

A CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva

THE PENALTY CLAUSE IN REAL ESTATE INCORPORATION CONTRACTS

RESUMO

A regulamentação da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de imóveis submetido ao regime de incorporação imobiliária prevista na Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, não afasta o dever do Judiciário de controlar a proporcionalidade da cláusula penal, mesmo que submetida aos limites previstos no novo diploma legal. No presente trabalho, serão oferecidas ferramentas, para que o mencionado controle seja feito de maneira objetiva, por meio da decomposição analítica dos elementos que constituem as perdas ordinariamente advindas dessa modalidade de extinção contratual e da atribuição a elas do peso de 20% sobre a totalidade da cláusula penal. Objetiva-se, com isso, disponibilizar critérios que ofereçam padrões mais claros para a tomada de decisão, evitando-se o subjetivismo e as decisões contraditórias.

» PALAVRAS-CHAVE: INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. RESCISÃO UNILATERAL. CLÁUSULA PENAL. DECOMPOSIÇÃO ANALÍTICA.

ABSTRACT

The regulation of the unilateral termination of real estate purchase and sale contract subject to the real estate development regime, carried out by Law 13.786 of December 27, 2018, does not detract the judiciary's duty to control the proportionality of the flat-rate damages clause, even if subject to the limits contained in the new legal diploma. The present work seeks to offer tools for such control to be done in an objective way, through analytical decomposition of the elements that make up the losses ordinarily coming from such modality of contractual extinction and assigning to them a weight of 20% over the totality of the penal clause. The objective is to provide criteria for decision making that offers clearer standards, avoiding subjectivism and contradictory decisions.

» KEYWORDS: REAL ESTATE INCORPORATION. UNILATERAL TERMINATION. FLAT-RATE DAMAGES CLAUSE. ANALYTICAL DECOMPOSITION.

INTRODUÇÃO

O objetivo, no presente artigo, é analisar a incidência da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária sob a perspectiva da jurisprudência e da legislação de regência, em especial as alterações promovidas pela Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, buscando, ao fim, ofertar ao magistrado solução empírica e objetiva, para ser utilizada na realização do controle de proporcionalidade da pena convencional.

Visando atingir tal objetivo, será analisada, na primeira parte do trabalho, a extinção contratual contextualizada no contrato de incorporação imobiliária, e serão expostas as alterações promovidas pela Lei 13.786 de 2018.

Após, na segunda parte do trabalho, serão demonstrados, especificamente, os efeitos da extinção do contrato de incorporação imobiliária promovida unilateralmente pelo comprador, concentrada a análise na incidência da

cláusula penal convencionada e demonstrado, ainda, o dever imposto ao juiz pelo ordenamento jurídico, de realizar o controle da incidência da cláusula penal convencionada no caso concreto.

Por fim, na terceira parte, propõe-se a possibilidade de decomposição analítica dos elementos que compõem as perdas potencialmente surgidas com o rompimento contratual unilateral, demonstrando a relação deste com a incidência da cláusula penal e apresentando uma forma objetiva de análise de proporcionalidade no caso concreto.

1 A COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA E A RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A Lei 13.786 de 2018 altera substancialmente o quadro relativo aos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação e parcelamento, especialmente no que tange à resolução de tais contratos, motivo pelo qual se mostra importante conceituar, nesta primeira parte, os regimes de extinção contratual e as normas de regência que regulamentam a incorporação imobiliária.

1.1 AS MODALIDADES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL

A extinção contratual decorre, idealmente, do cumprimento das obrigações veiculadas em determinado contrato por meio da obtenção da quitação (art. 320 do Código Civil brasileiro). Entretanto, a referida extinção pode ocorrer, sem que tenha havido o cumprimento das obrigações, em virtude de fatores anteriores, concomitantes ou supervenientes à pactuação.

Quanto aos fatores anteriores, basicamente são os procedentes das nulidades (arts. 166, 167 e 171 do Código Civil brasileiro); as causas concomitantes identificam-se especialmente com as hipóteses em que se faz uso de cláusula resolutiva expressa ou tácita (arts. 474 e 475 do Código Civil brasileiro), de cláusula de arrependimento (art. 420 do Código Civil brasileiro) ou nas hipóteses de redibição (art. 441 e seguintes do Código Civil brasileiro); enquanto as causas supervenientes podem se dar, essencialmente, em decorrência de resolução ou de resilição.

