

INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: RESOLUÇÃO / REVISÃO DOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA EM TEMPOS DE PANDEMIA

José Fernando Simão¹

Alexandre Junqueira Gomide²

1. INTRODUÇÃO

A pandemia decorrente do coronavírus, causador da COVID-19, traz (e certamente continuará trazendo) efeitos nefastos para a economia mundial. O mercado imobiliário, que até pouco tempo ameaçava a sua retomada econômica, certamente não passará incólume à esperada e longa crise. Duas tradicionais incorporadoras (embora com dificuldades financeiras pré-crise) pediram recuperação judicial já no mês de abril e outras tantas passarão por enormes dificuldades nos próximos anos e meses³.

Essa mesma situação dramática se verifica com relação aos muitos brasileiros que já perderam (e outros tantos que ainda perderão⁴) os seus empregos ou têm abrupta diminuição de suas receitas porque são comerciantes ou profissionais autônomos, cujas atividades estão paralisadas.

Considerando que o cenário é desolador na economia, afinal afirma-se que 80% do PIB mundial colapsou em razão do confinamento, a economia globalizada passou por

¹ Livre docente, Doutor e Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paul. Professor Associado do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da USP. Segundo Secretário do IBDCONT. Presidente do Conselho Consultivo do IBRADIM. Advogado e Parecerista.

² Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Fundador e Diretor Regional do IBRADIM em SP. Advogado. Colaborador do Blog Civil & Imobiliário (www.civileimobiliario.com.br).

³ Nesse sentido, a tradicional incorporadora Esser e João Fortes. As informações constam, respectivamente, em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/30/em-cri-se-esser-pede-recuperacao-judicial.ghtml> e <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/04/30/em-cri-se-esser-pede-recuperacao-judicial.ghtml>. Acesso em 20.05.2.020.

⁴ Segundo dados recentes, a pandemia fecha 1,1 milhão de vagas de trabalho no Brasil, contabilizando, apenas no mês de abril, 860 mil demissões, pior resultado para o mês em 29 anos. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,pandemia-fecha-1-1-milhao-de-vagas-de-trabalho-no-brasil,70003316030>. Acesso em 29/05/2.020.

Ainda a esse respeito: <https://exame.abril.com.br/economia/taxa-de-desemprego-no-brasil-pode-dobrar-por-covid-19-diz-salim-mattar/>. Acesso em 20.05.2.020.

um abalo nunca dantes ocorrido (nem na crise da bolsa de Nova Iorque em 1929, nem na crise do petróleo nos anos 1970), muitos artigos jurídicos estão sendo produzidos para analisar os efeitos da pandemia nos contratos em geral e, sobretudo, no âmbito da locação⁵. Contudo, poucos artigos acadêmicos trataram, pelo menos como objeto principal do presente estudo, da resolução ou revisão da promessa de compra e venda na incorporação imobiliária quando o fundamento é a pandemia.

Antes, contudo, necessária uma breve análise do funcionamento e estrutura da incorporação imobiliária, bem como do regime específico da extinção dos contratos de promessa de compra e venda, nos termos da Lei 4.591/1964.

2. A estrutura da incorporação imobiliária e a extinção do vínculo contratual nos termos da Lei 4.591/1964

A incorporação imobiliária, segundo Melhim Chalhub⁶, é “a atividade de coordenação e consecução de empreendimento imobiliário, compreendendo a alienação de unidades imobiliárias em construção e sua entrega aos adquirentes, depois de concluídas, com a adequada regularização no Registro de Imóveis competente”⁷.

Tal como determina a Lei 4.591/1964 (artigo 32), o incorporador fica autorizado a alienar unidades futuras de empreendimento a ser desenvolvido, a partir do registro do memorial de incorporação na matrícula do terreno. O memorial da incorporação imobiliária requer a apresentação de uma série de documentos, dentre eles (i) título de propriedade do terreno ou de cessão de direitos ou permuta; (ii) certidões negativas do incorporador; (iii) projeto de construção aprovado pelas autoridades; (iv) cálculo das áreas das edificações; (v) memorial descritivo das especificações da obra projetada; (vi) discriminação das frações ideais de terreno; (vii) minuta da futura convenção de condomínio, dentre outros.

O objetivo da Lei, como se nota, é conferir maior segurança jurídica ao adquirente, que somente pode adquirir a futura unidade com o registro do memorial de incorporação

⁵ Nesse âmbito, verificar, por exemplo, inúmeros artigos escritos nas colunas Migalhas Edilícias (<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias>) e Migalhas Contratuais (<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais>).

⁶ CHALHUB, Melhim. *Incorporação imobiliária*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 8.

⁷ Segundo o conceito da própria Lei 4.591/1964 (artigo 28, parágrafo único) é “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”.

que comprova a viabilidade técnica do empreendimento e a saúde financeira da empresa que pretende erigir a obra. A análise dos referidos documentos compete ao Registro de Imóveis responsável pela circunscrição onde o empreendimento será construído.

Realizado o registro do memorial da incorporação imobiliária e uma vez firmado o compromisso de compra e venda da unidade autônoma, o incorporador compromete-se a construir e entregar a obra no prazo estipulado no contrato. O adquirente, por sua vez, compromete-se a realizar o pagamento do preço, seja à vista ou, tal como ocorre na grande maioria dos casos, ao longo do tempo.

Embora o incorporador tenha prazo certo para o cumprimento de suas obrigações, a Lei 4.591/64 permite-lhe fixar, no já referido memorial, um ‘prazo de denúncia’⁸, no prazo decadencial de 180 dias a contar do registro da incorporação (artigo 33), dentro do qual é lícito exercer direito potestativo para se arrepender da incorporação (artigo 34, da Lei 4.591/64), mesmo após a venda das unidades. Como direito potestativo que o é, o empreendedor o exerce sem pagamento de qualquer tipo de indenização ao adquirente. É uma clara exceção ao princípio da obrigatoriedade do contrato (*pacta sunt servanda*).

Assim, enquanto não transcorrido o prazo de arrependimento, o incorporador possui a seu favor verdadeiro termômetro para verificar o sucesso (ou não) do empreendimento, bem como refletir a respeito da viabilidade econômica das obrigações a que se incumbiu perante uma coletividade⁹.

⁸ Segundo Pontes de Miranda “a denúncia extingue a relação jurídica duradoura. [...] Quem denuncia extingue relação jurídica negocial *desde aquele momento*, ou no futuro. [...] A denúncia diz ‘aqui acaba a relação jurídica’” [...] In: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Tomo XXV. 2ª ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1.959, p. 294 e seguintes. Nos termos do Código Civil, a rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte (artigo 473). É exatamente o presente caso. Havendo previsão na Lei 4.591/64, o artigo 34 permite a rescisão unilateral (mediante denúncia) para declarar que, a partir daquele momento, os efeitos do contrato foram cessados. Mas a rescisão, novamente citando Pontes de Miranda, “só tem eficácia *ex nunc*: só resolve desde agora”. Assim o é, por exemplo, com relação ao contrato de locação, fornecimento de energia elétrica, água, gás, etc. Parece-nos mais apropriado dizer que a denúncia referida no artigo 34 da Lei 4.591/64, embora seja hipótese de rescisão unilateral, representa verdadeiramente um direito de arrependimento que, conforme já exposto em outra oportunidade, extingue o contrato com efeitos retroativos. O exercício do direito conferido no artigo 34 retorna as partes ao *statu quo ante*, de modo que a extinção contratual opera como se o contrato nunca houvesse sido firmado e os valores recebidos pelo incorporador são devolvidos ao adquirente. A respeito do direito de arrependimento, verificar mais em: GOMIDE, Alexandre Junqueira. *Direito de arrependimento nos contratos de consumo*. São Paulo: Almedina, 2014. p. 95 e seguintes.

⁹ Quanto à justificativa do prazo de denúncia, Melhim Chalhub assevera “esses pressupostos de formação, execução e extinção do contrato de incorporação, que identificam como fonte de alimentação financeira o produto da alienação do seu próprio ativo, explicam e justificam a faculdade legalmente atribuída ao incorporador de valer-se de um prazo de carência, no qual poderá aquilatar, com razoável grau de precisão, a receptividade do produto ofertado, podendo, então, confirmar ou desistir da realização do empreendimento”. (CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. In: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, vol. 7, abr-jun/2016).

Após dar início às vendas, percebendo que todas as unidades foram praticamente vendidas nos primeiros dias, o empreendedor deixa transcorrer o prazo de carência, porque há relativa segurança que haverá recursos para a construção da obra. Caso contrário, percebendo o insucesso das vendas e a incerteza quanto à viabilidade financeira da obra, pode manifestar expressamente o exercício do arrependimento e, ato contínuo, extinto o vínculo de forma *ex tunc*, devolve os valores recebidos aos adquirentes.

Como se nota, a Lei 4.591/64, desde a sua concepção, sempre conferiu a possibilidade de o incorporador, em prazo determinado, mesmo após a celebração do contrato, desistir do contrato firmado com o adquirente, quando previsto no memorial de incorporação o prazo de denúncia. Por óbvio, como se trata de direito potestativo unilateral, o empreendedor não precisa justificar a razão para “denunciar” o contrato, exercendo seu direito de arrependimento. Isso significa que mesmo sendo economicamente viável poderá haver a denúncia, assim como mesmo sendo inviável, pode o empreendedor assumir o risco e prosseguir com o negócio.

Em sentido contrário, até a edição da Lei 13.786/2018, não havia nenhuma disposição na Lei de Incorporação Imobiliária que *expressamente* permitisse ao adquirente exercer o direito de arrependimento.

Na realidade, sendo uma relação de consumo, até poder-se-ia dizer que, com a edição do Código de Defesa do Consumidor (artigo 49), facultou-se ao adquirente, no prazo de sete dias a contar da assinatura do contrato, exercer o direito de arrependimento nas vendas celebradas fora do estabelecimento comercial do fornecedor¹⁰. Contudo, em razão de ausência de regra específica prevista na Lei 4.591/1964, a jurisprudência não era unânime a esse respeito, muitas vezes declarando, corretamente, a impossibilidade de resilição do contrato de compra e venda com fundamento naquele dispositivo legal¹¹.

