

Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes.

Melhim Chalhub* e Alexandre Junqueira Gomide*

1. A promessa de venda de imóveis tipificada pela Lei 4.591/1964.
2. Função social do contrato de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária.
3. Modo peculiar de extinção dos contratos de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária.
4. Resolução judicial do contrato de promessa de compra e venda. A Súmula 543/STJ.
5. Definição de critério legal de restituição. A Lei 13.786/2018.
6. Conclusão.

1. A promessa de venda de imóveis tipificada pela Lei 4.591/1964

O contrato de promessa de compra e venda foi tipificado no direito positivo brasileiro pelo Decreto-lei 58/1937 para comercialização de lotes de terreno resultantes de parcelamento do solo urbano,¹ vindo a Lei 4.591/1964 a instituir tipificação especial para a promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária.

A instituição de regimes jurídicos diferenciados para esse contrato preliminar é justificada pela necessidade de adequá-lo à racionalidade econômica desses sistemas produtivos e à relevância do interesse social relacionado à urbanização e construção de conjuntos imobiliários para moradia.²

* Advogado, parecerista, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil e do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário – IBRADIM. Autor dos livros *Alienação Fiduciária – Negócio Fiduciário e Incorporação Imobiliária*, entre outros.

* Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (USP) Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (FDUL). Advogado. Parecerista. Fundador e Diretor Estadual do IBRADIM.

¹ A promessa de venda de imóveis não loteados está prevista no art. 22 do mesmo Decreto-lei 58/1937, alterado pelas Leis 649/1949 e 6.014/1973, vindo a ser introduzida no Código Civil nos arts. 1.417 e 1.418.

² Muito embora o Código Civil tenha tipificado essa espécie contratual nos seus arts. 1.417 e 1.418, subsiste a tipificação especial das promessas de venda de imóveis loteados e dos integrantes de incorporação imobiliária em razão das singularidades que justificam sua tutela especial.

Em relação aos imóveis objeto de incorporação imobiliária, a Lei 4.591/1964 (arts. 28 e seguintes) qualifica a promessa de venda como negócio jurídico pelo qual o *incorporador* se obriga a transmitir a propriedade de unidades imobiliárias que integrarão conjunto imobiliário e, ainda, a promover sua construção, por si ou por terceiro, responsabilizando-se pela entrega dos imóveis no prazo programado (arts. 29 e 43,³ dentre outros). Em contraprestação, os promitentes compradores se obrigam a pagar o preço das unidades que se comprometeram a adquirir, em geral em parcelas.

A celebração desses contratos tem como pré-requisito o arquivamento e o registro, no Registro de Imóveis da situação do empreendimento, de um *Memorial de Incorporação* composto pelos documentos enumerados no art. 32, entre eles a discriminação das frações ideais em que é dividido o terreno, que passarão a constituir os direitos de propriedade a serem comercializados, o projeto de construção aprovado pelas autoridades, a descrição e caracterização do futuro conjunto imobiliário e das unidades que se vincularão a essas frações ideais, o orçamento da construção, além de outros documentos.

Por força do art. 35-A, todo contrato de alienação desses imóveis, enquanto em construção, deve ser iniciado por um *quadro-resumo* que destaca determinados elementos do seu conteúdo necessário, entre eles: (i) a identificação do financiamento da construção, se houver, e da garantia incidente sobre o imóvel; (ii) a identificação do regime da construção, se contratadas destacadamente a venda da fração ideal e a prestação dos serviços de construção; (iii) as condições de execução da obra, prazo de conclusão e suas eventuais prorrogações, penalidades por inadimplemento das obrigações do incorporador; (iv) as condições de pagamento do preço e encargos, índices e critérios de reajustamento e da taxa de juros, se houver; (v) a indicação das obras e serviços não incluídos no preço, que deverão ser pagos separadamente pelo adquirente, tais como as ligações dos serviços públicos, a decoração da portaria etc; (vi) as cláusulas penais, moratórias e compensatórias; (vii) a indicação das hipóteses de resolução do contrato, explicitando os procedimentos de realização de leilão extrajudicial, se for o caso.

Na fase de execução do contrato a lei atribui ao incorporador determinados deveres relacionados à prevenção e mitigação de riscos e ao desenvolvimento do programa

³ Quando indicarmos apenas os números dos arts. estamos nos referindo à Lei 4.591/1964.

contratual, tais como a captação de recursos e sua aplicação na construção, o controle orçamentário da incorporação e a entrega de relatórios periódicos sobre o andamento da obra, dentre outros deveres inerentes à gestão da incorporação imobiliária.

Traço marcante dessa espécie de promessa de compra e venda, que a distingue do regime geral definido pelo Código Civil, é a dupla função que a qualifica como (i) contrato preliminar de transmissão da propriedade e, simultaneamente, (ii) instrumento de captação de recursos, já que é por esse meio que o incorporador levanta os recursos necessários à realização do objeto da incorporação imobiliária – execução da obra, entrega das unidades, liquidação do passivo e retorno do investimento do incorporador.