A resolução traduz a dissolução do contrato em caso de inadimplemento, ou seja, nas hipóteses de descumprimento voluntário ou involuntário da obrigação, assim como quando uma das partes considera existente hipótese de onerosidade excessiva nos termos dos arts. 478 a 480 do Código Civil brasileiro.

A autorização para a resolução por inadimplemento pode estar prevista expressamente no negócio jurídico pactuado pelas partes, ou o ato de resolução pode encontrar fundamento na lei por meio da denominada cláusula resolutória tácita, contida no art. 474 do Código Civil brasileiro.

A resilição, a seu turno, “refere-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou ambas as partes.” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 281). Divide-se em unilateral e bilateral, conforme a manifestação de vontade tenha partido de uma ou de ambas as partes.

Tendo em vista a força obrigatória dos contratos, é certo que, em regra, o Direito Civil brasileiro trata a rescisão como fenômeno bilateral, decorrente de comum acordo entre as partes, a qual também se costuma denominar “distrato”, conforme art. 472 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita, conforme estatuído pelo art. 473 do Código Civil brasileiro, pode ocorrer a rescisão unilateral da avença por força de manifestação da vontade de apenas uma das partes, desde que expressamente participada ao outro contratante, no que se convencionou chamar de “denúncia”.

Deve-se observar, nesses casos, a regra do parágrafo único do mesmo dispositivo, que limita o poder de rescisão unilateral, condicionando-o ao curso de prazo “compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” realizados pela parte que não efetuou a denúncia.

O objetivo da Lei 13.786 de 2018, embora permeada por atecniais redacionais¹, foi regulamentar a rescisão unilateral nos contratos de incorporação imobiliária e nos contratos de loteamento urbano.

1.2 O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E A RESCISÃO UNILATERAL

Os contratos de compra e venda de imóveis no Brasil são regulados, basicamente, pelos seguintes diplomas legislativos: Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964; Decreto-Lei 745 de 7 de agosto de 1969; Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979; e Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil brasileiro).

Para além desses, há também a inequívoca incidência da Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), quando preenchidos os requisitos de sua incidência, notadamente quando configurada a existência de fornecedor de um lado, e de consumidor, do outro, na forma dos artigos 2º e 3º daquele diploma legal.

A Lei 13.786 de 2018 alterou as leis 4.591 de 1964, e 6.766 de 1979, que tratam, respectivamente, da incorporação imobiliária e do parcelamento do solo urbano na parte relativa à compra e venda de imóvel.

Quanto à incorporação imobiliária, conceitua-a o art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591 de 1964, como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (BRASIL, 1979).”

A doutrina de Arnaldo Rizzardo define a incorporação como a

atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção (RIZZARDO, 2015, p. 233).

Conforme mencionado, a Lei 4.591 de 1964 foi alterada pela Lei 13.786 de 2018, para inserção de disposições relativas à rescisão dos contratos por elas regulados, em especial os contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação e de compra e venda de unidades imobiliárias decorrentes do processo de loteamento ou desmembramento.

A Lei 13.786 de 2018 altera substancialmente a concepção originalmente desenvolvida sobre o instituto da rescisão no âmbito do contrato de incorporação e de parcelamento imobiliário, haja vista que passa a regulamentar o exercício da rescisão unilateral em ambos, ato jurídico que era considerado inviável na redação original das leis 4.591 de 1964, e 6.766 de 1979.

Nesse contexto, o art. 32, “a” e § 2º, da Lei 4.591 de 1964, marca com o signo da irretratabilidade tanto a obrigação do incorporador de efetuar todos os atos tendentes à efetivação da construção quanto a obrigação do comprador de permanecer desempenhando sua posição contratual, quitando as parcelas relativas à contraprestação relativa à aquisição de sua unidade imobiliária.

A opção por essa rigidez de regime decorre da relação existente entre a pessoa do incorporador e os contratantes interessados em adquirir unidades imobiliárias do empreendimento imobiliário, na exata medida em que o incorporador atua como espécie de organizador da coletividade de interesses dos adquirentes, os quais, por sua vez, se reúnem em torno do interesse comum, qual seja, a edificação do imóvel, que depende umbilicalmente do estrito cumprimento dos deveres de todas as partes envolvidas.