¹⁰ Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

¹¹ A esse exemplo, vide “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Desistência do negócio – Rescisão por iniciativa do promissário comprador - Arrependimento dentro de sete dias – Artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor – Inaplicabilidade – Contrato firmado em estande de vendas - Possibilidade de o consumidor verificar e analisar, pessoalmente, o que está adquirindo – Ausência de provas de compra por impulso e do uso de técnicas contratuais abusivas - Ação de procedimento ordinário – Impossibilidade de formulação de pedido contraposto, previsto no CPC/1973, apenas para ações de procedimento sumário – Cobrança da multa que dependia de reconvenção não apresentada – Recurso provido em parte. (TJSP; Apelação Cível 1025804-25.2015.8.26.0196; Relator (a): Marcus Vinicius Rios Gonçalves; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Franca - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017).

Ademais, segundo Francisco Loureiro, antes da edição da Lei 13.786/2018¹²

O contrato (compromisso de compra e venda) 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 e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

Contudo, embora inadmitido o exercício de rescisão unilateral pelo exercício do direito de arrependimento, a jurisprudência, ao longo dos anos passou a permitir (e facilitar) a extinção do vínculo contratual por pleito firmado pelo adquirente, ainda que não fosse comprovado qualquer fundamento para tanto e mesmo após longo período da vigência do contrato. Nesses termos, fácil identificar julgados - de cunho técnico no mínimo controverso - que, a exemplo disso, permitiram, a ‘rescisão unilateral’ do compromisso de compra e venda por ‘conveniência do comprador’¹³. Há aqui decisões atécnicas, que fazem do direito privado uma forma de distribuição de renda, garantindo direitos a quem não têm, apenas por se tratar de parte vulnerável. É a velha “justiça” *contra legem* de Robin Hood, que deixa a floresta de Nottingham e se instala em terras *brasilis*.

Assim, a jurisprudência, sobretudo a partir de 2009, passou a acolher o pedido do adquirente para a extinção do vínculo contratual, sem a necessidade de serem comprovados maiores fundamentos. Em determinada decisão judicial, chegou-se a dizer que “quanto ao desejo de rescindir o contrato, temos que este é garantido a qualquer parte integrante de um acordo, já que *ninguém é obrigado a manter-se no cumprimento de um negócio ao qual não mais lhe interessa*”¹⁴. A decisão ignora categorias jurídicas básicas e sequer compreende o fenômeno contratual e sua importância.

¹² LOUREIRO, Francisco. *Opinião jurídica 4: direito imobiliário*. Paulo Dimas de Bellis Mascaretti [et al.]; Secovi-SP (Ed.); Jaques Bushatsky, José Horácio Cintra Gonçalves Pereira (coord.). São Paulo: Secovi-SP, 2016. p. 39.

¹³ “[...] a lei consumerista autoriza a rescisão do compromisso de compra e venda por **conveniência do comprador** (artigos 6º, V, 51, II, 53 e 54). No mesmo sentido vem a Súmula 1 desta corte” (TJSP; Apelação 1037516-86.2014.8.26.0506; Relator (a): Galdino Toledo Júnior; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ribeirão Preto - 10ª Vara Cível; Data do Julgamento: 27/11/2018; Data de Registro: 14/12/2018).

¹⁴ Processo nº 1075104-84.2014.8.26.0100. 23ª Vara Cível do Foro Central. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Referida decisão foi analisada em artigo elaborado por Alexandre Junqueira Gomide disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/231277/tempos-de-incertezas-fim-da-vinculacao-das-partes-aos-contratos>.

A respeito da matéria e em razão dos casos que se avolumavam, algumas súmulas foram editadas. Nesse sentido, cite-se a Súmula nº 1 do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁵, editada em 2009 e a súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça¹⁶, editada no ano de 2015.

A partir da edição das referidas súmulas, cresceram vertiginosamente os julgados que, inobstante prova ou fundamento que permitissem a cessação do vínculo, declaravam-no extinto, com fundamento naquelas súmulas, determinando que o incorporador devolvesse os valores pagos pelo adquirente, com retenção de percentual entre 10% a 20%. Grande parte dos julgados, com pouca técnica, *rescindiam* os contratos, sem maiores justificativas, esquecendo a bilateralidade da avença e a força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*).

A bem da verdade é que as referidas súmulas, contudo, não poderiam ser interpretadas como permissão para a extinção unilateral do vínculo contratual, como se todo contrato contivesse um direito potestativo de arrependimento sem prazo. Novamente citando o desembargador Francisco Loureiro:

Com respaldo em entendimento pretoriano consolidado em duas súmulas de jurisprudência (543 do STJ e 1 do TJSP), **passou a se entender, de modo equivocado, que o promitente comprador, ao seu único e exclusivo critério, tem a opção entre executar ou denunciar (desistir) do contrato [...]**¹⁷.

[...] não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de

¹⁵ “Súmula 1. 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”.

¹⁶ “Súmula 543: 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 promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

¹⁷ 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. Junho de 2016, p. 15.

mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado¹⁸.

Mas enquanto o mercado imobiliário atravessava o ‘boom imobiliário’ (2008 a 2013, principalmente), os julgados que determinavam a extinção do vínculo contratual não incomodavam sobremaneira os incorporadores: uma vez realizada a extinção do vínculo, havia enorme mercado de novos adquirentes buscando recomprar a coisa. Contudo, a partir de 2015, com o agravamento da crise no setor¹⁹, os pedidos de extinção contratual dispararam, sem que os incorporadores encontrassem novos interessados em readquirir o bem. A jurisprudência permissiva para a extinção do vínculo contratual passou a trazer prejuízos financeiros às empresas.

Foi nesse sentido que a Lei 13.786/2018, intitulada como Lei dos ‘Distratos’, foi editada, com o objetivo de limitar os inúmeros pedidos de extinção dos contratos ausentes de fundamento, bem como ressaltar a irretratabilidade do contrato. Muitas inovações foram conferidas nessa lei a respeito da extinção do vínculo contratual da compra e venda na incorporação imobiliária.

Em medida salutar, finalmente a Lei 13.786/2018 conferiu expressamente²⁰ a possibilidade de o adquirente exercer o direito potestativo de arrependimento da compra no prazo de até sete dias da assinatura do contrato (artigo 67-A, § 10º e 11º). Como se nota, portanto, ainda que o contrato seja firmado no estande de venda, a Lei 4.591/1964 admite a rescisão unilateral e gratuita ao adquirente. Contudo, ressalta que uma vez transcorrido o referido prazo, “será observada a irretratabilidade do contrato” (artigo 67-A § 12º), tal como determina o artigo 32, § 2º²¹.

¹⁸ LOUREIRO, Francisco. *Opinião jurídica 4: direito imobiliário*. São Paulo: Secovi-SP, 2016. p. 39.

¹⁹ No ano de 2015, o volume de empréstimos para aquisição e construção de imóveis caiu 33%, em comparação a 2014 e queda de 36% nas unidades contratadas.

Ver mais em: <https://www.abecip.org.br/imprensa/abecip-na-midia/credito-para-casa-propria-tem-queda-de-33-em-2015-mostra-abecip>

²⁰ Artigo 67-A [...]

§ 10. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem. (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018)

§ 11. Caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo a que se refere o § 10 deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018).

²¹ 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)

Ainda que o contrato seja irretratável, a Lei 13.786/2018 passou a prever as consequências jurídicas para a hipótese de *resolução* contratual quando verificado inadimplemento do construtor (artigo 43-A, § 1º) ou do adquirente (artigo 67-A).

O inadimplemento do construtor, referido no artigo 43-A, § 1º, é o atraso da obra superior a 180 dias corridos da data estipulada contratualmente para conclusão do empreendimento, fato que, a critério do adquirente, permite a resolução do contrato, determinando-se, nesse caso, a devolução da integralidade de todos os valores pagos e pagamento de multa (art. 43-A, § 2º).

O inadimplemento absoluto do adquirente, referido no artigo 67-A, deve ser caracterizado quando transcorrido o prazo de 15 dias sem a purgação da mora, nos termos do artigo 1º, do Decreto 745/69²².

Como se nota, portanto, a resolução contratual fundamentada na Lei de Incorporação Imobiliária, autoriza (i) o adquirente a pleitear a extinção do vínculo do contrato em razão do atraso de obra; (ii) o incorporador a pleitear a extinção do vínculo do contrato em razão de inadimplemento absoluto do adquirente. Caso as partes pretendam a resolução do contrato em razão de outros fatos considerados descumprimento contratual, devem buscar o regime geral do Código Civil (artigo 475).

Contudo, inexistindo descumprimento das partes e uma vez ultrapassados os prazos conferidos na lei para o exercício do arrependimento, o contrato deve ser cumprido. Ora, se a Lei permitisse ao adquirente resilir o contrato quando bem entendesse, a atividade da incorporação estaria ameaçada, sobretudo porque os valores pagos pelos compradores são utilizados, justamente, na execução da obra. Mas não é só. Haveria um contrato curioso, pois não teria força obrigatória para uma das partes. Seria um contrato que só obriga o empreendedor. Da mesma forma, se fosse permitido ao incorporador desistir do empreendimento quando bem entendesse, famílias que, v.g. se planejaram para um dia residir no edifício prometido pelo incorporador, ficariam sujeitas ao interesse da empresa em seguir com o empreendimento. Seria, então, um contrato que só obriga o adquirente. É necessário, portanto, segurança jurídica dos pactos.

Reforçando a irretratabilidade do presente instrumento, o Código Civil, dispõe: “Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”.

²² Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei no 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015).

Como bem referiu Menezes Cordeiro²³ “uma vez celebrado, o contrato deve ser cumprido. Trata-se dum dado existencialmente irresistível, sob pena de pôr em causa a própria contratação e, mais latentemente, qualquer sociedade organizada”.