A existência de fluxo de caixa proveniente das vendas em volume suficiente para execução do projeto é indispensável para obtenção de financiamento destinado à execução do empreendimento, pois os créditos derivados dessas promessas em regra são cedidos fiduciariamente ao banco financiador e seu produto é destinado prioritariamente à execução da construção e à amortização desse financiamento.

Essa estrutura econômico-financeira aproxima a conformação da incorporação imobiliária da estrutura das operações de *Project finance*, cujo objeto também é a realização de determinado empreendimento sustentado exclusivamente por “uma rede de contratos coligados que, buscando uma adequada alocação de riscos, viabilize o desenvolvimento de um empreendimento com base nos recursos por este gerados e nas garantias dele exclusivamente derivadas”.⁴

Do mesmo modo que um *Project finance*, a incorporação imobiliária também se realiza com o produto da exploração do seu próprio ativo e no limite da sua capacidade de geração e preservação das receitas auferidas com essa exploração.

⁴ MUNIZ, Igor, *et alii*, *Temas de direito bancário e do mercado de capitais*. Coordenadores: Luiz Leonardo Cantidiano e Igor Muniz. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 195. “*Project finance* é uma forma de engenharia/colaboração financeira “sustentada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia à referida colaboração os ativos desse projeto a serem adquiridos e os valores recebíveis ao longo do projeto” (BORGES, Luiz Ferreira Xavier, *Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, V. 5, N. 9, p. 105-121, jun/1998).

Em ambos os casos, a realização do objeto do negócio só se viabiliza se for possível demonstrar a liquidez do empreendimento, como condição para seu financiamento, até porque a principal garantia do financiador é a vinculação das receitas das vendas à liquidação do seu passivo.⁵

Dada essa limitada capacidade de autossustentação, a lei impõe ao incorporador deveres inerentes à gestão dos recursos orçamentários mediante “boa administração” e “preservação do patrimônio de afetação” (art. 31-D, I),⁶ visando a preservação do fluxo financeiro proveniente das vendas e seu direcionamento prioritário à execução da obra. O conceito de “boa administração” é explicitado pelo inciso III desse mesmo art. 31-D, que remete a todas as demais disposições da Lei 4.591/1964 a ele correspondentes, ao exigir a aplicação das receitas das vendas “na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra.”⁷

É igualmente em razão da necessidade de rigoroso controle orçamentário, justificado pela limitada capacidade de geração de receitas, que a lei contempla outros mecanismos de proteção patrimonial, dentre os quais ressaltam (i) blindagem dos direitos e obrigações de cada empreendimento em um patrimônio de afetação (Lei 4.591/1964, arts. 31-A e seguintes), (ii) irretratabilidade das promessas de venda (Lei 4.591/1964, § 2º do art. 32), (iii) preservação das receitas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas (novo CPC, art. 833, XII), (iv) recomposição do fluxo financeiro da incorporação, em caso de inadimplemento do adquirente, mediante procedimento extrajudicial de resolução, seguido de leilão (Lei 4.591/1964, art. 63) e (v) destituição do incorporador em caso de injustificado retardamento ou paralisação da obra por mais de 30 dias (Lei 4.591/1964, art. 43, VI).

⁵ Observam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado que essa modalidade de operação [*Project finance*] “leva em conta os riscos inerentes ao projeto (...), e como, em regra, a principal garantia dos financiadores é a vinculação das receitas operacionais futuras, os financiadores têm forte interesse em evitar qualquer insucesso na concessão.” (RIBEIRO, Maurício Portugal, e PRADO, Lucas Navarro, *Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 1. ed., 2007, pp. 244/245).

⁶ Lei 4.591/1964: “Art. 31-D. Incumbe ao incorporador: I - promover todos os atos necessários à boa administração e à preservação do patrimônio de afetação, inclusive mediante adoção de medidas judiciais;”

⁷ Lei 4.591/1964: “Art. 31-D. Incumbe ao incorporador: (...); III - diligenciar a captação dos recursos necessários à incorporação e aplicá-los na forma prevista nesta Lei, cuidando de preservar os recursos necessários à conclusão da obra;”

Os elementos da racionalidade econômica dessa espécie de contrato, assim identificada na lei, evidenciam que a existência de um interesse comum subjacente a cada promessa de venda condiciona sua interpretação à funcionalidade econômica da incorporação imobiliária, na medida em que a satisfação das legítimas expectativas de cada contratante está subordinada à consumação do empreendimento e à entrega das unidades construídas a todos os adquirentes.

