda, ilegalidade da cláusula que autoriza retenção acima de 20% dos valores pagos.

Nesses casos, porque imputada culpa à construtora, os consumidores têm manejado ação de resolução contratual. Analisemos.

2.2) Resolução dos compromissos de venda e compra.

A ação de resolução contratual pode ser manejada, em primeiro lugar, pelo consumidor, porque entende possível a extinção do contrato por culpa a ser atribuída ao incorporador por abusividade da cláusula de irretratabilidade, ilegalidade na retenção de valores, vício construtivo, atraso de obra, dentre outros fatores.

Sem prejuízo, a ação de resolução também pode ser intentada pelo incorporador, atribuindo culpa ao consumidor, sobretudo diante do inadimplemento dos valores decorrentes no contrato.

Analisemos.

2.2.1 Resolução proposta pelo adquirente

Caso o construtor não autorize a extinção do contrato ou, ainda, quando o adquirente não concordar com os valores da retenção, o caminho será a ação de resolução contratual⁴⁰.

Os fundamentos para a extinção unilateral do contrato são, como já se disse, as referidas súmulas. Da mesma forma, não concordando com os valores da retenção, o adquirente questionará a legalidade da cláusula que autoriza a retenção em percentual acima de 20% dos valores pagos.

⁴⁰ A resolução do contrato também caberá, claro, sempre que o incorporador agir com culpa.

A jurisprudência, como já verificado, tem autorizado a extinção unilateral. Os maiores problemas, contudo, dizem respeito quanto ao percentual de retenção de valores. Embora a Súmula nº 1 do TJSP e a Súmula 543 do STJ admitam a possibilidade de extinção contratual, nada dizem a respeito do percentual de retenção de valores.

Não há um consenso nos julgados. No âmbito do Tribunal de Justiça de São Paulo, há julgados autorizando retenção de 10%⁴¹, 20%⁴², 30%⁴³, 40%⁴⁴ e, em alguns casos mais recentes, até 50%⁴⁵ dos valores pagos pelo adquirente.

⁴¹ “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Rescisão contratual cumulada com restituição de quantias pagas – Desistência dos compradores em razão da impossibilidade financeira - Circunstância que não impede a devolução das parcelas pagas, sob pena de ofensa ao art. 53 do CDC, **admitida a retenção de 10% pela incorporadora para resarcimento de perdas e danos e despesas administrativas** – Sentença mantida - Recurso desprovido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1017889-19.2015.8.26.0003, Relator Moreira Viegas; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/07/2016; Data de registro: 07/07/2016).

⁴² “Compromisso de compra e venda – Ação de Rescisão de Contrato cc Reintegração de posse e indenização – Inadimplemento dos compradores verificado – Rescisão contratual – Aplicação das Súmulas 1 e 2 deste E. Tribunal - Retorno das partes ao 'status quo ante' - **Direito de retenção de 20% sobre o valor das parcelas pagas a fim de compensar as despesas operacionais** – Jurisprudência deste Tribunal – Indenização pelo período de ocupação do bem no montante de 0,5% ao mês sobre o valor do contrato, desde o início do inadimplemento até a efetiva desocupação – Levantamento pelos Réus dos valores depositados em juízo - Recurso improvido, com observação. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1000718-93.2015.8.26.0344, Relator: Luiz Antonio Costa; Comarca: Marília; Órgão julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 28/06/2016; Data de registro: 28/06/2016)”.

⁴³ “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. COHAB-SP. INADIMPLÊNCIA DA COMPRADORA. MORA CARACTERIZADA. PEDIDOS DE RESCISÃO E DE REINTEGRAÇÃO ACOLHIDOS. AINDA ASSIM, CABÍVEL A DEVOLUÇÃO DE PARTE (70%) DAS QUANTIAS PAGAS PELA ADQUIRENTE. APLICAÇÃO DO CDC. RETENÇÃO DE 30% PARA FAZER FRENTE ÀS DESPESAS ADMINISTRATIVAS DIANTE DO ROMPIMENTO QUE NÃO DEU CAUSA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS Nº 02 E 03 DO TJSP. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVÍDIO”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0249905-72.2009.8.26.0002, Rel. Des. Roberto Maia, j. 11.2014. Grifos nossos).

⁴⁴ “**RETENÇÃO DE 40% DOS VALORES PAGOS. Razoabilidade, no caso concreto.** Desfazimento do negócio por iniciativa do autor, sob o argumento de que não tem mais condições de efetuar o pagamento das parcelas. Desistência em momento de grave recessão do mercado imobiliário e notória desvalorização dos imóveis. Valor destinado a cobrir as despesas administrativas suportadas pela ré. Recurso parcialmente provido”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1003703-87.2015.8.26.0068, Rel. Hamid Bdine, j. 10 de Setembro de 2015).