Pois bem. Em razão da pandemia por COVID19, as regras e os efeitos da extinção do contrato na incorporação imobiliária sofrem alterações? A força obrigatória dos pactos deixa de incidir nos contratos imobiliários?

3. A resolução do vínculo contratual após a pandemia

3.1 A resolução por descumprimento das obrigações do incorporador

Não se tenha em dúvida que o principal objetivo do contrato é o adimplemento contratual. O curso natural dos contratos deve ser a sua extinção mediante o cumprimento das obrigações a que as partes se vincularam. Afinal, nas célebres palavras de Clóvis do Couto e Silva²⁴, o adimplemento atrai, polariza. A resolução por culpa dos contratantes é a medida drástica ao contrato, é sua patologia – não é desejada pelas partes quando da sua celebração nem almejada pelo sistema jurídico que preza pela conservação do contrato. A resolução extingue o vínculo do contrato de forma retroativa e como bem referido por Pontes de Miranda “resolver é solver; como dissolver²⁵” “é *como se* extinguisse o contrato, e não só os seus efeitos: o contrato fica *como se* não houvesse sido concluído²⁶”.

A resolução, portanto, deve ser medida excepcional. Em busca do cumprimento contratual, a principal obrigação do incorporador perante o adquirente é uma prestação de *fazer*, ou seja, realizar a obra de engenharia e entregar o empreendimento e a unidade autônoma nos exatos termos e prazos definidos no contrato.

As medidas de restrições determinadas pelas autoridades governamentais podem, eventualmente, proibir a continuidade (ou o início) das obras, impedindo que a incorporadora, temporariamente, possa cumprir a sua principal prestação: construir a

²³ CORDEIRO, António Menezes de. *Tratado de direito civil português*, v. I, tomo I, 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 619.

²⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Reimpressão. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 17.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Tomo XXV. 2ª ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1.959, p. 305..

²⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado: Parte Especial*. Tomo XXV. 2ª ed. Borsoi: Rio de Janeiro, 1.959, p. 386.

obra. Nessa hipótese, como se nota, não se trata de culpa a ser imputada ao incorporador. Assim, ainda que a obra seja entregue para além do prazo estipulado no contrato, contrariando o artigo 43-A, § 1º, os efeitos da mora ficam obstados, nos termos dos artigos 396 e 625, inciso I, ambos do Código Civil²⁷. Se não há culpa, não há mora.

Na hipótese de impossibilidade temporária no cumprimento da obrigação, também não há de se falar na frustração do fim do contrato que, segundo Rodrigo da Guia Silva e Eduardo Nunes de Souza²⁸, alude à impossibilidade de concretização do programa contratual originário, isto é, da síntese de interesses que as partes objetivamente inseriram na avença (informada pela noção de causa contratual em concreto). É difícil imaginar que o atraso de alguns dias ou até alguns poucos meses frustra completamente o interesse do adquirente na aquisição do imóvel (o que é diferente, por exemplo, no atraso de alguns dias em contrato de locação por temporada). Se a coisa foi comprada para a residência ou atividade comercial própria, imagina-se que o adquirente, finda pandemia, continue tendo o mesmo interesse. Contrariamente de outros modelos contratuais (hospedagem, transporte, dentre outros), em que a pandemia poderia frustrar, de forma idônea, o interesse inicialmente insculpido pelo contratante, não há que se falar em perda do interesse no adquirente se a obra atrasar por mais alguns dias ou poucos meses²⁹.

Como se nota, se a pandemia impossibilita, momentaneamente, ao incorporador cumprir a sua obrigação de fazer, os efeitos da mora não devem incorrer, autorizando-o a entregar a obra para além do prazo previsto no contrato, claro, desde que comprovado que o atraso decorreu *exclusivamente* da impossibilidade temporária para o cumprimento de sua obrigação. Pelas experiências europeias, a quarentena ou confinamento tem durado entre 60 e 90 dias. Nesse período, efetivamente por questões sanitárias e de risco à contaminação dos operários, a obra pode ser suspensa.

Em alguns estados da federação (a exemplo de São Paulo³⁰), entendeu-se que a construção civil não sofre qualquer restrição, mesmo em razão da quarentena imposta, de

²⁷ Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.

Art. 625. Poderá o empreiteiro suspender a obra: I – por culpa do dono ou por motivo de força maior.

²⁸ SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. *Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 19.05.2.020.

²⁹ No mesmo sentido é o posicionamento de André Abelha em:

ABELHA, André. *Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta*.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/5E16412D516314_Covidecontratos.pdf. Acesso em 20.05.2.020.

³⁰ Nesse sentido: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/noticias-coronavirus/governo-de-sao-paulo-reforca-setores-essenciais-permitidos-a-funcionar/>. Acesso em 20.05.2.020.

modo que ainda não houve qualquer interrupção das obras, mesmo em meio à pandemia. Não há justificativas, portanto, para o atraso das obras. Já em outros estados (a exemplo de Goiás³¹), embora tenha havido paralisação momentânea das obras, entendeu-se que a construção civil é serviço essencial e, portanto, as obras prosseguem.

Deve-se frisar que, se as obras foram paralisadas, mesmo sendo possível sua realização, por uma consciência do empreendedor quanto aos riscos à saúde pública, o período de suspensão será acrescido ao prazo de 180 dias, sem nenhuma penalidade a ele. A decisão de paralisação, mesmo sem ordem estatal, era necessária para se evitar o alastramento vertiginoso da pandemia. É por isso que o Direito deve reconhecer como força maior a suspensão da obra o que não gera pagamento de perdas e danos, juros, correção monetária, etc; ao empreendedor.

Atente-se que em todos os casos em que a obra atrasará para além do prazo estipulado no contrato (esteja ou não dentro do prazo de tolerância) compete ao incorporador levar essa informação ao adquirente, com razoável antecedência, cumprindo o dever de informação, decorrente da boa-fé objetiva.

Mas se a pandemia *não* for o fundamento para o atraso da obra e caso o empreendimento seja entregue para além do prazo estabelecido contratualmente, aplica-se o artigo 43-A, da Lei 4.591/64 e suas consequências jurídicas, entre elas, a possibilidade de o adquirente resolver o contrato por culpa do incorporador, com a devolução integral dos valores pagos.

No mesmo sentido, alegada dificuldade *financeira* para o prosseguimento da obra não pode ser fundamento para que o incorporador possa se eximir de suas responsabilidades. Embora a COVID-19 possa trazer drásticas consequências econômicas às empresas (hipótese bastante provável, diga-se), esse fato não pode ser admitido como justificativa para o descumprimento contratual.

Eventuais dificuldades financeiras da incorporadora não impedem, no plano físico, a execução da obra. Se a obra atrasar por falta de capacidade da empresa em cumprir as suas obrigações, o adquirente tem a seu favor a opção de resolver o contrato, sem prejuízo de obter o ressarcimento dos valores pagos e a multa estabelecida no contrato (art. 43-A, § 1º) ou preferindo a manutenção do contrato, obter indenização de 1% do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso (art. 43-A, §

³¹ Decreto Estadual nº 9.653 de 19 de abril de 2020. Disponível em: https://legisla.casacivil.go.gov.br/pesquisa_legislacao/103128.

2º)³². Como se nota, a *culpa* é o fundamento para que o adquirente, à sua escolha, opte pela manutenção ou resolução do contrato.

Mas ainda resta uma questão complexa a ser enfrentada. Tal como defendemos anteriormente, não se pode atribuir culpa ao incorporador que deixa temporariamente de cumprir a sua obrigação, por impedimento legal. É clara hipótese de força maior, que permite a suspensão da obra, nos termos do artigo 625, inciso I, do Código Civil. Esse período de pode ser acrescido aos 180 dias já garantidos por lei, para a entrega da obra, provando o incorporador que efetivamente paralisou a prestação de fazer por conta da pandemia. Cabe a ele demonstrar o efetivo período de paralisação, por meio do diário de obra, por exemplo, para afastar a mora *ex re* que sugiria ao fim dos 180 dias (prazo de tolerância concedido pela lei 13.786/2018 - art. 43-A, §1º).

Na hipótese de atraso para além do prazo de tolerância, mesmo inexistindo culpa do incorporador, a princípio, o adquirente poderia resolver o contrato, ainda que na modalidade *não culposa*. Se a prestação do devedor não foi executada no prazo estipulado no contrato, mesmo em razão de circunstâncias a ele não atribuíveis, caberia a resolução do contrato. Como bem referido por Ruy Rosado Aguiar Júnior³³

Outra espécie de incumprimento definitivo é a que provém da ‘perda do interesse do credor pela prestação ainda possível’ em razão da impossibilidade superveniente parcial, da impossibilidade temporária, da mora ou do cumprimento imperfeito (incompleto ou defeituoso), com ou sem culpa do devedor. Esses fatos originam incumprimento definitivo e servem de fundamento à resolução, quando deles decorre a perda do interesse do credor em receber a prestação.

Mas é necessário refletirmos a respeito da possibilidade de o adquirente resolver o contrato na modalidade não culposa, quando o atraso não é imputável ao incorporador e quando a entrega do bem ultrapassar dias ou alguns meses da data estipulada no contrato. Há completa perda do interesse do adquirente?

³² Sendo decretada a falência ou insolvência do incorporador e havendo patrimônio de afetação, a comissão de representantes, nos termos do artigo 31-F, § 1º, da Lei 4.591/64, fica autorizada a realizar assembleia geral para deliberar sobre os termos de continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (artigo 43, inciso III). Não havendo o patrimônio de afetação na incorporação imobiliária, os adquirentes podem adotar outras medidas para resolver os contratos por culpa do incorporador, bem como obter o ressarcimento dos valores pagos, sem prejuízo da cobrança das multas prevista no contrato.

³³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Aide: Rio de Janeiro, 2004. p. 114.