É essencialmente a partir desses pressupostos que, ao tipificar a promessa de venda de imóveis a construir por esse regime, a Lei 4.591/1964 institui procedimento extrajudicial de resolução do contrato que prioriza a recomposição do fluxo de caixa do empreendimento, tendo em vista que, como observa Caio Mário da Silva Pereira, “a mora dos adquirentes desequilibra a caixa e, conseqüentemente, altera o plano financeiro da obra”, situação que repercute sobre “todo o conjunto dos candidatos às demais unidades autônomas.”⁸

A prioridade assim conferida pela lei à recomposição do fluxo financeiro da incorporação imobiliária é justificada pela limitação do lastro para formação de capital ao próprio ativo do empreendimento.

2. Função social do contrato de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária

A caracterização dessa espécie de promessa de compra e venda em conformidade com as disposições dos arts. 28 e seguintes da Lei 4.591/1964 põe em relevo o interesse comum da coletividade dos contratantes e a necessidade de harmonização entre o interesse individual de cada contratante e os interesses supraindividuais ou coletivos, “sob pena de ser desvirtuada a sua própria causa, ou função econômico-social.”⁹

⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Condomínio e Incorporações*. Atualizadores: Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhub. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 13. ed. revista e atualizada, 2018, p. 342.

⁹ “Na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Dessa compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos. (...). nesses casos, a idéia de uma comunitariedade ou transindividualidade dos interesses em causa não pode ser afastada sob pena de ser desvirtuada a sua própria causa, ou função econômico-social.” (MARTINS-COSTA, Judith, *Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos*, in *O Direito da Empresa e das Obrigações*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas/Quartier Latin, 2006, p. 241).

É que, a despeito de constituir uma relação jurídica individual, cada promessa de venda, quando contratada pelo regime da incorporação imobiliária, está coligada às demais promessas e a outros contratos (construção, financiamento da construção, hipoteca, cessão fiduciária etc), cuja execução extravasa o limite de cada relação jurídica e vincula todas elas, indissolúvelmente, por um fim comum, que se realiza com a participação coordenada dos demais contratantes da incorporação.

Assim ligados por um nexó funcional correspondente à realização do objeto da incorporação imobiliária, esses contratos de promessa conformam um ambiente no qual os efeitos de cada contrato de promessa repercutem inevitavelmente sobre toda a coletividade dos contratantes e contribuem para a realização – ou frustração – da função social dessa espécie de contrato e para preservação – ou rompimento – do equilíbrio da relação obrigacional.¹⁰

Nesse ambiente, o interesse comum da coletividade dos contratantes prepondera sobre a relatividade dos efeitos de cada contrato de promessa e pode implicar, eventualmente, “não apenas a privação de efeitos dos negócios que afrontam tais interesses, mas também a conservação ou o tratamento jurídico diferenciado de um contrato que tenha grande repercussão no atendimento de um interesse socialmente relevante.”¹¹

A relevância hermenêutica desse interesse comum sobre o interesse individual do adquirente inadimplente é objeto do acórdão proferido no REsp 1.115.605-RJ, que ressalta a “funcionalidade econômica da incorporação imobiliária e a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes, e não dos interesses individuais de seus integrantes”, como bem ressalta o acórdão.¹²

¹⁰ Tratamos da função social do contrato de promessa de venda nas incorporações imobiliárias no contexto do sistema de proteção do adquirente no Capítulo X do nosso *Incorporação Imobiliária* (GenForense, 5. ed., 2019).

¹¹ KONDER, Carlos Nelson, *O novo Processo Civil brasileiro – temas relevantes*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2018, v. I, pp. 205/206.

¹² “Processual civil e imobiliário. Incorporação. Falência Encol. Término do empreendimento. Comissão formada por adquirentes de unidades. Contratação de nova incorporadora. Possibilidade. Sub-rogação da nova incorporadora nos direitos e obrigações da Encol. Inexistência. Sistemática anterior às alterações impostas à Lei nº 4.591/64 pela Lei nº 10.931/04. [...] 2. Embora o art. 43, III, da Lei nº 4.591/64 não admita expressamente excluir do patrimônio da incorporadora falida e transferir para comissão formada por adquirentes de unidades a propriedade do empreendimento, de maneira a viabilizar a continuidade da obra, esse caminho constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função

3. Modo peculiar de extinção dos contratos de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária

É a partir desses pressupostos e visando assegurar a realização da função social dessa espécie de contrato, que a Lei 4.591/1964 contempla procedimentos extrajudiciais destinados a viabilizar a recomposição de situações de mora, tanto em relação à obrigação de o incorporador manter o controle orçamentário da incorporação e o ritmo da obra como em relação à obrigação de pagamento exigível do promitente comprador.

Quanto à obrigação do incorporador, o art. 43, VI, faculta aos adquirentes, por deliberação da maioria em assembleia geral, a destitui-lo da gestão da incorporação em caso de atraso injustificado da obra ou sua paralisação por mais de 30 dias.