⁴⁵ “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. Rescisão extrajudicial. Pretensões de declaração de nulidade de cláusulas contratuais, de devolução, em dobro, das quantias pagas e de indenização por dano mora. **Desistência do autor compromissário comprador, que não conseguiu financiamento, e recebeu, no distrato, quantia equivalente a cerca de 50% dos valores que havia pago. Pedidos indevidos.** Tratando-se de direito disponível, não havendo lei de ordem pública a impor determinado percentual em devolução das quantias pagas, o autor-apelante desistiu do negócio, recebendo determinado valor em restituição e dando plena e irrevogável quitação. Não tem, portanto, direito de pretender receber mais, ao velado pensamento de que recebeu pouco. Ação improcedente. Sentença mantida. RECURSO DESPROVIDO. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1040796-65.2014.8.26.0506, Relator(a): Beretta da Silveira; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 08/04/2016; Data de registro: 08/04/2016).

Embora não haja consenso no Tribunal de Justiça de São Paulo a respeito do percentual de retenção dos valores, fato é que a Súmula nº 2 determina que “a devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição”.

Caso o adquirente tenha recebido as chaves da unidade, além da retenção de parte dos valores, a jurisprudência também admite o pagamento de taxa de ocupação, normalmente arbitrada em 0,5%, ao mês, sobre o valor do contrato⁴⁶.

Por fim, cumpre ressaltar que, caso o pedido de resolução seja decorrente de atraso de obra ou mesmo vício construtivo, o construtor não poderá reter valores e, eventualmente, ainda poderá ser condenado ao pagamento de danos morais ou materiais.

2.2.2 Resolução contratual proposta pelo incorporador

Não se tratando de imóvel financiado com pacto de alienação fiduciária, em caso de inadimplemento do adquirente, poderá o construtor resolver o contrato, com fundamento na ausência de pagamento.

Assim será se o contrato estabelecer uma cláusula resolutiva expressa, ou seja, uma cláusula contratual em que as partes reforçam que ocorrendo o inadimplemento contratual o contrato resolve-se automaticamente, sem a necessidade de declaração judicial.

⁴⁶ AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C.C. REINTEGRAÇÃO DE POSSE - Compromisso de compra e venda de lote - Inadimplemento do preço - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL C.C. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO - Procedência do pedido relativo ao processo de rescisão e extinção do processo de revisão - Inconformismo da compradora - Acolhimento - Questão sobre a revelia que precluiu - Efeito de presunção, no entanto, que se aplica apenas aos fatos, não às consequências jurídicas - Relação de consumo configurada - Declaração de ofício de nulidade da cláusula de decaimento - Infringência ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor - Indenização arbitrada em 20% das parcelas pagas mais taxa de ocupação de 0,5% do valor do contrato atualizado a partir do inadimplemento até a efetiva desocupação - Processo relativo à ação revisão que deve permanecer extinto - Ausência de interesse processual diante da rescisão por inadimplemento - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 0005410-61.2007.8.26.0271, Relator(a): J.L. Mônaco da Silva; Comarca: Itapevi; Órgão julgador: 5ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 22/06/2016; Data de registro: 27/06/2016).

Ocorre que a jurisprudência brasileira, a respeito dos compromissos de venda e compra, historicamente autorizava a extinção contratual somente com a propositura de uma ação judicial, embora o contrato tivesse a cláusula resolutiva expressa⁴⁷.

E a razão desse entendimento, como se pode imaginar, é que muitos construtores, num passado não tão recente, resolviam extrajudicialmente o contrato, mesmo sem conferir o direito de purgação de mora. Em outros casos, a devolução dos valores pagos era irrisória. O abuso do direito abriu as portas para obrigar que a resolução contratual fosse realizada judicialmente.

Mas essa determinação mostrou-se péssima ao mercado, seja para compradores, seja para vendedores. Ao ter de aguardar anos e anos para a resolução do contrato, o vendedor via-se privado da coisa. Além disso, ao final de longos anos de tramitação da ação, o comprador via-se obrigado ao pagamento da taxa de ocupação que dificilmente conseguiria pagar. Somem-se a isso inúmeras unidades que ficavam inutilizadas, aguardando pronunciamento judicial.

Diante de tal situação, a lei 13.097/2015, recentemente editada, trouxe grande inovação. Nos termos do art. 62, parágrafo único, alterou-se o art. 1º, parágrafo único do decreto-lei 745/69:

“Art. 1º [...] Parágrafo único. Nos contratos nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no caput, sem purga da mora.” (NR)”.