As orientações doutrinárias a respeito do tema são esclarecedoras:

A relação entre o incorporador e o adquirente se materializa através de um contrato particular individual. Essa relação revela várias dimensões, sendo as mais comuns a de aquisição e a de construção. Celebram-se os contratos com as pessoas individualmente, embora os regramentos e os interesses sejam coletivos, mesmo os que se dirigem ao cumprimento das avenças estabelecidas para o participante, posto que a todos traz efeitos (RIZZARDO, 2015, p. 253).

Portanto, dadas as peculiaridades do contrato, o incorporador e o comprador da unidade autônoma não estão autorizados por lei a buscar a resolução daquele em situações não expressamente previstas no regramento legal; porém, há exceções, basicamente, as previstas nos arts. 40 a 43 da Lei 4.591 de 1964, que tratam, em suma, do inadimplemento do comprador ou do incorporador.

Desse modo, o que se verifica é que, assim como se encontra vedada ao incorporador a rescisão unilateral da realização da incorporação, também não se mostra possível ao comprador, por expressa vedação legal, promover a mesma modalidade de extinção contratual no que tange ao contrato de aquisição de unidade autônoma.

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, acentuou-se a controvérsia sobre a possibilidade de rescisão unilateral do compromisso de aquisição de unidade autônoma, e, após longo debate acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor autorizaria a rescisão unilateral do contrato aquisitivo de unidade imobiliária submetida a incorporação².

Sobre a fundamentação de tal entendimento, o escólio doutrinário da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Isabel Gallotti se mostra irreparável:

Esse direito, a princípio, foi afirmado com base em teorias como imprevisão, modificação do contrato por onerosidade excessiva, alteração da base do negócio. Em precedentes posteriores ao Código do Consumidor, foi considerada a ilegalidade de cláusulas que im-

ponham manifesta desvantagem ao devedor (art. 51, IV e § 1º, III), sendo enfatizado que o incorporador/construtor deve devolver imediatamente o valor pago pelo consumidor, uma vez que pode revender a unidade, eventualmente com lucro (GALLOTTI, 2018).

Esse entendimento, inclusive, conduziu à elaboração do Enunciado de número 543 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, consolidado com a seguinte redação:

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 (BRASIL, 2015).

Assim, consolidou-se o entendimento da jurisprudência pátria de admitir a rescisão unilateral dos compradores nos negócios jurídicos de compra e venda que envolvam a aquisição de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação ou loteamento.

Entretanto, mesmo após a consolidação desse entendimento, faltou a definição pela jurisprudência da questão relativa ao percentual de retenção a título de cláusula penal, que se consideraria consentâneo com a legislação consumerista nas hipóteses de rescisão unilateral por culpa do comprador desistente.

Embora a controvérsia não tenha sido enfrentada em sede de precedente submetido à sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil), foi analisada em número substancial de precedentes, conforme se pode verificar da Afirmação número 6, constante da Edição nº 110 da ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ, lavrada nos seguintes termos:

no caso de rescisão de contratos envolvendo compra e venda de imóveis por culpa do comprador, é razoável ao vendedor que a retenção seja arbitrada entre 10% e 25% dos valores pagos, conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados.

Cuida-se de tese publicada pelo Tribunal em outubro de 2018, com a menção dos seguintes precedentes: Ag. Int. no AREsp. 1.200.273/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 19/6/2018, DJE 26/6/2018; Ag. Int. no REsp. 1.395.252/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 5/6/2018, DJE 15/6/2018; Ag. Int. no REsp. 1.692.346/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 19/4/2018, DJE 26/4/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.121.909/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, julgado em 20/2/2018, DJE 28/2/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.140.299/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 5/12/2017, DJE 19/12/2017 e Ag. Int. no AREsp. 1.062.082/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 18/5/2017, DJE 23/5/2017.

Portanto, o que se verifica é que o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a retenção do percentual de 10% a 25% dos valores pagos se afigura como válida, em virtude da rescisão unilateral do promitente comprador, havendo ressalva, ainda, em grande parte dos julgados, à análise das circunstâncias de cada caso a partir da avaliação concreta dos prejuízos suportados.

Mas esse quadro é alterado substancialmente com a Lei 13.786, de 2018, a qual consolida a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos de compra e venda imobiliária submetidos ao regime de incorporação ou de loteamento e regulamenta os efeitos jurídicos advindos de tal ato jurídico.