Contrariamente aos contratos de execução instantânea, em que o cumprimento da obrigação fora do prazo frustra completamente o interesse do credor, autorizando a resolução, na incorporação imobiliária, quem adquire um bem imóvel o faz com interesse de perpetuidade. Se, em razão da pandemia, eu resolvo adquirir um *notebook* para poder trabalhar remotamente ao longo do isolamento social, o atraso de 90 dias na entrega da coisa pode frustrar completamente o meu interesse (findo o isolamento, o *notebook* já não terá grande utilidade para mim). Essa mesma ideia é estranha à incorporação imobiliária. Se, em razão da pandemia, a obra ficou paralisada por noventa dias (ou um pouco mais, ou um pouco menos), não nos parece que esse atraso frustra completamente o interesse do adquirente pela coisa.

É exatamente o que diz o enunciado 162 do CJF: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

Sendo comprovado atraso de apenas alguns dias ou meses para além do prazo de tolerância, por fatos diretamente ligados à impossibilidade de execução da obra, o pedido do adquirente para resolver o contrato (ainda que na modalidade não culposa), parece atentar contra o princípio da conservação do negócio jurídico e configurar abuso do direito³⁴. Em razão do substancial adimplemento da obrigação do incorporador, a drástica medida da resolução do contrato, com devolução dos valores pagos, além de causar enorme prejuízo à incorporadora, contraria a ideia do sistema jurídico que prefere o adimplemento à extinção. Novamente citamos Ruy Rosado Aguiar³⁵

A resolução exige o pressuposto do incumprimento definitivo, que resultaria da demora ou do cumprimento imperfeito, com a destruição do interesse do credor. Proposta, com base nisso, a ação de resolução, ela será procedente se ficar caracterizada a hipótese de perda do interesse. Ao revés, se o interesse persistir, segundo a avaliação judicial, a ação improcede, pelo que o contrato é mantido e deve ser cumprido na melhor forma, isto é, pela prestação contratualmente prevista.

³⁴ Segundo Francisco Loureiro “o exercício do direito potestativo de resolução do contrato deve guardar correlação com a relevância do inadimplemento, sob pena de se converter em abuso de direito. LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Extinção dos contratos*. In: Teoria Geral dos Contratos. Coord. Renan Lotufo e Giovanni Ettore Nanni. São Paulo: Atlas, 2011. p. 633.

³⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Aide: Rio de Janeiro, 2004. p. 121.

Embora o Código Civil brasileiro, contrariamente do italiano³⁶ e do português³⁷, não possua regra específica que inadmita a resolução quando o inadimplemento contratual tiver escassa importância, o artigo 395, parágrafo único, cuida da inutilidade da prestação ao credor: “Se a prestação, devido à mora, *se tornar inútil ao credor*, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”. Mais uma vez nos valem as lições de Ruy Rosado de Aguiar Júnior³⁸:

Todavia, para a dissolução do vínculo e quebra do contrato, certamente há de se exigir um incumprimento mais forte e qualificado, que esteja, assim, a atingir o contrato na sua substância, e não em simples acidente ou qualidade. [...] **Ao reverso, quando, não obstante a mora, o cumprimento ainda é possível e capaz de satisfazer basicamente o interesse do credor ou quando, apesar da imperfeição do cumprimento, parcial ou com defeito, foram atendidos os elementos objetivos e subjetivos a serem atingidos pelo cumprimento, diz-se que o adimplemento foi substancial e atendeu às regras dos artigos 394, 395 e 389 do Código Civil, afastando-se a resolução.**

Assim, se a obra atrasar 30, 60 ou 90 dias para além do prazo de tolerância por fato inimputável ao incorporador, o pleito resolutivo (ainda que na modalidade não culposa) não será possível. Tal como bem referido por Pedro Romano Martinez³⁹

³⁶ Art. 1.455. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522 e seguenti, 1564 e seguente, 1668, 1901).

³⁷ Art. 793º 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada.

2. Porém, o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio.

Artigo 802.º (Impossibilidade parcial) 1. Se a prestação se tornar parcialmente impossível, o credor tem a faculdade de resolver o negócio ou de exigir o cumprimento do que for possível, reduzindo neste caso a sua contraprestação, se for devida; em qualquer dos casos o credor mantém o direito à indemnização. 2. O credor não pode, todavia, resolver o negócio, se o não cumprimento parcial, atendendo ao seu interesse, tiver escassa importância.

Artigo 808.º (Perda do interesse do credor ou recusa do cumprimento) 1. Se o credor, em consequência da mora, perder o interesse que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente.

³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Aide: Rio de Janeiro, 2004. p. 121.

³⁹ MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2015. p. 141.

A resolução, além de pressupor o incumprimento definitivo de uma prestação contratual, exige a gravidade da violação; no fundo a resolução justifica-se porque, atendendo à relevância do incumprimento, não se permite a subsistência do vínculo. Não é, portanto, qualquer incumprimento, ainda que definitivo, que viabiliza a resolução; por isso, no artigo 802º, nº 2, do CC, se dispõe que o não cumprimento parcial de escassa importância não faculta ao lesado o direito de resolver o contrato.

Em resumo. Se a pandemia impedir temporariamente o incorporador de cumprir a sua obrigação de fazer, não há fundamento para que o adquirente possa pleitear a resolução do contrato por atraso de obra quando o cumprimento da obrigação, embora posterior, não frustra o seu interesse (questão de utilidade da prestação de acordo com artigo 396 do CC). Assim, a obra poderá ser entregue para além do prazo previsto no contrato, superando, inclusive, o prazo da cláusula de tolerância, estabelecido no artigo 43-A, da Lei 4.591/1964.

Por outro lado, a pandemia também não pode ser justificativa para que o incorporador deixe de cumprir suas obrigações em razão de eventual dificuldade financeira. Ainda que o incorporador imobiliário sofra abrupta queda de receitas, não pode se afastar de tal risco contratual como forma a justificar o descumprimento de suas obrigações.

3.2 A resolução por descumprimento das obrigações do adquirente

Enquanto a obrigação do incorporador é de *fazer*, o adquirente obriga-se a pagar (obrigação de *dar*). Elimina-se, desde logo a hipótese de *impossibilidade* no cumprimento da obrigação do adquirente por caso fortuito ou força maior (artigo 393, do Código Civil), o que autorizaria a resolução sem culpa. Como bem referiram Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva e Antônio Pedro Dias⁴⁰, o caso fortuito ou a força maior se relaciona à inexecução involuntária da prestação, extinguindo-se a obrigação pela absoluta impossibilidade de seu cumprimento, em vista de fato superveniente. Contrariamente da prestação de fazer do incorporador, a pandemia não impossibilita cumprir a prestação

⁴⁰ TEPEDINO, Gustavo; OLIVA, Milena Donato e DIAS, Antônio Pedro. *Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opinio-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em 20.05.2.020.

pecuniária do adquirente dar dinheiro. Segundo José Fernando Simão⁴¹, se a prestação é exequível, porém de maneira mais custosa ao devedor, não estamos diante da força maior em seu sentido clássico⁴².

Embora possível o cumprimento da obrigação, pode-se, efetivamente, imaginar eventual dificuldade no cumprimento de suas obrigações em razão de ruína financeira (perda do emprego, fechamento de seu comércio, dentre outras situações).

Ademais, o adquirente que, no final do ano passado ou no início do presente ano, firmou contrato de compra e venda, obrigando-se a pagar elevada quantia em dinheiro nos próximos meses (ou anos) e, ainda, se obriga a obter financiamento imobiliário no futuro, tem justificativa suficiente (e não fundamento jurídico, como se verá à frente) para desejar a extinção do vínculo contratual quando perde o emprego e nota que não o recuperará em breve.

A situação dramática vivenciada por muitos brasileiros que em tempos de pandemia perdem os seus empregos em razão (ou não) da pandemia não é considerado fato imputável, que autorizaria a resolução do vínculo, *sem culpa* das partes. A bem da verdade, a dificuldade no cumprimento da prestação não admite a extinção do vínculo.

Não se nega, contudo, que os tribunais brasileiros, ao longo dos anos, flexibilizaram a possibilidade de extinção do vínculo em razão de alegada “insuportabilidade no cumprimento da obrigação”. Ruy Rosado de Aguiar Júnior⁴³, por exemplo, defendia essa hipótese, como ‘caso especial de resolução pelo devedor’. Ao longo dos anos, essa hipótese de extinção do vínculo passou a ser admitida também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁴.

⁴¹ SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. In: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19-esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 19.05.2.020

⁴² No mesmo sentido, segundo André Abelha “a Covid-19 não é, *a priori*, genericamente, um caso fortuito ou de força maior; a parte tem o ônus de comprovar, na sua realidade contratual, que a pandemia desencadeou um fato necessário, irresistível, cujos efeitos não eram possível evitar ou impedir (art. 393, p. único, do CC), e que esse fato gerou a impossibilidade de cumprimento da prestação (arts. 234, 248, 250 ou 607 do CC), ou a frustração do objetivo do contrato (CC, art. 421). ABELHA, André. *Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta*.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/5E16412D516314_Covidecontratos.pdf. Acesso em 20.05.2.020.

⁴³ “[...] o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente a contratos de longa duração para aquisição de unidades habitacionais, em que os compradores alegam **insuportabilidade das prestações** [...]”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2ª ed. Aide: Rio de Janeiro, 2004. p. 165.

⁴⁴ “O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da **insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias**

O Código Civil, contudo, não prevê dispositivo que permita a resolução com tal fundamento. Embora inadmitido pela Lei, se a jurisprudência assim o permitia, imaginasse que os pleitos resolutivos dos adquirentes, estando agora desempregados, poderão aumentar. Eventualmente, cogita-se que alguns adquirentes procurarão fundamentar a petição inicial no artigo 478, do Código Civil.