⁴⁷ Nesse sentido: “Ação de reintegração de posse derivada da falta de pagamento das prestações do imóvel transacionado, pelo cooperado. Liminar bem denegada, agravo contra a denegação improvido. Necessidade de primeiro ser rescindido o negócio, ainda que haja cláusula resolutiva expressa” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 8ª Turma Cível, Apelação n.º 991.06.040542-2, Rel. Min. Luiz Ambra, j. 26 de maio de 2010). A questão não é pacífica porque, no próprio TJ/SP, há julgadores que entendem desnecessário o pronunciamento judicial quando o contrato prever cláusula resolutiva expressa. Da mesma forma: “PROCESSO CIVIL. AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. - Diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva norteador dos contratos, na antecipação de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato. Precedentes. O reexame de fatos e provas em recurso especial é inadmissível. Agravo no recurso especial não provido. (AgRg no REsp 1292370/MS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 13/11/2012, DJe 20/11/2012).

A nova redação atribuída ao decreto-lei 745/69 altera completamente a jurisprudência firmada ao longo dos anos, que determinava a necessidade de pronunciamento judicial para resolução contratual da promessa de venda e compra. A lei deu o recado à jurisprudência, determinando que a resolução se operará de pleno direito, tal como permite o Código Civil.

Após a edição da Lei, temos verificado julgados do Tribunal paulista autorizando a reintegração de posse caso a resolução tenha sido realizada de forma extrajudicial⁴⁸.

2.3) Distrato dos instrumentos de venda e compra.

Como estudado anteriormente, as partes podem firmar o distrato dos instrumentos de promessa de compra e venda, não sendo necessária qualquer solenidade (diferentemente do contrato definitivo de venda e compra de imóveis, que deve ser celebrado obrigatoriamente por escritura pública, nos termos do art. 108, do Código Civil).

Distrato significa que as partes *acordaram* o fim do contrato nas condições ali estabelecidas. Sem prejuízo, o que na prática se tem verificado é que alguns adquirentes, mesmo após firmado o distrato, ingressam com ação judicial, questionando algumas cláusulas acordadas, sobretudo o percentual retido pelo construtor dos valores pagos.

Com fundamento no art. 6º, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, os adquirentes têm asseverado abusividade da retenção superior a 20% (vinte por cento) dos valores pagos.

⁴⁸ TUTELA ANTECIPADA – Compromisso de compra e venda – Decisão que deferiu liminar para reintegração dos autores promitentes vendedores na posse do imóvel – Inconformismo dos réus, que imputam aos autores a culpa pelo inadimplemento, bem como sustentam a necessidade de prévia rescisão do contrato por determinação judicial – Descabimento - art. 1º do Decreto-Lei nº 745 de 7 de agosto de 1969 teve sua redação recentemente alterada pela Lei nº 13.097 de 19 de janeiro de 2015, dando eficácia à cláusula resolutória expressa quando o promissário comprador é interpelado e deixa de purgar a mora no prazo de 15 dias contados do recebimento desta – Ainda que a notificação previamente encaminhada pelos autores não tenha sido feita pela via judicial ou por intermédio de cartório de títulos, a citação para o feito de origem faz as vezes de interpelação judicial – Incontroverso o inadimplemento e não havendo notícia de purgação da mora, realmente não há óbice ao deferimento da antecipação de tutela, ante a eficácia da cláusula resolutória – Réus recorrentes, ademais, que segundo suas próprias razões, não mais estariam exercendo a posse do imóvel – Decisão mantida – Recurso desprovido. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 2079575-67.2016.8.26.0000, Relator(a): Rui Cascaldi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 06/07/2016; Data de registro: 06/07/2016).

É necessário cautela. Se o consumidor, quando informado a respeito dos valores decorrentes para a extinção do contrato não concordar com eles, não deve assinar o distrato. Nessa oportunidade, a boa-fé implica ao consumidor não assinar o distrato outorgando quitação plena para, posteriormente, ingressar com ação judicial.

Não nos parece razoável (para não dizer má-fé) que o consumidor receba parcialmente os valores decorrentes da extinção do contrato, dê quitação plena no instrumento de distrato, mas, dias depois, ingresse com ação judicial questionando os termos do distrato. A jurisprudência já declarou abusiva essa postura do consumidor⁴⁹. Distrato, mais uma vez, significa acordo entre as partes. Se o consumidor não concorda com as condições impostas pelo construtor, bastará não assinar a extinção consensual e bilateral do contrato, para ingressar com ação judicial.

3) TENTATIVAS E PROPOSTAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS DECORRENTES DA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE VENDA E COMPRA.

3.1 – O “Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores”.

Tal como amplamente divulgado por alguns veículos de informação, no dia 27 de abril de 2016, a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a OAB – Seccional do Rio de Janeiro, a Associação Brasileira das Incorporadoras – ABRAINC, dentre outros órgãos firmaram o intitulado “Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores”⁵⁰.