Em relação ao inadimplemento da obrigação do promitente comprador, e considerando que as receitas das vendas são vinculadas à execução da obra (Lei 4.591/1964, art. 31-A, e CPC, art. 833, XII), o art. 63 da Lei 4.591/1964 institui procedimento extrajudicial de resolução do contrato, seguido de leilão do imóvel, como forma de recompor o fluxo financeiro do empreendimento com vistas à preservação do programa contratual, destinando o produto apurado ao pagamento do débito e o saldo, se houver, ao adquirente inadimplente.

A adequação desse procedimento à racionalidade econômica e social da incorporação imobiliária é ressaltada por Caio Mário da Silva Pereira: “a Lei nº 4.591, de 1964, estabeleceu um procedimento de venda que se realiza sem delongas, e com todas as garantias para o adquirente (...). O leilão oferece, portanto, o mais equânime dos critérios: presteza na solução; reversão ao condomínio do preço apurado com as deduções

social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes e não dos interesses meramente individuais de seus integrantes. 3. Apesar de o legislador não excluir o direito de qualquer adquirente pedir individualmente a rescisão do contrato e o pagamento de indenização frente ao inadimplemento do incorporador, o espírito da Lei nº 4.591/64 se volta claramente para o interesse coletivo da incorporação, tanto que seus arts. 43, III e VI, e 49, autorizam, em caso de mora ou falência do incorporador, que a administração do empreendimento seja assumida por comissão formada por adquirentes das unidades, cujas decisões, tomadas em assembleia, serão soberanas e vincularão a minoria. 4. Recurso especial provido.” (REsp 1.115.605-RJ, rel. Min. Nancy Andrigli, *DJe* 18.4.2011).

previstas; entrega do saldo ao adquirente faltoso.”¹³

4. Resolução judicial do contrato de promessa de compra e venda. A Súmula 543/STJ

Na medida em que o critério de restituição estabelecido pela Lei 4.591/1964 tem aplicação restrita ao procedimento de resolução extrajudicial, e inexistindo definição legal específica sobre a restituição decorrente de resolução judicial, as empresas incorporadoras passaram a estipular cláusula de parcelamento da restituição das quantias pagas ao adquirente inadimplente, a partir da conclusão da obra ou, alternativamente, contra a revenda da unidade.

Tal estipulação, entretanto, foi rejeitada pela jurisprudência, seja sob argumento de enriquecimento sem causa, partindo-se do pressuposto de que o incorporador revenderia o imóvel sem propiciar ao adquirente a imediata recuperação das quantias pagas (AgRg no Ag 866542-SC, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 11.12.2012), ou por considerar abusiva a cláusula de restituição parcelada (AgRg no AREsp 525955-SC, rel. Min. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 4.9.2014) e, ainda, considerando que a promessa configura relação de consumo, essa cláusula seria sempre abusiva, devendo as quantias pagas ser restituídas imediatamente, integralmente, em caso de culpa exclusiva do incorporador, ou parcialmente, em caso de inadimplemento da obrigação do adquirente (REsp 1300418-SC, rel. Min. Luís Felipe Salomão, 2ª Seção, DJe 10.12.2013).

Esse último Recurso Especial foi submetido ao rito dos recursos repetitivos, dando origem ao verbete 543 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, do seguinte teor:

¹³ Caio Mário da Silva Pereira, *Revista dos Tribunais*, v. 712, p. 107: “A Lei nº 4.591, de 1964, estabeleceu um procedimento de venda que se realiza sem delongas, e com todas as garantias para o adquirente. Requer a constituição em mora, com prazo de dez dias para a respectiva purgação. A venda se efetua em leilão público. (...). O leilão oferece, portanto, o mais equânime dos critérios: presteza na solução, reversão ao condomínio do preço apurado com as deduções previstas; entrega do saldo ao adquirente faltoso. Ninguém se apropria do remanescente ou de qualquer diferença na apuração de haveres. Efetuado o leilão com observância das normas contidas no art. 63 e seus parágrafos, não se pode nele enxergar enriquecimento sem causa (quer para o incorporador, quer para o condomínio) ou condição abusiva. Em confronto com o CDC, que é tão zeloso da defesa do consumidor, não se vislumbra aí qualquer das práticas abusivas mencionadas no art. 39 do CDC.”

“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.”

A construção jurisprudencial sintetizada na Súmula contempla três aspectos dignos de nota em relação às peculiaridades das promessas de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária: (i) qualificação do modo de extinção da promessa; (ii) critério de indenização das perdas e danos decorrentes do inadimplemento do promitente comprador e (iii) momento da restituição.