Segundo o dispositivo, a resolução por alteração superveniente das circunstâncias tem lugar quando, em contratos de execução continuada ou diferida no tempo, forem observados, de forma concomitante, os seguintes requisitos: (i) a onerosidade excessiva a uma das partes, com (ii) extrema vantagem para a outra⁴⁵ e em razão de (iii) acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Como se sabe, a doutrina acabou por abrandar alguns desses requisitos, tais como a imprevisibilidade e extraordinariedade⁴⁶ e a extrema vantagem⁴⁷.

Reiteramos nossa opinião que a resolução do contrato não cabe quando há dificuldade no cumprimento da obrigação pelo adquirente, embora, tal como visto acima, respeitável doutrina e jurisprudência assim o admitam. Também não há que se falar que a perda do emprego em razão da pandemia tornaria a obrigação excessivamente onerosa ao devedor, o que justificaria a aplicação do artigo 478⁴⁸, do Código Civil. O contrato, mesmo na circunstância dramática da perda do emprego deveria continuar hígido.

Mas nessa hipótese, há um alerta a ser realizado. Ainda que a resolução seja aceita pelos tribunais, não se pode dizer que ocorre *sem culpa das partes*.

Nessa circunstância, contrariamente do incorporador que não pode, temporariamente, executar a obra por razões alheias à sua vontade, ou seja,

pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte”. (EResp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281)

⁴⁵ Em tempos de forte crise econômica e empobrecimento global, o jogo será o de perde-perde e, portanto, nenhuma das partes terá extrema vantagem.

⁴⁶ A imprevisibilidade e extraordinariedade foram objeto de interpretações por distintas Jornadas de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal. Segundo se verifica de enunciados, a interpretação dos adjetivos ‘imprevisibilidade’ e ‘extraordinariedade’ foi abrandada: Enunciado 175 - A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz. Enunciado 366 – O fato extraordinário e imprevisível causador de onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação.

⁴⁷ Ruy Rosado Aguiar afirma que a extrema vantagem é requisito inadequado, porque a onerosidade existe sempre que o efeito ou fato novo pesar demais sobre um dos contratantes, pouco importando que disso decorra ou não vantagem ao outro (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor (resolução)*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2004. p. 152).

⁴⁸ Art. 478. 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. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

impossibilitando-o fisicamente o cumprimento da obrigação por determinado período, o pagamento da prestação continua possível no plano físico, mas talvez onerado por fato atribuível ao adquirente (perda do emprego). Nessa hipótese, há fato imputável ao devedor, devendo o adquirente responder pelos efeitos da mora (artigo 395, do Código Civil).

As questões pessoais do devedor, seu empobrecimento, sua doença, sua perda de capacidade física ou psíquica, não são admitidas como força maior para fins de exoneração de responsabilidade. Se assim o fosse, cada devedor que fica desempregado, seja por conta da pandemia, ou outra razão qualquer, poderia simplesmente deixar de pagar todas suas dívidas em razão do empobrecimento. A crise econômica não é motivo de força de maior para exonerar o devedor da obrigação de dar (pagar o que deve).

Assim, se a ruína financeira do adquirente encontra fundamento na jurisprudência para que se resolva o contrato, tal fato não significa que a resolução deva ser realizada sem culpa das partes, porque o cumprimento da obrigação de pagar *não* se tornou fisicamente impossível, mas por fato atribuível ao adquirente (ainda que, lamentavelmente, não tenha dado ensejo à perda do emprego, porque, por exemplo, funcionário exemplar). Nesse caso, portanto, estamos diante da resolução culposa.

Como bem referido por André Abelha⁴⁹, o consumidor, comprovando que não pode mais cumprir o contrato, tem direito a se livrar do ajuste, com base no seu próprio inadimplemento, arcando com as consequências do seu descumprimento, e recebendo de volta só uma parte do que pagou.

Havendo culpa atribuível ao adquirente, o regime a ser aplicado é do artigo 67-A, da Lei 4.591/64, que estabelece os percentuais de pena convencional entre 25% (artigo 67-A, inciso II) a 50% (artigo 67-A, § 5º) do valor pago pelo adquirente. A multa, a depender da circunstância a ser provada no caso concreto, pode ser reduzida, com fundamento no artigo 413, do Código Civil. A possibilidade de aplicação do artigo 413 à Lei 13.786/2018, inclusive, já foi defendida por alguns autores⁵⁰ antes mesmo da

⁴⁹ ABELHA, André. *Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta*.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/5E16412D516314_Covidecontratos.pdf. Acesso em 20.05.2020.

⁵⁰ Segundo André Abelha não se pode afastar a possibilidade de redução, pelo Judiciário, da penalidade contratual pactuada nos contratos imobiliários, mesmo que ajustada pelas partes dentro dos limites previstos na lei 13.786/18. (In: ABELHA, André. *Lei 13.786/18: Pode o juiz reduzir a cláusula penal?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/301063/lei-13786-18-pode-o-juiz-reduzir-a-clausula-penal>. Acesso em 18/05/2020.

No mesmo sentido é o entendimento de Alexandre Gomide que, antes da pandemia e logo após a edição da Lei 13.786/2018, asseverou que o artigo 413 é considerado norma de ordem pública e, nesses termos, não

pandemia, com destaque para as palavras de José Fernando Simão, crítico aos patamares estabelecidos na Lei para aplicação da cláusula penal e favorável à redução:

A cláusula penal de 50% imposta pela Lei n. 13.786/2018, que alterou o texto da Lei n. 4.591/1964, com a criação do art. 67-A no caso de desistência da aquisição pelo adquirente do imóvel sujeito ao regime do patrimônio de afetação, revela-se excessiva, *ab initio*. Primeiro, porque a multa nasce em um contrato por adesão em que o adquirente não pode debater seu conteúdo (natureza do negócio). Depois, porque trata de aquisição da casa própria (muitas vezes, finalidade do negócio). Por último, porque é superior a todas as demais multas previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Note-se que o critério para se verificar se a cláusula penal é ou não excessiva diz respeito à natureza da obrigação e sua finalidade. Não se confunde com a noção de onerosidade excessiva em que as prestações nascem equilibradas e, por um motivo superveniente à formação do contrato se desequilibram de maneira a permitir a resolução ou revisão (art. 478 do CC).

Se é possível a redução da cláusula penal em situações específicas, porque o valor fixado é manifestamente excessivo, tal assertiva também deve ser observada em tempos de pandemia, permitindo-se ao magistrado, de forma ponderada e fundamentada, determinar a redução.

Nesses termos, a dificuldade financeira do adquirente, que comprovadamente não consegue prosseguir no cumprimento de suas obrigações pode ensejar a resolução do contrato na ótica dos tribunais, mas não se pode afastar a culpa e, consequentemente, o adquirente está sujeito às consequências do artigo 67-A, da Lei 4.591/1964, inclusive o pagamento da multa nos percentuais ali previstos que, eventualmente, poderá ser reduzida com fundamento no artigo 413, do Código Civil, desde que presentes os seus requisitos.

surpreenderá se em casos extremos o Poder Judiciário reduzir o percentual fixado pela Lei 13.786/2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/294366/lei-13786-2018-lei-dos-distratos-primeiras-impressoes-a-respeito-da-extincao-da-relacao-contratual>. Acesso em 20.05.2020.

3.3 A revisão do contrato pleiteada pelo adquirente

Contrariamente aos contratantes que procuram a resolução do contrato por insuportabilidade no cumprimento de suas obrigações em razão da pandemia, é possível que outro grupo, sobretudo em razão do elevado investimento já realizado, não pretenda a resolução, mas a *revisão* das bases do contrato.

Assim, em razão da pandemia, o adquirente pode entender que a sua dificuldade no cumprimento das obrigações, no tempo e modo indicados no contrato, é apenas passageira. Quer afastar os efeitos da mora, desautorizando que seja configurado o inadimplemento absoluto de forma a lhe permitir a revisão das bases do contrato. Nesses termos, indaga-se: em razão da pandemia e das dificuldades financeiras do adquirente em cumprir suas obrigações nos exatos termos do contrato, cabe a revisão judicial da avença, impondo-se ao credor novas bases contratuais?

Poderia o adquirente, por exemplo, fundamentar a sua pretensão para redução ou diferimento no cumprimento da obrigação, com fundamento no artigo 317, do Código Civil? Não nos parece possível. O objetivo do dispositivo é assegurar “o quanto possível, o valor real da prestação” ao momento da celebração do contrato, ou seja, o resultado da revisão deveria ser o retorno do estado prestacional quando da sua celebração. A pandemia traz dificuldades no cumprimento da obrigação do adquirente que perde sua renda, mas até o presente momento, não altera o valor da prestação, situação distinta, por exemplo, da alta do dólar de 1.999, que elevou as prestações de contratos cujo reajuste seguia essa moeda.

Poderia o adquirente, por seu turno, fundamentar a revisão do contrato com base no já citado artigo 478, do Código Civil, que, a princípio, permite ao devedor pleitear a *resolução* do contrato? A questão é controversa na doutrina.

Nos termos do *caput*, atendidos os requisitos, permite-se ao *devedor* pleitear a *resolução* do contrato (até porque, diga-se, o dispositivo encontra-se no capítulo sobre a resolução contratual). Não aduz, o dispositivo, a possibilidade de o devedor pleitear a *revisão*. Em razão disso, a doutrina brasileira passou a analisar a possível legitimidade de também o devedor pleitear a revisão do contrato.

Considerando que o art. 478, do Código Civil, é praticamente a reprodução do artigo 1.467, do Código Civil italiano, importante entender as razões daquele dispositivo. Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva⁵¹:

“para o direito italiano, o efeito primordial da alteração das circunstâncias não é a revisão, mas sim a resolução contratual. Essa resolução, ao contrário do que ocorre com a resolução por inadimplemento, é benefício atribuído ao devedor. Se este, por incúria ou negligência, deixa de prever evento imprevisível ao comum devedor de tal espécie contratual, não pode ser beneficiado, pois tal benefício redundaria em insegurança para as relações e em prejuízo para o credor que, provavelmente, também estaria em condições de prever a ocorrência do fato.”