⁴⁹ “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. RESTITUIÇÃO DE VALORES DECORRENTES DA RESCISÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. CASO EM QUE REALIZADO DISTRATO, COM RETENÇÃO DE 70% DOS VALORES PAGOS. ADMISSIBILIDADE. AUTONOMIA DA MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DAS PARTES NO CONTRATO. CELEBRAÇÃO DE DISTRATO. PLENA, GERAL E IRREVOGÁVEL QUITAÇÃO. PRETENSÃO DE COBRAR A DIFERENÇA QUE NÃO SE REVELA POSSÍVEL. [...] AÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE. SENTENÇA REFORMADA. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA RECONHECIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO”. Segundo o acórdão: “sem que erro ou vício do negócio relativo ao distrato se prove, impossível mesmo a rediscussão do valor da retenção, porque presumivelmente atendeu aos interesses do autor”. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Apelação nº 1004400-64.2015.8.26.0309, Rel. Vito Gugliemi, j. 3 de fevereiro de 2016).

⁵⁰ Íntegra disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/pacto-para-o-aperfeiçoamento-nas-relações-negociais-entre-incorporadoras-e-consumidores/>. Acesso em 15 de Julho de 2016.

Segundo o pacto, a adesão pelo consumidor aos termos do documento seria voluntária e o cumprimento ficaria restrito às entidades que participaram do acordo. Fizeram parte do pacto a Associação Brasileira das Incorporadoras (ABRAINC) e a Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). Ressalte-se que as duas entidades têm empresas associadas em todo o território nacional.

O acordo teve como principal escopo apresentar propostas para solução de conflitos entre consumidores e incorporadores que, no transcorrer da crise imobiliária, foram aflorados.

Vários assuntos ali foram tratados. Dentre os temas acordados, algumas práticas foram consideradas abusivas, tais como a cobrança do SATI e a taxa de deslocamento. Além disso, o acordo também admite a cláusula de tolerância e cláusula de prorrogação, bem como altera os prazos de garantia, ampliando-os nos termos da norma de desempenho (NBR 15575-1:2013).

Por fim, o acordo também tratou a respeito da extinção dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis habitacionais em incorporações imobiliárias.

Em primeiro lugar, asseverou o pacto que tais contratos “são celebrados em caráter irrevogável e irretratável, nos termos da legislação específica (art. 32, § 2º, da Lei 4.591/64)”.

Contudo, embora entenda o compromisso de venda e compra como irrevogável, admite que “fatores externos podem influir sobre a capacidade econômico-financeira do adquirente que impeçam a concretização de seu projeto de vida” o que autorizaria o consumidor a extinguir o contrato. Todavia, o pacto assevera que a extinção do contrato não pode resultar no “comprometimento da conclusão da obra ou colocar em risco a realização do mesmo projeto pelos demais adquirentes”, razão pela qual buscou-se, segundo o texto, uma saída “razoável”.

Assim, os partícipes do documento acordaram que, havendo dificuldades financeiras por parte do consumidor, o contrato pode prever cláusula autorizando o distrato, sendo que, nessa oportunidade, seria devida (i) “multa fixa, em percentual nunca superior a 10% sobre o valor do imóvel prometido comprar” ou (ii) “perda integral das arras (sinal) e de até 20% sobre os demais valores pagos pelo comprador, até então”.

Além disso, segundo o acordo, “para não se comprometer o fluxo de caixa da incorporação, perseverando-se o patrimônio de afetação”, “feitas as deduções dos valores que serão retidos pelas incorporadoras, a restituição do sobejante ao consumidor” “se daria em parcela única, concedendo-se ao incorporador um prazo de carência de seis meses”, ressalvada a hipótese de nova alienação do imóvel.

Como se pode perceber, a redação do pacto, no tocante à extinção contratual, diverge completamente do quanto estabelece a jurisprudência dos tribunais, em especial do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em grande parte dos casos, autoriza a retenção de apenas 10% (dez por cento) dos valores pagos pelo consumidor, não admite qualquer multa contratual em caso de extinção contratual (com ou sem culpa do consumidor) e determina que a devolução seja realizada numa única parcela. Justamente por isso que diversos órgãos dos consumidores criticaram o acordo. Segundo alegaram, o pacto favorece por demais os incorporadores, em detrimento dos consumidores.

Em razão disso, conforme noticiado recentemente⁵¹, o pacto foi suspenso para maior debate junto aos Procons, Comissão Nacional dos Defensores Públicos do Consumidor, dentre outros órgãos. Ademais, a Associação Nacional do Ministério Público do Consumidor, por meio de seu Presidente, Dr. Plínio Lacerda, divulgou nota asseverando que “a MPCON participou, a convite, dos debates que antecederam a assinatura do Pacto, assim como outros órgãos de defesa do consumidor, sendo que, todavia, ao final, decidiu não assiná-lo, porque a Associação entendeu que, *apesar da riqueza dos debates, havia na proposta, além de problemas formais, problemas materiais que estão relacionados a pontos em que é claro o indicativo de prejuízos para os consumidores, a pontos em que há desrespeito à jurisprudência dos tribunais [...]*⁵²”.