No que tange aos dois primeiros aspectos, e coerentemente com a definição legal dessa espécie de promessa de venda como contrato irrevogável, a Súmula 543 (i) reconhece que sua extinção por inadimplemento se dá mediante *resolução culposa*, modo de extinção distinto da *resilição*¹⁴, e (ii) contempla a indenização das perdas e danos resultantes do

¹⁴ Nas instâncias ordinárias registram-se divergências quanto ao modo de extinção da promessa, havendo acórdãos que atribuem à extinção por inadimplemento, indistintamente, a qualificação de *resilição* e *resolução*. Alguns raros acórdãos adequam o pedido de *resilição unilateral* formulado pelo adquirente e, reconhecendo a caracterização de *inadimplemento antecipado* da obrigação do adquirente, *decretam a resolução* da promessa: “Direito do consumidor, direito civil e processual civil. Promessa de compra e venda de lote de terreno celebrada em caráter irrevogável e irrevogável. Pretensão de obrigação de fazer cumulada com pedido indenizatório de danos materiais. Sentença de improcedência dos pedidos. Apelação cível interposta pela parte ré, visando à reforma parcial do julgado. Ausência de mora do promitente vendedor. Impossibilidade de desistência imotivada pelo promitente comprador. Isonomia e equilíbrio contratual. Incidência dos arts. 22 do decreto-lei 58/37, da lei 6.766/76 e artigo 463 do código civil. Recomendação do item 5 do pacto global para aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadores e consumidores assinado por este egrégio tribunal de justiça no sentido de que a irrevogabilidade só pode ser superada mediante consenso entre as partes e preexistência de cláusula contratual autorizativa. Inocorrência de tais circunstâncias no caso concreto. Inadequação em atribuir ao promitente vendedor todos os ônus da crise econômica que assola o país. Entendimento versado no verbete nº 543 do col. STJ (retenção de valores na hipótese de culpa do adquirente) que só se aplica às hipóteses de resolução do contrato. 1. A promessa de compra e venda irrevogável e irrevogável gera ao comprador o direito à adjudicação do imóvel. Por outro lado, por isonomia e equilíbrio contratual, deve garantir ao vendedor a impossibilidade de *resilição unilateral* do contrato pelo adquirente que não mais tem interesse econômico na últimação da avença; 2. In casu, o Autor solicitou a rescisão do contrato de compra e venda de lote de terreno, justificando seu pedido, na difícil situação econômica do país, entretanto, não logrou êxito em comprovar, a redução de suas condições financeiras, que justificassem a impossibilidade de continuidade do pagamento das parcelas avançadas. Verifica-se, portanto, tratar-se o caso concreto, de desistência imotivada do negócio jurídico, pelo promitente comprador. 4. O entendimento jurisprudencial, consolidado no verbete sumular nº 543 do Colendo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que é devida a retenção de parte dos valores quando a culpa pela frustração do negócio for imputável ao comprador é aplicável apenas aos casos de resolução do contrato, não de desistência; 5. Nesse diapasão, não se pode impedir o promitente vendedor de cobrar seu crédito pelos meios legalmente legítimos (negativação do consumidor, execução etc.). Isso significaria imputar ao fornecedor todos os ônus da crise econômica que assola o país, entendimento contraproducente e juridicamente insustentável. Acolhimento, enquanto instrumento de assistência à atividade jurisdicional,

inadimplemento do adquirente, permitindo, nesse caso, retenção de parte das quantias pagas ou (iii) caso o descumprimento da obrigação seja do incorporador, determina a devolução da integralidade dos valores pagos.

Já em relação ao momento da restituição, a Súmula 543 suscita reflexão, tendo em vista que a exigibilidade imediata nela prevista é incompatível com a racionalidade econômica da incorporação imobiliária e com o regime legal de vinculação das suas receitas à execução da obra e pode dar causa a desfalque do orçamento da construção, comprometendo a execução do programa contratual, em detrimento do interesse comum da coletividade dos contratantes da incorporação.

5. Definição legal de critério de restituição. A Lei 13.786/2018

Essas e outras questões foram objeto de intenso debate nos anos 2014/2018, período em que o rompimento de contratos chegou a alcançar cerca de 45% do total das promessas de venda do mercado.

Nesse contexto, vários Projetos de Lei foram apresentados na Câmara e no Senado visando a regulamentação da matéria, entre eles o Projeto de lei 1.220/2015, convertido na Lei 13.786/2018, que introduz novas disposições na Lei 4.591/1964, entre as quais o art. 67-A e seus parágrafos, pelos quais

- a) confere ao promitente comprador o exercício do arrependimento em prazo determinado (hipótese de rescisão unilateral);
- b) reafirma a irretratabilidade da promessa de compra e venda se não exercido nesse prazo o direito de arrependimento;

das recomendações contidas no item 5 Pacto Global Para Aperfeiçoamento Das Relações Negociais Entre Incorporadores e Consumidores assinado por este Egrégio Tribunal de Justiça. 6. Recurso a que se nega provimento, com majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais, nos termos do artigo 85 §º 11, Código de Processo Civil.” (TJRJ, 25ª Câmara Cível, Apelação 0008920-15.2016.8.19.0028, rel, Des. Werson Rego, DJE 20.2.2019).