A tese da impossibilidade de o devedor pleitear a revisão do contrato ganha ainda mais fôlego quando verificamos, a partir da leitura do artigo 479, do Código Civil, que é o réu da demanda resolutiva (credor, portanto), quem pode oferecer a revisão do contrato:

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, *oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.*

Aparentemente, segundo a letra da lei, permite-se ao devedor pleitear a resolução do contrato e, somente ao credor, de modo a evitar a extinção do contrato, compete oferecer ao devedor a manutenção do vínculo, com novas condições do contrato.

Note que o Código Civil português, por seu turno, ao contrário do brasileiro, estabeleceu no artigo 437, a possibilidade de as partes buscarem pela resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias⁵². Contrariamente ao art. 480 do Código Civil brasileiro, a lei portuguesa (art. 480, n. 2) determina que requerida a resolução, poderá *a parte contrária* opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação

⁵¹ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

⁵² Art. 437 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.

do contrato⁵³. Não há distinção, na Lei portuguesa, se o credor ou devedor é quem detém legitimidade para o pleito da resolução, muito menos qual das partes poderá aceitar a modificação do contrato. Daí porque José Oliveira Ascensão⁵⁴ afirmou que, no Direito Português, qualquer das partes tem legitimidade para requerer a resolução ou modificação do contrato⁵⁵.

Defendendo a *impossibilidade* de o devedor realizar a oferta de modificação equitativa do contrato com base nos artigos 478 a 480, Francisco Marino⁵⁶, em sua recente obra, destaca:

No sistema dos arts. 478 e 479, do Código Civil, cabe ao devedor da prestação tornada excessivamente onerosa pleitear unicamente a resolução da relação contratual, podendo o credor requerido, evitá-la, oferecendo-se a modificar equitativamente as bases do contrato. O poder de modificar as bases do contrato não é conferido ao devedor, muito menos, *ex officio*, ao juiz⁵⁷.

Mas a doutrina é majoritariamente crítica à impossibilidade de o devedor pleitear a revisão do contrato, com fundamento no artigo 478, do Código Civil. Segundo Marco

⁵³ Nuno Manuel Pinto Oliveira, ao interpretar o art. 437º, n. 1º, afirma que ao dizer que a parte prejudicada tem direito à modificação do contrato, pode estar a querer significar três coisas diferentes: “(i) em primeiro lugar, pode estar a querer significar que a alteração das circunstâncias tem como efeito automático e necessário a adaptação ou modificação do conteúdo do contrato; (ii) em segundo lugar, pode estar a querer significar que a parte prejudicada tem o poder de exigir um comportamento da parte não prejudicada. (iii) em terceiro lugar, pode estar a querer significar que a parte prejudicada não tem o poder de exigir nenhum comportamento – tem o poder de modificar o conteúdo do contrato – o direito à modificação do contrato do art. 437º, n. 1º, do Código Civil, seria um direito potestativo”. Em seu artigo, Nuno Manuel Pinto Oliveira defende que o sistema português dá preferência à modificação do contrato e não à resolução. (OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Em tema de alteração das circunstâncias: a prioridade da adaptação/modificação sobre a resolução do contrato. In: *Edição do Cinquentenário do Código Civil*. Coord. Elsa Vaz de Sequeira e Fernando Oliveira de Sá. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2017, p. 255 a 311).

⁵⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Onerosidade Excessiva por ‘Alteração das Circunstâncias’. In: *Revista da Ordem dos Advogados*. Ano 65 (2005). p. 640. Artigo completo 625-648.

⁵⁵ Segundo Paulo Mota Pinto, o Código Civil português não seguiu nem a doutrina na imprevisão, nem a da pressuposição, nem, por outro lado, limitou o fundamento da resolução ou modificação do contrato apenas à excessiva onerosidade superveniente da prestação, para o que aponta o Código italiano, no art. 1.467 (PINTO, Paulo Mota. *O contrato como instrumento de gestão do risco de ‘alteração das circunstâncias’*. In: *O contrato na gestão e na garantia da equidade*. Coord. António Pinto Monteiro. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. p. 79).

⁵⁶ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2.020. p. 72.

⁵⁷ No mesmo sentido: VITALE JÚNIOR, Olivar. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/323603/covid-19-onerosidade-excessiva-e-revisao-contratual>. Acesso em 02.06.2020.

Aurélio Bezerra de Melo⁵⁸, se a lei autoriza ao magistrado resolver o contrato, por lógica também deve permitir a revisão, que seria uma intervenção judicial menos invasiva na liberdade contratual e no *pacta sunt servanda*.

Ademais, a revisão atende ao princípio da conservação do negócio jurídico que é desejada pelo sistema. Afinal, os contratos nascem por uma imperiosa necessidade das partes na obtenção de bens da vida. É necessária a conservação do contrato não por amor a uma figura teórica e abstrata, mas por considerar a importância e relevância da compra e venda de um carro usado celebrada entre João e Maria.

Nesses termos e como medida de conservação do negócio jurídico, a doutrina majoritária⁵⁹ entende possível o pleito de revisão do contrato, também pelo devedor. Ademais, esse foi o entendimento que prevaleceu no enunciado 367 do CJP⁶⁰, que permite ao juiz realizar a modificação equitativa do contrato e a posição defendida por Antonio Junqueira de Azevedo⁶¹:

“Numa primeira leitura, o art. 478 dá a entender que a parte de um contrato sinalagmático, cuja prestação houver se tornado excessivamente onerosa, poderá pleitear somente a resolução do contrato, e não sua revisão [...] Na praxe, todavia, [...] uma das partes, já de início, pode pedir a revisão e, na sentença, pode o juiz rever o contrato, desde que pelo menos um dos contratantes assim tenha pedido”.

⁵⁸ BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito Civil: Contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 313.

⁵⁹ Acompanha esse entendimento Otávio Luiz Rodrigues Junior (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 163) e Flávio Tartuce que, defendendo o enunciado 176 do CJP, afirma ser necessária a valorização da conservação contratual, sendo a extinção a última medida. Finaliza afirmando que “para a prática cível, é necessário que fique claro que o enunciado deve ser considerado, ou seja, o artigo 478 do Código Civil também deve ser utilizado para a revisão do contrato” (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*. v. 3, 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 215).

⁶⁰ Enunciado 367 - Em observância ao princípio da conservação do contrato, nas ações que tenham por objeto a resolução do pacto por excessiva onerosidade, pode o juiz modificá-lo equitativamente, desde que ouvida a parte autora, respeitada sua vontade e observado o contraditório.

⁶¹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 193. Prossegue o autor: “A parte prejudicada pela alteração das circunstâncias (seja o devedor de uma prestação que se tornou excessivamente onerosa, seja o credor de uma prestação que se tornou irrisória em comparação com a sua própria prestação) pode, em primeiro lugar, ajuizar ação pleiteando a resolução do contrato, com fundamento no art. 478, do Código Civil. Em segundo lugar, pode propor ação de revisão [...]”.

A jurisprudência, em nossa pesquisa, contrariando o texto legal, mas seguindo posição majoritária da doutrina que atende ao princípio basilar do direito privado que é o da conservação do contrato, admite a possibilidade de o devedor, com fundamento no art. 478, intentar a ação revisional, sobretudo em ações que versam sobre contratos bancários⁶². No mesmo sentido, em julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, admitiu-se a possibilidade de o devedor propor ação judicial em contrato de compra e venda de insumos industriais⁶³. O adquirente, portanto, segundo doutrina majoritária e jurisprudência, tem, ao menos, a *legitimidade* para pleitear a revisão do contrato.

Embora possa ter legitimidade, a ruína financeira do devedor, causada pela pandemia, é hipótese prevista no artigo 478, do Código Civil, de modo a autorizar a revisão do contrato?

Nas relações civis ou empresariais, nem mesmo a impossibilidade econômica por superveniente empobrecimento do contratante ou alteração da realidade econômica permitem a revisão contratual. Como bem destacado por Rodrigues Junior⁶⁴

“A ruína pessoal ou societária há de ser tratada como risco nas atividades negociais, impondo-se ao *solvens* inadimplente sofrer o processo de execução forçada e, configurada sua incapacidade econômica, transmutar-se em procedimento de execução civil por quantia certa contra devedor insolvente ou mesmo mediante os instrumentos peculiares da falência, da recuperação judicial ou extrajudicial ou da liquidação extrajudicial. A tese da impossibilidade

⁶² AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO Possibilidade de revisão das cláusulas contratuais - Legítimo o exame das cláusulas contratuais pelo juiz Relativização do "pacta sunt servanda" Aplicação dos princípios da boa-fé objetiva (art. 422, CC), do equilíbrio contratual (art. 478 e 480, CC e art. 6º, V, CDC), da função social do contrato (art. 421, CC) e da proteção do consumidor contra abusos do poder econômico (art. 170, V, e 173, §4º, CF/88) Vedação ao enriquecimento ilícito (art. 884, CC) [...] Tarifa de Cadastro e Tarifa de Avaliação Possibilidade de cobrança Orientação firmada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento de recursos repetitivos RECURSO DO RÉU PROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 0031646-53.2011.8.26.0451; Relator (a): Renato Rangel Desinano; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 16/12/2014; Data de Registro: 16/12/2014).

⁶³ TJSP; Apelação Cível 0027175-87.2010.8.26.0011; Relator (a): Hugo Crepaldi; Órgão Julgador: 25ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XI - Pinheiros - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 16/06/2016; Data de Registro: 16/06/2016. Entendeu-se, naquela oportunidade que: “[...] vedar ao devedor a opção de buscar modificar o contrato em prol da manutenção do negócio significaria negar aplicação dos princípios da conservação dos negócios jurídicos, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, indo de encontro, portanto, ao que se conclui a partir de uma interpretação teleológica do Código Civil e sua disciplina negocial”.

⁶⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 129.

econômica pessoal propicia a ser invocada nos pretórios brasileiros e, especialmente nas relações de consumo. No que concerne ao direito comum, é de ser afastada por sua absoluta contrariedade ao sistema obrigacional vigente e por, em poucas palavras, usar da imprevisão de modo temerário no processo.”