Ainda que o pacto esteja sendo criticado por diversos órgãos de proteção aos consumidores, fato é que o texto abriu o caminho para uma discussão mais ampla, que diz respeito à possível necessidade de elaboração de uma legislação para tratar

⁵¹ <http://construcaomercado.pini.com.br/negocios-incorporacao-construcao/legislacao/pacto-criado-para-resolver-problema-dos-distratos-e-suspenso-para-370942-1.aspx>

⁵² http://www.mpcon.org.br/webforms/template.aspx?campo=8074&secao_id=274. Acesso em 13 de Julho de 2016.

especificamente da extinção dos contratos de promessa de venda e compra de imóveis incorporados.

Analisemos alguns projetos em curso.

3.2 – Projeto de Lei 1.220/2015.

O projeto 1.220/2015⁵³, em trâmite na Câmara dos Deputados e de autoria do Deputado Celso Russomano, é evidentemente protetivo aos consumidores. Segundo o art. 1º, “nos contratos de compra e venda de imóveis adquiridos na planta é facultado à incorporadora a retenção do valor de até 10 % (dez por cento) do valor pago pelo adquirente desistente do negócio, incluindo a taxa de corretagem”.

Segundo pode se inferir do art. 1º, manifestado o consumidor interesse na extinção contratual (direito potestativo), as incorporadoras ficam sujeitas à resilição unilateral do contrato, hipótese em que *poderão* reter até 10% (dez por cento) dos valores pagos pelo adquirente. Se for verificada culpa da construtora na extinção do contrato (hipótese de resolução contratual), o projeto determina que retenção alguma será devida.

Ainda segundo o texto (art. 1º, § 1º), o prazo para a devolução da quantia será de 30 dias úteis contados da notificação e o valor deverá ser devolvido de uma só vez (art. 1º, § 2º).

Como se verifica, o texto é contrário ao que determina o art. 32, § 2º, da Lei 4.591/64, mas em consonância com a jurisprudência, autorizando a qualquer tempo o consumidor extinguir, de forma unilateral, o contrato (ainda que não exista qualquer culpa por parte da incorporadora). Ademais, o projeto é expresso ao afirmar, no art. 2º, que “o adquirente poderá desistir da compra do imóvel a qualquer momento”.

Por fim, o art. 3º, em redação confusa, autoriza a extinção do contrato mesmo que a unidade esteja financiada. Nessas hipóteses, como se sabe, havendo financiamento é praxe do mercado que a própria unidade seja dada em garantia por pacto adjeto de alienação fiduciária (Lei 9.514/97). Pela alienação fiduciária, a propriedade resolúvel é

⁵³ A este projeto foram apensados o PL 3.098//2015 (Dep. Carlos Maneto) e o PL 2.616/2015 (Dep. Marco Soares).

transferida ao adquirente. Nesses casos, não há mais *promessa* de venda e compra, razão pela qual não há mais como ser resolvido o contrato preliminar, porque já existe um contrato definitivo. Não cabe, em tais hipóteses, extinção do contrato.

Havendo financiamento bancário, a propriedade resolúvel é transferida para o adquirente. A transação, diga-se, deve ser devidamente registrada perante o Cartório de Registro de Imóveis. Os emolumentos de cartório são recolhidos, assim como o respectivo Imposto de Transmissão de Bem Imóvel – ITBI. Configura, portanto, ato jurídico perfeito, que não pode simplesmente ser “desfeito” pelo mero desinteresse na manutenção da avença anteriormente firmada.

Ademais, como bem ressaltado em julgado do Desembargador Carlos Alberto Garbi, quando a unidade é dada em garantia na alienação fiduciária, “não é o caso de se aplicar o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, permitindo a restituição das parcelas pagas pelos autores, tampouco de se reconhecer a rescisão do contrato [...]. A hipótese dos autos trata de compromisso de compra e venda com alienação fiduciária em garantia, disciplinada pela Lei nº 9.514/1997, de modo que vencida e não paga a dívida, constituído em mora o fiduciante, a propriedade do imóvel se consolida em nome do fiduciário”⁵⁴.