Isso, porque, embora o art. 67-A, acrescido à Lei 4.591 de 1964, faça menção aos termos “distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente”, o que se percebe é uma incorreção técnica, na medida em que foi abordada como “distrato” o que, em verdade, é a rescisão unilateral por iniciativa do comprador.

Tal conclusão deriva da própria análise dos incisos desse dispositivo, que tratam da perda de valores pagos pelo comprador, em especial os atinentes à incidência da pena convencional. Ainda, as próprias razões inspiradoras da tramitação do Projeto de Lei 1.220/2015, que resultou na publicação da Lei 13.786 de 2018, evidenciam, em sua ementa, que este objetivava “Regulamenta(r) a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora.” (BRASIL, 2015)³.

No mesmo sentido, o art. 32-A da Lei 6.766 de 1979, incluído pelo mesmo diploma legal, ao afirmar que trata de “resolução contratual por fato imputado ao adquirente”, também deve ser lido, pelas mesmas razões, como dispositivo que regulamenta a rescisão unilateral.

Assim, embora tenha havido certa obscuridade sobre o tema, conclui-se que, em razão dos efeitos práticos da nova lei, se consolidou a possibilidade de rescisão unilateral, se tornando necessária, portanto, a análise dos efeitos jurídicos dela decorrentes em virtude da nova legislação, em especial, as questões atinentes à aplicação da cláusula penal.

1.3 BREVES NOTAS SOBRE O QUADRO FÁTICO SUBJACENTE À PUBLICAÇÃO DA LEI 13.786 DE 2018

Verificada a alteração promovida pela atuação do Poder Judiciário no que se refere à extinção unilateral do contrato de incorporação, a publicação da Lei 13.786 de 2018 constituiu resposta do Legislativo brasileiro à demanda surgida em decorrência do crescente sentimento de insegurança jurídica que permeava os contratos de incorporação imobiliária nas hipóteses de resolução ou de rescisão contratual.

Dada a antiguidade da publicação da lei que regulamenta a incorporação imobiliária (Lei 4.591 de 1964), assim como da lei que trata do parcelamento urbano (Lei 6.766 de 1979), a crescente demanda por habitação e a constante alteração do quadro econômico conduziu à criação de situação jurídica complexa, cuja solução vinha sendo majoritariamente oferecida pelo Judiciário.

Além da questão relativa à antiguidade dos diplomas legais, tal fenômeno decorre também de alterações socioeconômicas, em especial a decorrente da conjunção da forte expansão do mercado imobiliário brasileiro nas últimas décadas⁴, em resposta ao déficit habitacional substancial existente⁵, aliada aos deletérios efeitos da crise econômica que atingiu o país a partir de 2014, que conduziu uma série de contratantes a procurar a rescisão de seus contratos por força da diminuição de sua capacidade financeira ou em decorrência da desvalorização sofrida por algumas unidades⁶.

Sobre o tema, em nota técnica elaborada pelo Ministério da Fazenda, afirma-se que

O distrato, por sua vez, ocorre, essencialmente, por três razões:

- 1) dificuldades financeiras supervenientes dos compradores (perda de emprego, por exemplo);
- 2) dificuldade de obtenção de financiamento para quitar o saldo devedor na entrada do imóvel;
- 3) perda de valor de mercado do imóvel.

Nesse contexto, embora não haja dados consolidados acerca da quantidade percentual do aumento do número de resoluções contratuais, o setor da construção civil se viu diante de impacto considerável em seus balanços econômicos em decorrência de tal fenômeno⁷, a qual, segundo levantamentos realizados, pode estar relacionada à especulação imobiliária, ocasião em que o comprador do imóvel o adquire em fase de construção, visando à valorização durante o processo, para, posteriormente, obter lucros⁸.

Essa dinâmica conduziu a constante pressão sobre o Legislativo brasileiro para a votação de projeto que atualizasse a legislação pátria referente à regulamentação da rescisão dos contratos de incorporação imobiliária.

Foi nessa esteira que o Projeto de Lei 1.220/2015, apresentado pelo deputado Celso Russomanno (PRB/SP) em 22/4/2015, recebeu especial atenção dos legisladores, e a ele foram apensados os demais projetos que tratavam especificamente da matéria relativa à extinção do contrato de compra e venda de imóvel.