De fato, fosse acolhida a ideia de que a dificuldade financeira superveniente autorizaria a revisão contratual, a segurança das relações jurídicas estaria ameaçada sobremaneira, e aniquilado estaria o princípio do *pacta sunt servanda*. Não há dúvidas de que o argumento da dificuldade econômica seria tese sedutora ao devedor que pretendesse inadimplir ou mesmo obter melhores condições da sua contraprestação obrigacional.

Mas essa mesma assertiva é verificada nas relações de consumo, em que os requisitos que autorizam a revisão do contrato são ainda mais brandos, nos termos do artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor?

Ao interpretarmos o artigo 6º, inciso V⁶⁵, verificamos que o Código de Defesa do Consumidor não estabelece a necessidade de imprevisibilidade ou inevitabilidade e, segundo parte da doutrina, é suficiente a quebra objetiva da base do negócio jurídico⁶⁶ para se consumir a onerosidade excessiva, embora essa interpretação não seja uníssona, com destaque ao entendimento de Marco Aurélio Bezerra de Melo⁶⁷.

A dúvida é saber se a ruína financeira do consumidor altera a base do negócio jurídico ou o equilíbrio dos contratos de promessa de compra e venda, tornando-o excessivamente oneroso. Mesmo nas relações de consumo, há corrente jurisprudencial firme cujo entendimento é no sentido de que situações tais como crise financeira, doença ou desemprego não são consideradas fatos que permitem a revisão. Não há quebra da base objetiva e nem é rompido o equilíbrio contratual. A perda da capacidade financeira é fato

⁶⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

⁶⁶ Nesse sentido: FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Contratos. 8ª ed. São Paulo: Editora Jus Podium, 2018. p. 631.

⁶⁷ Segundo Marco Aurélio Bezerra de Melo, “a despeito de respeitável doutrina e jurisprudência apontar que o Código de Defesa do Consumidor adotou a teoria da base objetiva do negócio jurídico aprimorada por Karl Larenz, não nos parece que assim seja, pois como dito anteriormente, para essa teoria não deve justificar a revisão do contrato a alteração das circunstâncias que decorra de fatos previsíveis que possam se identificar com os riscos naturais do negócio e, no direito do consumidor, é irrelevante a referência a imprevisibilidade, a extraordinariedade. Justifica-se a opção da lei em razão do comando constitucional (art. 5º, XXXII e 170, V) e infraconstitucional (art. 4º, I, Lei 8.078/90) que estabelece a vulnerabilidade do consumidor, fato que acarreta a premissa de que o risco na atividade de consumo deve ser suportado pelo fornecedor, parte tida como mais forte nessa relação negocial”. (BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. *Direito Civil: Contratos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 316).

subjetivo relativo ao consumidor (questão subjetiva) ele não traz onerosidade excessiva à prestação em si.⁶⁸ A esse exemplo, já se decidiu que

O contrato de financiamento imobiliário se enquadra como tipicamente *oneroso e comutativo*, sabendo perfeitamente as partes, e de antemão, as obrigações pelas quais se responsabilizam. Logo, sujeitá-lo à aplicação

⁶⁸ “CONTRATO BANCÁRIO. Cédula de crédito bancário. Financiamento de veículo. Ação revisional. 1. Juros. Capitalização. Possibilidade porque nas cédulas de crédito bancário, a Lei nº 10.931, de 02.08.2004, permite expressamente a capitalização de juros. Ademais, não há de se falar em capitalização no caso de financiamentos em parcelas fixas, onde em regra os juros já são calculados de início e diluídos ao longo do prazo, portanto não ocorrendo incidência de novos juros sobre aqueles anteriores. 2. Pretensão de revisão do contrato com fundamento na teoria da imprevisão. Não cabimento. Situações de crise financeira, doença ou desemprego não podem ser considerados fatos imprevisíveis. Recurso não provido, com majoração da verba honorária (TJSP. Apelação Cível 1005302-96.2018.8.26.0281; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itatiba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/08/2019; Data de Registro: 02/08/2019). Segundo o julgado “não é possível apenas por conta dessas dificuldades que se pode desonerar o devedor, pois elas constituem ‘assunto interno’ a ser enfrentado e superado exclusivamente pelo interessado, ainda que o sacrifício exceda a uma certa medida”.

No mesmo sentido: “EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. Cédula de crédito bancário. Embargos do devedor. Pretensão de revisão do contrato para adequação a sua realidade econômica, com fundamento na teoria da imprevisão e em desconto de 85% supostamente oferecido pelo exequente. Não cabimento. Crise financeira e situação de desemprego que não podem ser considerados fatos imprevisíveis. Desconto que, se concedido pelo credor, se deu por mera liberalidade, não cabendo ao Estado obrigar a renovação da oferta, na medida em que o credor não está obrigado a aceitar pagamento de forma diversa da convencionada (arts. 313 e 314, CC). Embargos rejeitados. Recurso não provido, com majoração de honorários”. (TJSP; Apelação Cível 1018488-04.2015.8.26.0602; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 01/02/2018; Data de Registro: 05/02/2018).

AGRAVO DE INSTRUMENTO – FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO – PRETENSÃO À REVISÃO DO VALOR DAS PRESTAÇÕES POR ATO JUDICIAL, EM RAZÃO DE DESEMPREGO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DE TUTELA JURISDICIONAL NÃO ACOLHIDA. Desemprego de mutuário não é constitui fato imprevisível ou extraordinário que justifique a intervenção judicial para ajustar às suas possibilidades econômicas. Irrelevância de que se trata de relação de consumo, bastando que a hipótese não é geradora de vantagem desproporcional à mutuante. Ausência de verossimilhança do alegado que importa a impossibilidade de adiantamento de tutela jurisdicional. RECUSO IMPROVIDO. (TJSP; Agravo de Instrumento 2267191-25.2015.8.26.0000; Relator (a): Sebastião Flávio; Órgão Julgador: 23ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Carlos - 2ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 30/03/2016; Data de Registro: 06/04/2016)

No âmbito do STJ: “AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS. REDUÇÃO DA RENDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário firmado pelo SFH, visando a renegociação do valor das prestações mensais e o alongamento do prazo de liquidação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. 2. O Tribunal de origem, examinando as condições contratuais, concluiu que o recálculo da parcela estabelecida contratualmente não está vinculado ao comprometimento de renda do mutuário, mas sim à readequação da parcela ao valor do saldo devedor atualizado. Nesse contexto, entendeu que, para justificar a revisão contratual, seria necessário fato imprevisível ou extraordinário, que tornasse excessivamente oneroso o contrato, não se configurando como tal eventual desemprego ou redução da renda do contratante. 3. Efetivamente, a caracterização da onerosidade excessiva pressupõe a existência de vantagem extrema da outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível. Esta Corte já decidiu que tanto a teoria da base objetiva quanto a teoria da imprevisão “demandam fato novo superveniente que seja extraordinário e afete diretamente a base objetiva do contrato” (AgInt no REsp 1.514.093/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 7/11/2016), não sendo este o caso dos autos. 4. Agravo interno não provido”. (AgInt no AREsp 1340589/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 27/05/2019).

incondicional de correspondência aos recursos do devedor implicaria transformá-lo num *contrato aleatório*. O agente financeiro passaria a ser uma espécie de securitizador das contingências pessoais a que está sujeito o contratante, o que evidentemente levaria ao desequilíbrio da relação negocial⁶⁹.

Ademais, esse também é o posicionamento majoritário da jurisprudência portuguesa que, em julgado do Supremo Tribunal de Justiça⁷⁰, assentou que “as alterações da taxa de juro e de esforço; o desemprego e a desvalorização da moeda, mais a mais desacompanhada da invocação das concretas circunstâncias de vida dos autores à data da outorga dos contratos-promessa, não são fundamentos ligados à ideia de imprevisibilidade”.

⁶⁹ FINANCIAMENTO IMOBILIÁRIO. Ação revisional do contrato. 1. Não houve cerceamento de defesa, os elementos dos autos eram suficientes para esclarecimento das questões. 2. Conquanto já se tenha resolvido que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297 do STJ), a sua mera invocação, no caso, não tem relevância capaz de mudar a sorte da demanda, pois tal diploma não se destina a distribuir benesses, mas a proteger direitos daqueles que os têm. 3. Pedido de readequação das prestações mensais à nova renda familiar. Descabimento. Pleito inviável tanto do ponto de vista jurídico quanto econômico. Simples redução de renda não justifica pedido de revisão do contrato por não se enquadrar no conceito de fato imprevisível, mas no de contingência pessoal. Improcedência mantida. Recurso não provido, com majoração da verba honorária. "A excessiva onerosidade não se confunde com a capacidade subjetiva de pagamento do devedor, sua maior ou menor dificuldade pessoal em efetuar o pagamento. Assim, o fato de que o contratante se encontra à beira da insolvência ou mesmo em efetiva 'ruína' não torna sua prestação excessiva onerosa, nem autoriza a revisão do contrato com base na tutela do equilíbrio contratual. Tais circunstâncias podem, naturalmente, atrair outros institutos jurídicos como a recuperação judicial ou extrajudicial (Lei n. 11.101/2005) e o chamado superendividamento (Projeto de Lei no Senado n. 283/2012), mas não configuram requisitos para a invocação da onerosidade excessiva." (TJSP; Apelação Cível 1033949-54.2017.8.26.0114; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/07/2018; Data de Registro: 20/07/2018).