- c) dispõe sobre o modo de resolução culposa, estabelecendo as hipóteses de culpa do incorporador¹⁵ e do adquirente¹⁶, bem como a forma e o momento da restituição de parte das quantias pagas pelo promitente comprador e
- d) estabelece limite para indenização das perdas e danos decorrentes do inadimplemento da obrigação do promitente comprador, fixado em percentual sobre as quantias pagas.

Traço característico merecedor de destaque é a irretratabilidade. Tal como adiantado acima, os §§ 10, 11 e 12 do art. 67-A conferem ao promitente comprador direito de arrependimento no prazo de sete dias, contados da assinatura da promessa, caso tenha sido celebrada fora da sede da incorporadora, ratificando a irretratabilidade prevista no § 2º do art. 32 caso o adquirente não exerça essa faculdade nesse prazo.

Nesse sentido, o art. 67-A e seus §§ 1º ao 8º deixam claro que, confirmada a irretratabilidade pelo não exercício do direito de arrependimento, extingue-se esse contrato mediante “distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente.”

Como se nota, excetuada a hipótese do arrependimento temporário, a lei exclui qualquer possibilidade de rescisão unilateral.¹⁷

¹⁵ O inadimplemento do *construtor* encontra fundamento no artigo 43-A, § 1º, ou seja, atraso da obra superior a 180 dias corridos da data estipulada contratualmente para a 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 o pagamento de multa (artigo 43-A, § 2º). Também é hipótese que autoriza a resolução do contrato a ausência do dever de informação, determinado no artigo 35-A, que permite a extinção do contrato, não sendo atendido o quanto determina o artigo 35-A, § 1º.

¹⁶ 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 745/69, que assim dispõe: “Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n. 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 n. 13.097, de 2015)”.

¹⁷ A par das normas da Lei 4.591/1964, que excluem a possibilidade de rescisão unilateral, também não há normas no CDC que a permitam para essa espécie de contrato, pois os dispositivos que tratam dessa forma de extinção do contrato (arts. 20, II, e 49) restringem-se a contratos de menor monta e de quase nenhuma complexidade, celebrados “especialmente por telefone ou a domicílio”, não sendo admitida sua aplicação a contratos solenes, complexos e de grande monta, como é o caso do contrato de incorporação. O § 1º do art. 51 do Projeto de Lei do CDC, que tratava da restituição de quantias pagas pelo promitente comprador foi vetado, com fundamento em que é “necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda,” o que veio a ser parcialmente alcançado pela sanção da Lei 13.786/2018. Ademais, em julgado proferido antes da edição da Lei 13.786/2018, o Tribunal de Justiça de São Paulo entendeu que o direito de arrependimento estipulado no artigo 49, do CDC, era incompatível na aquisição de

No tocante à resolução judicial por inadimplemento da obrigação de entregar o imóvel em prazo não superior a 180 dias corridos da data estipulada contratualmente, faculta-se ao adquirente manifestar a pretensão resolutória, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida (art. 43-A, § 1º). Se, por outro lado, o adquirente optar pela manutenção do contrato, poderá cobrar cláusula penal moratória pelo período de atraso da entrega da unidade (art. 43-A, § 2º).

Caso o descumprimento contratual seja do adquirente e as partes não acordarem em celebrar resilição bilateral (distrato), a promessa será extinta mediante resolução culposa. A resolução poderá ocorrer de forma extrajudicial, seja por meio do procedimento regulamentado pelo art. 63 ou mediante exercício dos direitos conferidos no Decreto-Lei 745/1.969. Sem prejuízo, a declaração de resolução também poderá decorrer de ação judicial.

Quanto aos efeitos da resolução judicial em razão do descumprimento das obrigações do adquirente, a lei limita a cláusula penal a 25% das quantias pagas, devendo a restituição ser feita em 180 dias após a resolução ou 30 dias após a revenda do imóvel, o que ocorrer primeiro. Se a incorporação estiver submetida ao regime da afetação, a cláusula penal é limitada a 50% das quantias pagas e a restituição será feita em até 30 dias após o habite-se ou 30 dias após a revenda do imóvel, o que ocorrer primeiro (art. 67-A).

Em ambos os casos, o valor da restituição será deduzido não apenas das quantias correspondentes à cláusula penal, mas também à comissão de corretagem eventualmente paga.