⁵⁴ “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. RECONHECIMENTO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA COM PACTO ADJETO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. INADIMPLEMENTO DOS COMPRADORES. RESTITUIÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. INADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 53 DO CDC. CONSOLIDAÇÃO DA PROPRIEDADE EM NOME DA CREDORA FIDUCIÁRIA. DEVEM OS VENDEDORES PROVIDENCIAR A ALIENAÇÃO DO BEM, CERTO QUE EVENTUAL SALDO CREDOR DEVE SER DEVOLVIDO AOS AUTORES. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DOS RÉUS ACOLHIDOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DOS AUTORES PREJUDICADOS. 1. Compromisso de compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária. Inadimplência dos autores. Reconhecimento na inicial. Obediência à Lei nº 9.514/97. Transferência da propriedade resolúvel do bem. Alienação por leilão público (arts. 26 e 27, da lei). 2. Não é o caso de se aplicar o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, permitindo a restituição das parcelas pagas pelos autores, tampouco de se reconhecer a rescisão do contrato que já foi rescindido. A hipótese dos autos trata de compromisso de compra e venda com alienação fiduciária em garantia, disciplinada pela Lei nº 9.514/1997, de modo que vencida e não paga a dívida, constituído em mora o fiduciante, a propriedade do imóvel se consolida em nome do fiduciário. 3. O inadimplemento dos autores não acarreta a resolução do contrato de compra e venda, perfeito e acabado, mas a resolução da propriedade fiduciária. 3. Embargos de declaração dos réus acolhidos para negar provimento à Apelação dos autores e manter a sentença de improcedência do pedido. Embargos de Declaração dos réus prejudicados. (Tribunal de Justiça de São Paulo, Embargos de Declaração nº 0116029-47.2011.8.26.0100, Relator(a): Carlos Alberto Garbi; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 12/05/2015; Data de registro: 17/06/2015; Outros números: 116029472011826010050000)

O projeto em questão, portanto, parece-nos por demais protetivo aos consumidores, esquecendo-se que uma proteção exacerbada pode trazer prejuízos ao mercado imobiliário como um todo e, indiretamente, aos direitos dos próprios consumidores.

Sendo autorizada a extinção contratual a qualquer tempo, com retenção de apenas 10% (dez por cento) dos valores pagos e, ainda, autorizando-se a extinção do contrato mesmo nas hipóteses em que o imóvel foi dado em alienação fiduciária, certamente o risco do negócio imobiliário será maior e, consequentemente, o preço do produto ficará mais elevado e as taxas de juros para o financiamento imobiliário também serão majoradas.

3.3 – Projeto de Lei 774/2015.

Como contraponto do projeto de lei do Deputado Celso Russomano, também tramita, no Senado Federal, o PLS 774/15, de relatoria do senador Romero Jucá, que pretende alterar disposições da lei 4.591/64, para incluir o art. 67-A, naquele diploma legal.

A proposta, em sua redação original, nos parecia uma solução pouco mais razoável. A respeito do percentual de retenção em caso de extinção do contrato, o projeto previa que “em caso de desfazimento do contrato, seja mediante distrato ou resolução por inadimplemento de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador” (art. 67-A).

A respeito das deduções, o PL determinava que a retenção dos valores não poderia exceder a 25% das quantias pagas. O percentual nos parece razoável, a considerar que há casos em que a jurisprudência admite uma retenção de até 50% dos valores. A proposta também assevera que o valor pago pela comissão de corretagem não seria devolvido ao consumidor (uma vez que o resultado útil – assinatura do contrato – foi verificada).

Da mesma forma, caso o consumidor tenha recebido as chaves, em caso de extinção do contrato, o projeto previa que o adquirente responderá pelo (i) pagamento dos impostos reais incidentes sobre o imóvel (art. 67-A, § 3º, inciso I); (ii) cotas de condomínio e contribuições devidas a associação de moradores (art. 67-A, § 3º, inciso II); (iii) valor correspondente à fruição do imóvel, “calculado de acordo com critério

pactuado no contrato ou, na falta de estipulação, fixado pelo juiz em valor equivalente ao de aluguel de imóvel do mesmo padrão do objeto do contrato” (art. 67-A, § 3º, inciso III) e, por fim, (iv) demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato (art. 67-A, § 3º, inciso IV).

Como visto, as deduções acima listadas são permitidas pela jurisprudência. É possível imaginarmos, inclusive, que a depender do período em que o consumidor ocupou o imóvel e dependendo do quanto pagou, que o adquirente acabe não tendo qualquer crédito para ser levantado, deixando, inclusive, um saldo devedor em favor da construtora.

Ponto controverso do projeto era certamente a determinação do § 5º, do art. 67-A. Segundo tal dispositivo, em redação original, tendo sido realizados os cálculos das retenções devidas e havendo saldo remanescente aos consumidores, “o pagamento será realizado em três parcelas mensais e subsequentes, vencendo-se a primeira após um prazo de carência de doze meses, contados da data do desfazimento do contrato” (art. 67-A, § 5º). Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o período de carência, o remanescente devido ao adquirente será pago em até trinta dias da revenda (art. 67-A, § 6º).

Tal determinação contraria a maioria dos julgados, sobretudo a referida Súmula nº 2, do Tribunal de Justiça de São Paulo que determina que “a devolução das quantias seja realizada de uma só vez”.

Contudo, parece-nos razoável que o valor da devolução seja pago de forma parcelada, para que o prejuízo causado pela extinção contratual não seja ainda mais agravado às incorporadoras e, principalmente, no presente momento de crise.

Nesses termos, a proposta do PL 774/2015 nos parecia mais razoável do que aquela do PL 1.220/2015. Ocorre que, no trâmite legislativo, o PL 774/2015 sofreu algumas emendas. As emendas nº 3 e 4, apresentadas pela Senadora Marta Suplicy, alteraram substancialmente a proposta original.