No mesmo sentido: (TJSP; Apelação Cível 1000921-25.2019.8.26.0438; Relator (a): Maria de Lourdes Lopez Gil; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Penápolis - 3ª Vara; Data do Julgamento: 26/11/2019; Data de Registro: 26/11/2019); (TJSP; Apelação Cível 1001548-62.2017.8.26.0191; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ferraz de Vasconcelos - 2ª Vara; Data do Julgamento: 13/11/2019; Data de Registro: 18/11/2019);

⁷⁰ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23 de janeiro de 2014 (rel. Granja da Fonseca), processo n. 1117/10.9TVLSB.P1.S1. Disponível em www.dgsi.pt. Acesso em 15.03.2020. Da mesma forma, também se entendeu que “com a crise financeira (...) não ocorreu qualquer alteração anormal das circunstâncias, uma vez que as crises financeiras não podem ser consideradas circunstâncias anormais, que escapam à regra, totalmente imprevisíveis, mas antes situações cíclicas e repetidas no tempo”. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 11 de maio de 2013, Relator José Avelino Gonçalves, processo n. 1167/10.5TBA-CB-E.C1 (disponível em www.dgsti.pt, acesso em 15.03.2020).

Mesmo em situações mais dramáticas, tais como de mulher que se separou do marido, contraiu o vírus HIV e perdeu o emprego, a revisão do contrato não foi permitida⁷¹. Como bem ressalta Humberto Theodoro Junior:⁷²

“nas dívidas a serem solvidas com dinheiro, as eventuais dificuldades do devedor na obtenção da soma a ser utilizada no pagamento da prestação contratual são dados inerentes à álea do negócio. Fatores como morte, doença, desemprego, prejuízos, insolvabilidade são riscos que correm todos os devedores e, por isso, não podem ser tratados como acontecimentos supervenientes adequados à revisão do contrato à luz da teoria da imprevisão. Em linha geral e objetiva são fatos previsíveis e ordinários.”

Jorge Cesa Ferreira da Silva⁷³, no mesmo sentido, afirma que a onerosidade excessiva deve ser avaliada a partir de critérios eminentemente objetivos, respeitantes à prestação em si e, portanto, não entram em questão a capacidade de solvência da parte ou as condições subjetivas do devedor. Até porque, ainda que ele possa pagar, se houver profunda variação no valor de uma prestação no tempo, há onerosidade excessiva, dado que o elemento fático a ser considerado é a alteração do valor objetivo da prestação.

André Abelha⁷⁴, por sua vez, assevera que

“[...] a redução brusca de patrimônio ou de renda, decorrente da pandemia, não tem relação alguma com o sinalagma contratual. De duas uma: ou a prestação permanece razoavelmente equacionada, e a situação financeira é irrelevante; ou sobreveio desequilíbrio, e a renda do devedor não é requisito legal de nenhum dos artigos legais antes

⁷¹ COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. REVISÃO CONTRATUAL. Correção monetária pelo IGP-M/FGV e juros compensatórios de 0,5% ao mês. Legalidade. Capitalização de juros não verificada. Contrato que prevê a aplicação dos juros de forma simples. Teoria da imprevisão. Inaplicável. Alegações de dificuldades financeiras, mudança de seu estado civil e problema de saúde que não exoneram a apelante da obrigação de adimplir as prestações assumidas. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1043759-59.2016.8.26.0576; Relator (a): J.B. Paula Lima; Órgão Julgador: 10ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 30/10/2018; Data de Registro: 30/10/2018)

⁷² O Contrato Imobiliário e a Legislação Tutelar do Consumo. Rio de Janeiro: forense, 2002, p. 83-84.

⁷³ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.p. 171.

⁷⁴ ABELHA, André. *Quatro impactos da Covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta*.

Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/5E16412D516314_Covidecontratos.pdf. Acesso em 20.05.2020.

mencionados: mesmo um contratante milionário tem direito à revisão da prestação em desajuste. E se o devedor, depois de assinar o contrato, acertou na loteria, o credor não pode, por esse estupendo aumento de riqueza, pleitear aumento de preço. Por que o inverso seria verdadeiro?”

Gustavo Tepedino, Milena Donato Oliva e Antônio Pedro Dias⁷⁵, no mesmo sentido, defendem que

“para a aplicação dos remédios da excessiva onerosidade previstos nos artigos 478 e 317 do Código Civil, não é suficiente que o evento superveniente perturbador do equilíbrio contratual, ainda que dramático, se manifeste na esfera individual do contraente, devendo ser dotado de generalidade. A situação patrimonial subjetiva do contratante não se mostra, portanto, hábil a deflagrar a incidência da teoria da excessiva onerosidade. [...] A verificação da excessiva onerosidade para fins de aplicação das consequências previstas nos artigos 478 e 317 do Código Civil deve ser avaliada focando-se exclusivamente na relação sinalagmática entre as prestações contratuais, não incidindo nas hipóteses em que a dificuldade de adimplemento decorre de fatores externos ao contrato e que não interfiram no seu equilíbrio, como a perda de emprego.”

Nesses termos, respeitosamente, discordamos de José Osório de Azevedo Júnior⁷⁶ que, em sua clássica obra a respeito do compromisso de compra e venda, desviando-se da categoria contratual que trata da extinção dos contratos, defendeu a possibilidade de ‘arrependimento’ do compromisso de venda e compra quando há ‘motivação ética e econômica’ suficiente para justificar o comportamento do compromissário, como, por exemplo, desemprego, graves dificuldades financeiras, morte ou doença na família.

É no mínimo curiosa a posição da jurisprudência. Embora admita a resolução do contrato por alegada insuportabilidade no cumprimento das prestações, não admite a

⁷⁵ TEPEDINO. Gustavo; OLIVA, Milena Donato e DIAS, Antônio Pedro. *Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opinio-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em 20.05.2.020.

⁷⁶ AZEVEDO JR. José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 209

revisão⁷⁷. Em nossa opinião, as dificuldades financeiras dos adquirentes não deveriam permitir nem uma coisa, nem outra.

CONCLUSÃO

A situação dramática vivenciada por empresas e adquirentes não implica que a força obrigatória dos pactos tenha sido extirpada do nosso sistema. Sobretudo nos tempos de desordem, a segurança jurídica se faz necessária.

É natural que em tempos de isolamento social, as pessoas estejam mais solidárias umas com as outras. A renegociação é desejada, esperada e necessária para que se evite a ruína de um grande número de contratantes. É por isso que, em razão da prática profissional, percebe-se maior união entre os contratantes, que têm firmado acordos extrajudiciais com o intuito de manter hígido o contrato. Esse movimento é facilmente identificado (inobstante a elevada judicialização recente) nos contratos de locação e, também, desejável na incorporação imobiliária.

⁷⁷ A esse exemplo, cite-se julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo que determinou “descabida a alegação de que o contrato seria irrevogável e irrevogável, e que o desemprego do comprador não justificaria a resolução contratual. O desemprego do comprador não decorreu de vontade própria. Gera dificuldades financeiras, acarreta a impossibilidade de saldar as parcelas do preço, diminui o crédito na praça, impossibilitando a obtenção de financiamento imobiliário, devendo ser considerado sim causa suficiente para a rescisão contratual. TJSP; Apelação Cível 0166545-42.2009.8.26.0100; Relator (a): Mendes Pereira; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 12ª Vara Cível; Data do Julgamento: 14/05/2014; Data de Registro: 20/05/2014). No mesmo sentido, cite-se julgado do STJ: “O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte”. (REsp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281).

No mesmo sentido: AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO HABITACIONAL. SFH. REVISÃO DAS PARCELAS. REDUÇÃO DA RENDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Ação de revisão de contrato de financiamento imobiliário firmado pelo SFH, visando a renegociação do valor das prestações mensais e o alongamento do prazo de liquidação, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor. 2. O Tribunal de origem, examinando as condições contratuais, concluiu que o recálculo da parcela estabelecida contratualmente não está vinculado ao comprometimento de renda do mutuário, mas sim à readequação da parcela ao valor do saldo devedor atualizado. Nesse contexto, entendeu que, para justificar a revisão contratual, seria necessário fato imprevisível ou extraordinário, que tornasse excessivamente oneroso o contrato, não se configurando como tal eventual desemprego ou redução da renda do contratante. 3. Efetivamente, a caracterização da onerosidade excessiva pressupõe a existência de vantagem extrema da outra parte e acontecimento extraordinário e imprevisível. Esta Corte já decidiu que tanto a teoria da base objetiva quanto a teoria da imprevisão “demandam fato novo superveniente que seja extraordinário e afete diretamente a base objetiva do contrato” (AgInt no REsp 1.514.093/CE, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, DJe de 7/11/2016), não sendo este o caso dos autos. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 1340589/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2019, DJe 27/05/2019)

Contudo, não havendo consenso para a composição amigável, as dificuldades financeiras que incorporadores e adquirentes terão em razão da pandemia não autorizam a resolução ou revisão do contrato pelo magistrado.

Sabe-se que a jurisprudência, antes mesmo da pandemia, já permitia a resolução do contrato em razão de alegada insuportabilidade de prestações. Não se espera que esse posicionamento jurisprudencial vá se alterar em tempos de pandemia. Ao menos, espera-se que a resolução seja declarada por fato imputável ao adquirente e, portanto, culposa (ainda que o adquirente não tenha qualquer responsabilidade pela perda do emprego).

A respeito da revisão pleiteada pelo adquirente por dificuldade financeira no cumprimento da obrigação pecuniária, não nos parece que a situação da pandemia possa permitir a alteração das bases do contrato, se não estão presentes os requisitos do artigo 478, do Código Civil. A considerar que a pandemia não elevou as parcelas a serem pagas pelos adquirentes, também não vislumbramos presentes os fundamentos para alteração do contrato nos termos do artigo 317, do Código Civil. As dificuldades subjetivas, atribuídas ao consumidor, também não ensejam a revisão do contrato com fundamento no artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor. Não são esses os requisitos que autorizam a revisão.

Na impossibilidade temporária de cumprimento da construção por circunstâncias alheias à vontade do incorporador, não haverá mora, de modo que a obrigação pode ser cumprida além do prazo estabelecido no contrato. Além disso, o atraso da obra em alguns dias ou poucos meses, decorrentes da pandemia, não autoriza ao adquirente pleitear a resolução do contrato. O caso concreto, contudo, em hipóteses muito específicas, poderia conduzir à extinção, sem culpa.