Esse Projeto de Lei veio a ser aprovado, com modificações, pelo Legislativo brasileiro em 5 de dezembro de 2018, sob a relatoria do deputado Jose Stédile (PSB-RS), vindo a se tornar a Lei Ordinária 13.786/2018 após sanção presidencial, em 27 de dezembro de 2018.

2 OS EFEITOS JURÍDICOS DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Reanalisados os institutos jurídicos ligados à extinção contratual e apurado o quadro jurídico de extinção unilateral ligado aos contratos de incorporação imobiliária, nesta parte do trabalho analisa-se a situação jurídica da resilição unilateral diante da nova legislação.

O já mencionado art. 67-A acrescido à Lei 4.591 de 1964, estabelece que, nas hipóteses de resilição unilateral do contrato, o comprador fará jus à restituição das parcelas que houver pago, descontados os seguintes encargos: 1) “integralidade da comissão de corretagem”; 2) “pena convencional” de até 25% ou de até 50% nas hipóteses em que “a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F” do mesmo diploma legal; 3) valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*; e 4) demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato (BRASIL, 1964).

Observa-se, portanto, no que interessa a este trabalho, que a nova lei legaliza a cláusula penal que autoriza a retenção de até 50% dos valores pagos pelo comprador até a rescisão unilateral promovida pelo comprador, em divergência com o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes já mencionados acima, o qual, como visto, limitava a retenção ao percentual de 25%.

A limitação contida nos precedentes encontrava fundamento no comando do art. 413 do Código Civil brasileiro, o qual dispõe que

A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (BRASIL, 2002).

Ainda, a redução dos percentuais de retenção de valores a título de aplicação de cláusula penal também encontrou fundamento no art. 51, inciso IV, e § 1º, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, por ter o Superior Tribunal de Justiça considerado que as cláusulas que previam retenção superior a 25% representavam manifesta desvantagem ao consumidor devedor.

Desse modo, tais fundamentos evidenciam que o advento do art. 67-A da Lei 4.591 de 1964 não foi capaz de, por si, impor barreira intransponível à redução do percentual de retenção, pois o art. 413 do Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública, cuja aplicação não se submete à disponibilidade e nem pode ser afastada pela publicação de lei especial⁹⁻¹⁰.

Assim, embora o legislador tenha positivado a cláusula de retenção de até 50% das parcelas, o julgador, por força do caráter de ordem pública das normas supracitadas, não pode se furtar a analisar, diante do caso concreto, se eventual retenção se mostra abusiva.

Esse já era, aliás, o entendimento que vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que os precedentes que tratam do tema e conduziram à elaboração da tese de jurisprudência relativa à limitação da retenção em 25% utilizam comumente expressões como “avaliando-se os prejuízos suportados” ou fazem referência ao “princípio da vedação do enriquecimento indevido”, ambas como indicativo de que, na definição do valor a ser retido, não pode o magistrado se descurar do conteúdo do já mencionado art. 413 do Código Civil brasileiro.

Destarte, a questão relativa à aplicação da cláusula penal em benefício do incorporador não se encontra definitivamente acertada pela simples previsão contratual consentânea com os limites estabelecidos pela legislação (art. 67-A, § 1º, I, e 2º, da Lei 4.591 de 1964), encontrando-se, ainda, submetida ao dever-poder do magistrado de, no caso concreto, calibrar a incidência da multa.

Ou seja, o simples fato de conter o contrato cláusula penal que preveja, por exemplo, a perda de 50% dos valores pagos, para além da comissão de corretagem, não é suficiente para afastar a possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, reduzir o percentual de perda, uma vez que essa atuação, como visto, é dever imposto pelo conteúdo do art. 413 do Código Civil brasileiro, dever que se acentua, quando a questão é submetida ao Código de Defesa do Consumidor por força do art. 51, IV, e § 1º, III, de tal diploma.

Portanto, em razão desse quadro, objetivando atingir racionalidade jurídica e atender à função social prevista nos dispositivos acima elencados, mostra-se salutar o estabelecimento de parâmetros para orientar a atuação do magistrado no caso concreto, visando afastar a possibilidade de ocorrência de excessos ou, no lado oposto, de omissão, evitando-se, ainda, a adoção de percentuais aleatórios como forma de atuação.