Da forma como até o presente momento o PL 774/2015 se apresenta (24 de fevereiro de 2017), “em caso de desfazimento do contrato preliminar ou definitivo de alienação de imóvel de que trata esta Lei por culpa do adquirente mediante resilição ou resolução por inadimplemento da obrigação, ele fará jus à restituição das quantias pagas ao incorporador, delas deduzindo-se a pena convencional, que não poderá exceder a dez por cento das quantias pagas” (art. 67-A).

O limite máximo de retenção, portanto, passa a ser o percentual de apenas 10% sobre o valor do contrato. Era esse o valor originalmente proposto pelo Deputado Celso Russomano, no PL 1.220/2015.

Como fundamento para uma retenção tão pequena em favor das incorporadoras, o Parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado afirmou que “os riscos do negócio devem ser suportados pela incorporadora, e não pelos adquirentes do imóvel. Se o empreendimento imobiliário se tornou desinteressante ou se os adquirentes imergiram em uma crise financeira pessoal, isso é irrelevante. A incorporadora, no momento em que decidiu vender imóveis ‘na planta’, tem o dever jurídico de concluir as obras independentemente da movimentação financeira gerada pelas vendas das unidades”.

Além disso, o § 1º, do art. 67-A, afirma que “entende-se por quantia pagas o valor desembolsado para pagamento do preço do imóvel, ainda que parte desse valor tenha sido pago, como remuneração, diretamente ao corretor contrato pelo alienante”. Assim, nos termos da proposta, o consumidor deverá receber 90% dos valores que desembolsou para aquisição do imóvel, incluindo a corretagem.

Da forma como caminha o projeto, em caso de resilição unilateral do consumidor, é o incorporador quem acaba pagando 90% dos valores da corretagem. Como fundamento dessa alteração, Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania asseverou que “o que se vê, na prática, é que as incorporadoras, ao lançarem um novo empreendimento imobiliário, contratam empresas de corretagem que se valerão de suas técnicas de convencimento para atrair compradores. Esses corretores agem de acordo com “as instruções recebidas” da incorporadora. Como se vê, o contrato de corretagem aí é celebrado entre o corretor e a incorporadora, de maneira que o dever jurídico de pagar a comissão de corretagem é da incorporadora, e não de terceiros. O fato de o adquirente do

imóvel destacar um percentual do preço do imóvel para pagar diretamente ao corretor é irrelevante do ponto de vista jurídico, pois, aí, o adquirente estará pagando uma dívida como um terceiro em relação ao contrato de corretagem por autorização expressa do verdadeiro devedor (que é a incorporadora). Como se vê, a comissão de corretagem é apenas um entre outros vários custos que as incorporadoras possuem para a realização do empreendimento imobiliário, de maneira que o valor pago a título de corretagem não deve ser tratado de modo apartado, ao contrário do que propõe o projeto”.

Por fim, a respeito do valor a ser resarcido ao consumidor, o projeto, atualmente, determina, no art. 67, § 5º, que “o pagamento deverá ser realizado em parcela única, no prazo de cinco dias úteis”.

Como se vê, a proposta do Senado foi completamente alterada no trâmite legislativo, ficando bem mais próxima da proposta original da Câmara. Da forma como instituída, embora atenda aos reclames dos consumidores, poderá trazer grandes prejuízos ao mercado. As incorporadoras terão fôlego financeiro para dar seguimento às obras em caso de inúmeros pedidos de resilição unilateral? Atente-se que, caso aprovado, as empresas deverão devolver 90% dos valores pagos pelos consumidores (incluindo a corretagem) em uma única parcela, cinco dias após a manifestação de vontade para a extinção contratual.

CONCLUSÃO

Enquanto crescente o mercado imobiliário, a extinção dos contratos não era das questões mais conflitantes. Quisesse o consumidor o término do contrato, o incorporador não apresentava grandes óbices: a retenção dos valores pagos era pequena e a revenda da unidade era rápida. Por isso a jurisprudência que autorizava a extinção contratual a qualquer tempo pelo consumidor não era tão incômoda às empresas.

A crise econômica alterou completamente esse cenário. Com a baixa dos preços das unidades, a revenda mostrou-se muito difícil, razão pela qual as incorporadoras passaram a se indispor contra a jurisprudência que já era consolidada no Tribunal de Justiça de São Paulo e no Superior Tribunal de Justiça.

Diante disso, há necessidade de rediscutirmos a extinção unilateral pelo consumidor. A primeira discussão é justamente saber se o compromisso de venda e compra autoriza a extinção unilateral imotivada.