O valor dessas penalidades não pode exceder o montante pago pelo adquirente, exceto

imóvel no estande de vendas: “COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA – Desistência do negócio – Rescisão por iniciativa do compromissário 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; j. 15/08/2017; Data de Registro: 16/08/2017).

quanto às quantias devidas pela fruição, que serão devidas pelo adquirente se o imóvel lhe tiver sido disponibilizado, e pode ser compensado com a quantia a ser a ele restituída. Essas normas aplicam-se a toda situação de inadimplemento que justifique a resolução judicial das promessas, inclusive àquela caracterizada pela superveniência de incapacidade de pagamento que caracterize inadimplemento anterior ao termo,¹⁸ assim considerada a ação ou omissão do devedor que constitui grave violação do contrato.¹⁹

A nova lei cuida de ressalvar que as condições e os prazos de restituição previstos no art. 67-A têm por objeto, restritivamente, a *resolução judicial* de promessa por inadimplemento de obrigação do adquirente e não se aplicam aos procedimentos de extinção de contrato seguidos de leilão, nos quais “a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva lei especial,” como expressamente dispõe o § 14 do art. 67-A.²⁰ Apesar de resultar de prolongado e amplo debate no Congresso Nacional, envolvendo intensa participação das entidades de defesa do consumidor e do setor produtivo, ainda assim registram-se algumas controvérsias e impropriedades no texto legal.

Quanto à penalidade pelo inadimplemento, por exemplo, embora, a rigor, sua fixação com exatidão dependa de aferição das perdas e danos no caso concreto, sua pré-fixação em cláusula penal em percentual limitado pela lei afasta o risco de abusividade, que deu causa à aprovação do enunciado 543 da Súmula do STJ, e de variações arbitrárias nas decisões.

¹⁸ ASSIS, Araken de, *Resolução do contrato por inadimplemento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 6. ed., 2019, pp. 86 e seguintes; TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. Tratamos da matéria em nosso *Incorporação Imobiliária* (Rio de Janeiro: Gen-Forense, 5. ed., 2019, pp. 361 e seguintes).

¹⁹ AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 2003, 2. ed., rev. e atual., p. 127.

TERRA, Aline de Miranda Valverde, *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009, p. 273. Ademais, mais recentemente, em razão da pandemia, a doutrina passou a rediscutir se a perda da capacidade financeira do adquirente seria fundamento para a resolução do contrato sem culpa, permitindo-lhe receber a totalidade dos valores pagos. Em artigo recente, Alexandre Gomide e José Fernando Simão ressaltaram que “enquanto a obrigação do incorporador é de fazer, o adquirente obriga-se a pagar. Elimina-se, desde logo, a hipótese de impossibilidade no cumprimento da obrigação do adquirente por caso fortuito ou força maior, o que autorizaria a resolução sem culpa”. (GOMIDE, Alexandre Junqueira. SIMÃO, José Fernando. *Incorporação imobiliária: resolução / revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia*. In: *Estudos de direito imobiliário: homenagem a Sylvio Capanema de Souza*. São Paulo: Editora IBRADIM. 2.020. p. 245).

²⁰ A par do procedimento de resolução, o promitente vendedor (incorporador) pode optar pela execução do seu crédito (CPC, arts. 783 e ss), caso em que promoverá a penhora do direito aquisitivo do promitente comprador e/ou de outros bens integrantes do seu patrimônio. A execução pode ser justificada como alternativa à resolução nos casos em que o promitente comprador tenha efetivado pagamento de parcela expressiva do preço, situação passível de caracterizar adimplemento substancial.

De outra parte, os limites legais constituem elementos de previsibilidade dos efeitos do inadimplemento contratual indispensáveis como fator de alocação de risco e de maior segurança jurídica ao procedimento de liquidação.

Outro aspecto peculiar na nova lei é a fixação de limite de retenção para o distrato e em percentual idêntico ao aplicável à resolução, que, embora constitua uma atecnia (sendo negócio jurídico consensual, o distrato é livremente convencionado, cf. § 13 do art. 67-A), pode estimular as partes a optar pelo desfazimento amigável, evitando a delonga do processo judicial e o dispêndio de custas, honorários de advogado e os ônus da sucumbência.

Inovação relevante da nova lei é o diferimento da restituição das quantias pagas em caso de inadimplemento da obrigação do adquirente. Trata-se de norma coerente com o regime de vinculação de receitas e atende ao interesse comum da coletividade dos contratantes.

Contudo, a diferenciação dos prazos de restituição – 180 dias após a resolução, nas incorporações não afetadas, e 30 dias após o “habite-se”, para as incorporações afetadas – é arbitrária, pois desconsidera a razão de ser do regime de vinculação de receitas, que, como se sabe, é evitar que a drenagem de recursos do orçamento da construção retarde o cumprimento do cronograma físico da obra e comprometa ou frustre a satisfação das legítimas expectativas da coletividade dos adquirentes, esteja o empreendimento afetado ou não. É, portanto, absolutamente injustificável a dos prazos de restituição das quantias ao adquirente.