3 O CONTROLE DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Definida a questão relativa ao dever-poder de o juiz, no caso concreto, aferir a proporcionalidade da cláusula penal incidente no contrato de incorporação imobiliária, há de se rememorar, quanto à cláusula penal, que se trata de “penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido” (TARTUCE, 2011, p. 385) que possui, ainda, objetivo dúplice, pois

De acordo com a melhor doutrina, a cláusula penal tem basicamente duas funções. Primeiramente, a multa funciona como uma coerção, para intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (meio de coerção, com caráter punitivo). Além disso, tem função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação (caráter de estimativa) (TARTUCE, 2011, p. 385).

Portanto, é com base na composição específica da cláusula penal que se deve analisar sua incidência no caso concreto.

3.1 AS PERDAS E DANOS MÉDIOS DECORRENTES DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Inicialmente, o ponto de partida para definir, com a maior objetividade possível, o papel do magistrado no controle de legalidade e proporcionalidade da cláusula penal é identificar a extensão média dos prejuízos gerados pela resilição unilateral promovida pelo comprador.

Sobre o tema, recente estudo encomendado pela Associação Brasileira das Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) e produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) indica que a resilição unilateral pelo comprador gera o seguinte quadro:

Além da **redução de receitas** e das **despesas com a devolução das parcelas pagas**, surgem outros dois tipos de despesas. De um lado, os chamados **custos irrecuperáveis**, isto é, associados à revenda da unidade devolvida. De outro, os **custos financeiros** para obter capital a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas (FGV, 2019, grifo nosso).

Ainda, considerando que os “custos irrecuperáveis” “correspondem (em média) a 11% do total da receita obtida pelas vendas, o que equivale a 55% do valor pago no período pré-chaves” (FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras),¹¹ presume-se que tenha sido esse o entendimento adotado pelo legislador quando estabeleceu o conteúdo do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591 de 1964, o qual adota, como visto, o percentual máximo de 50% dos valores pagos como cláusula penal incidente na hipótese de resilição unilateral.

Utiliza-se aqui a expressão “presume-se”, porque da tramitação do projeto de lei nas casas legislativas nada se extrai sobre os dados empíricos ou sobre os fundamentos adotados para o estabelecimento de tal percentual, uma vez que o PL 1.220/2015 foi proposto, inicialmente, com a previsão do percentual de 10% de multa, inexistindo, no parecer do relator, deputado Jose Stédile (PSB-RS), qualquer justificativa sobre a eleição do percentual de 50% como limite legal à cláusula penal¹².

De todo modo, considerando esse quadro, dos fatores elencados pelo estudo citado e destacados na passagem acima transcrita, identifica-se, no que tange à prefixação de prejuízos, a existência de quatro fatores básicos que devem ser cobertos pela cláusula penal no caso da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de unidade imobiliária, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custeio da revenda da unidade devolvida; e 4) custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas.

Desses custos, o segundo, relativo às despesas com a devolução das parcelas pagas, encontra-se virtualmente neutralizado pelo conteúdo do art. 67-A, §§ 5º a 7º, da Lei 4.591 de 1964¹³, que autoriza a devolução dos valores apenas após a obtenção do “habite-se”, no caso de incorporação com patrimônio de afetação, ou em 180 dias do desfazimento, na hipótese de não ter sido constituído tal patrimônio, considerando, inclusive, que um dos objetivos da Lei é reforçar a tendência de estímulo à adoção do regime de afetação¹⁴.

Ainda, esses dispositivos têm o potencial de reduzir significativamente o conteúdo dos demais componentes dos prejuízos advindos da rescisão unilateral, pois, ao estabelecerem que a devolução do montante pode, também, ocorrer em até 30 (trinta) dias da revenda, nas hipóteses em que esta ocorra, estimulam o comprador a se engajar no processo de cessão de sua posição contratual e, com a manutenção do capital em poder da incorporadora, podem reduzir, ao menos parcialmente, dependendo do momento em que realizada a rescisão, a necessidade de busca de mútuo para cobertura de “descasamento entre receitas e despesas”, assim como viabilizar a permanência das receitas relativas ao comprador desistente, quando novo o substitui.