Como já referimos, por diversos motivos, sobretudo pela segurança na execução da obra, o compromisso de venda e compra, no regime de imóveis incorporados é irretratável, nos exatos termos do art. 32 § 2º, da Lei 4.591/64. Ao continuarmos permitindo a possibilidade de que a todo momento o consumidor possa se valer de um direito potestativo para, sem qualquer justificativa, extinguir unilateralmente o contrato, estaremos colocando em risco a atividade imobiliária.

É necessário que as razões que justifiquem ao consumidor a extinção do contrato sejam justificáveis e não mero “inconveniente” na permanência do contrato. Daí é que concordamos com as palavras do homenageado Prof. José Osório de Azevedo Jr⁵⁵. Ao afirmar que “é preciso que haja motivação ética e econômica suficiente para justificar o comportamento do compromissário, como, por exemplo, graves dificuldades financeiras, morte ou doença na família, etc, compelindo-o a dar por findo o contrato”. Ainda segundo o Autor, “o puro arrependimento choca-se com o princípio da segurança das relações jurídicas e econômicas”.

Imagine-se a circunstância onde o consumidor, ao adquirir o imóvel no valor um milhão de reais, tenha dado uma entrada de apenas dez mil reais (além de pagar a corretagem). Poucos meses depois, sem qualquer justificativa, pleiteia a extinção contratual. Nessa oportunidade, caso o PL 774/2015 (em sua atual redação) seja aprovado, a incorporadora, num negócio imobiliário de um milhão de reais, em razão de resilição unilateral e imotivada do consumidor, pode reter, como cláusula penal, a quantia de apenas mil reais. Além disso, ainda deverá reembolsar os valores que pagou a título de comissão de corretagem.

Essa situação poderá resultar num enfraquecimento do investimento imobiliário no país. Até porque, segundo reportagem jornalística, o Brasil é um dos poucos países que autoriza a resilição unilateral e imotivada do contrato de venda e compra de unidade

⁵⁵ AZEVEDO JR. José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5ª ed. São Paul: Malheiros, 2006. p. 209.

autônoma, contrariando países tais como Espanha, Estados Unidos, França, Itália, México, Portugal e Reino Unido⁵⁶.

Ressalte-se que o PL 774/2015 está sendo acompanhado, de perto, por entidades da construção civil e de proteção aos consumidores. Espera-se que as discussões legislativas, ampliadas à sociedade civil, possam resultar numa solução razoável a todo o mercado e, principalmente, aos consumidores. Todavia, da forma como atualmente disposto o PL 774/2015, enormes prejuízos poderão advir ao mercado imobiliário e, em razão disso, voltarmos aos difíceis anos em que a oferta de imóveis era pequena e o percentual de desemprego no mercado imobiliário altíssimo.

Enquanto não alterada a Lei 4.591/64, entendemos que a jurisprudência deve ter olhos mais atentos ao incorporador, para autorizar a cobrança de compensação pecuniária suficiente para recompor o prejuízo decorrente da extinção realizada unilateralmente pelo consumidor.

Por outro lado, a necessidade de releitura da jurisprudência não significa que os direitos dos consumidores devem ser esquecidos. A retenção de valores acima do razoável certamente fere o direito do consumidor, que não pode amargar grande prejuízo porque, por exemplo, perdeu o seu emprego e não tem mais condições de permanecer naquele contrato.

⁵⁶ http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039?utm_campaign=website?success=true. Acesso em 24 de fevereiro de 2017.

BIBILOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ARAUJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo: pressupostos para sua ocorrência*. Tese de Doutorado defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2011.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO JR. José Osório de. *Compromisso de compra e venda*. 5^a ed. São Paul: Malheiros, 2006. p. 209.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito dos contratos e dos atos unilaterais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

CHALHUB, Melhin. Opinião: Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão. *O direito e a incorporação imobiliária*. Livreto entregue quando do seminário “O Direito e a Incorporação”, realizado em São Paulo, no dia 17 de junho de 2016.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

GAGLIANO, Pablo Stolze e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Contratos: teoria geral. *Novo curso de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 4, t. I.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26^a ed. Atualizado por Antonio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo De Cresenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. *O direito e a incorporação imobiliária*. Livreto entregue quando do seminário “O Direito e a Incorporação”, realizado em São Paulo, no dia 17 de junho de 2016.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2^a ed. Coimbra: Almedina, 2006.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3.

PINHEIRO FRANCO, Antônio Celso; PINHEIRO FRANCO José Roberto. Cláusula resolutiva expressa: o exato sentido do art. 119 do CC/1916 e dos arts. 128 e 474 do Diploma Substantivo de 2002. *Revista do Instituto dos Advogados*, ano 13, n. 25, janeiro-junho de 2010.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. 2^a ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1962. v. 38, § 3.081.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. 11^a ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

USTARRÓZ, Daniel. A resolução do contrato no novo Código Civil. *Revista Jurídica*, n. 304, ano 51, p. 32-53, fevereiro de 2003.

ZULIANI, Ênio. Resolução do contrato por onerosidade excessiva. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coordenadores). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.