6. Conclusão

Os elementos de caracterização da promessa de venda de imóveis a construir, aqui sintetizados, revelam que a primazia conferida pela Lei 4.591/1964 à recomposição do fluxo financeiro da incorporação imobiliária, em face do direito individual do adquirente inadimplente, é justificada pela necessidade de preservação dos recursos orçamentários destinados à execução da obra, da qual resulta a satisfação das legítimas expectativas da coletividade dos contratantes.

Essa ordem de preferência não foi adotada pela jurisprudência, que, em relação à resolução das promessas de venda que caracterizem relação de consumo, consolidou-se na Súmula 543/STJ, segundo a qual as quantias pagas devem ser restituídas imediatamente ao adquirente, independente da recomposição do fluxo financeiro da obra.

A aprovação dessa Súmula foi justificada, à época, pela necessidade de coibir a estipulação de cláusula abusiva, que, em caso de desfazimento da promessa, possibilitava ao incorporador revender o imóvel sem assegurar ao adquirente a imediata recuperação das quantias pagas.

A despeito de a Súmula 543/STJ ter por objeto, restritivamente, (i) a *resolução* de promessas (ii) que caracterizem *relação de consumo*, sua aplicação se faz sem observância do procedimento de distinção, passando a ser reconhecida como fundamento para *resilição unilateral* por simples ‘conveniência do comprador’²¹ (a despeito da irretratabilidade) e a beneficiar *investidores*.

As liberalidades na aplicação da Súmula 543/STJ se intensificaram na segunda metade da década de 2010, quando o volume de quebra de contratos atingiu quase metade dos negócios do setor e desencadeou, sucessivamente, (i) paralisação de obras, (ii) destituição de incorporadoras e investidura da comissão de representantes dos adquirentes na gestão da incorporação e (iii) procedimentos de recuperação judicial de empresas incorporadoras. Essa escalada de efeitos negativos deu origem a um ambiente no qual são revelados os rostos dos consumidores atingidos pelos efeitos da restituição de dinheiro ao adquirente inadimplente. É que, investidos na gestão de incorporação em regra com orçamento deficitário, os adquirentes serão compelidos a redirecionar parte desses poucos recursos ou a pagar diretamente a restituição das quantias pagas, mediante aporte de cotas extraorçamentárias.

Essas graves distorções decorrentes de desvios na dinâmica desse precedente – cujo procedimento de distinção exigiria a rejeição de sua aplicação a pretensões de (i) *resilição*

²¹ “[...] a lei consumerista autoriza a resilição do compromisso de compra e venda por *conveniência do comprador* (arts. 6º, V, 51, II, 53 e 54). No mesmo sentido vem a Súmula 1 desta corte” (TJSP, 9ª Câmara de Direito Privado. Apelação 1037516-86.2014.8.26.0506, rel. Des. Galdino Toledo Júnior, j. 27/11/2018).

e de (ii) resolução de promessa não caracterizada como relação de consumo – justificam, por si só, uma necessária correção de rumo.

Além disso, tais distorções despertam a atenção para os fundamentos da posituação do regime de vinculação das receitas das promessas de venda à execução da construção (Lei 4.591/1964, arts. 31-A e ss., com a redação dada pelo art. 53 da Lei 10.931/2004), da consequente impenhorabilidade dessas receitas (CPC, art. 833, XII) e do diferimento da restituição das quantias pagas ao adquirente inadimplente (Lei 13.786/2018), que afastam qualquer dúvida sobre a necessidade de adequação dos efeitos restitutórios da resolução judicial das promessas de venda à racionalidade econômica e à função social da incorporação imobiliária, ressaltadas no acórdão do REsp 1.115.605-RJ citado ao longo deste artigo.

Assim, a par da necessidade de correção dos desvios observados na dinâmica de aplicação da Súmula 543/STJ, a superveniência de norma legal em sentido diverso conduz naturalmente à superação do precedente, como reconhece a doutrina²², justificando-se sua adequação ao regime jurídico de vinculação das receitas das promessas ao orçamento da construção, visando assegurar a primazia da satisfação das legítimas expectativas da coletividade dos contratantes em face do interesse individual do adquirente.

²² A propósito da superação de precedentes, Ravi Peixoto observa que “no caso de alteração do texto normativo, a superação ocorre a partir da vigência do início do novo texto. Sequer há necessidade de prévia manifestação do Poder Judiciário, até porque tem-se a presunção de constitucionalidade no direito brasileiro. Nos casos em que há a alteração do texto normativo, não se aplicam as condicionantes da superação, já que ele é realizado pelo Poder Legislativo”. (PEIXOTO, RAVI. A superação de precedentes (*overruling*) no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de Processo Comparado*. v. 3 (junho-novembro 2016).