Portanto, a rescisão unilateral da promessa de compra e venda de imóvel, sob o regime da nova legislação, não gerará, com certeza, nenhum dos impactos financeiros acima elencados, uma vez que um deles foi virtualmente neutralizado (a devolução dos valores) e que os demais são passíveis de serem parcialmente reduzidos no caso concreto (prejuízos diretos relativos à redução de receitas, custos com a revenda da unidade devolvida e com o mútuo de capital para a continuidade do empreendimento).

Nesse contexto, quanto aos prejuízos diretos relativos à redução de receitas, os decorrentes do custeio da revenda da unidade devolvida e do custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas, pode-se definir como fundamental para análise da legalidade e da proporcionalidade da cláusula penal no caso concreto, em seu aspecto de antecipação de perdas, um fator essencial: a revenda da unidade¹⁵.

Isso, porque, se o comprador atua de maneira diligente e promove a revenda da unidade de modo eficiente e em curto tempo, a incorporadora não sofrerá a perda de receitas decorrentes da cota do comprador, nem incorrerá nas despesas decorrentes dos “custos irrecuperáveis”, assim como não se fará necessária a recomposição de caixa via mútuo, para fazer frente aos custos decorrentes da continuidade das obras, haja vista que o novo comprador passará a adimplir os valores da cota do desistente, tornando-se, portanto, injustificável a aplicação da integralidade da pena convencional.

Assim, identificadas as variáveis que compõem os prejuízos decorrentes da resilição unilateral, se mostra de especial relevo, visando atingir a objetividade reclamada pela segurança jurídica, a adoção de método objetivo que sirva de suporte à análise judicial concreta da cláusula penal.

3.2 OS FATORES QUE COMPÕEM A CLÁUSULA PENAL E A INFLUÊNCIA DELES NO CONTROLE DA INCIDÊNCIA DESTA

Dada a obrigatoriedade da atuação jurisdicional no controle de equidade da cláusula penal, assim como identificada a possibilidade de aferir os elementos que a compõem, faz-se necessária, para a correta incidência da mesma, a decomposição de seus fatores de maneira racional, a fim de estabelecer parâmetros objetivos para a sua incidência proporcional no caso concreto.

Para isso, o percentual de retenção a título de cláusula penal há de ser decomposto em cinco variáveis, considerando os fatores de antecipação de perdas e o caráter de desestímulo previsto na cláusula penal, dado o seu caráter dúplice, qual seja, o de antecipação das perdas e danos e o de reforço do cumprimento do contrato.

A parcela relativa à antecipação das perdas é composta pelos quatro elementos já mencionados, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custos irrecuperáveis associados à revenda da unidade devolvida; e 4) custos financeiros para obter capital, a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas.

A eles deve se somar o percentual relativo à coercibilidade da cláusula penal, o que conduz à divisão por cinco da integralidade do percentual fixado contratualmente para efeito de análise concreta da justiça de seus termos, fazendo com que cada um dos fatores corresponda a 20% da integralidade da cláusula penal convencional.

De partida, há de se considerar que sempre estará presente um dos cinco elementos, a necessidade de impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado deve ser respeitado.

De outro lado, na grande maioria das hipóteses, deve ser descontado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, haja vista que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da resilição.

Refere-se, aqui, à “grande maioria das hipóteses”, porque, nos casos em que inexista patrimônio de afetação, pode o incorporador comprovar, durante o processo, que incidiu nos custos relativos à devolução dos valores, sem que tenha logrado a revenda da unidade, constituindo esta justa causa à incidência dos 20% relativos ao percentual que diz respeito à cobertura de tais custos.

Derradeiramente, quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes: custos decorrentes da redução de receitas; despesas decorrentes da revenda da unidade devolvida; e custos financeiros para obter capital, a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas, na proporção de 20% cada, verifica-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade.

Assim, como já destacado, se o comprador ou o incorporador promovem a revenda da unidade em tempo razoável, após a resilição, verifica-se que nenhuma das duas despesas incidirá, e a cláusula penal, portanto, deverá ser reduzida em 60% de seu total.

Ao revés, se não houver a dita revenda e a unidade permanecer nos estoques da incorporadora, quando, por exemplo, do ajuizamento da ação, é forçoso o reconhecimento de que tal percentual há de compor a pena convencional pactuada pelas partes, onerando o comprador desistente.

Nesse quadro, pode-se, inclusive, balizar a incidência do percentual de 60%, por exemplo, por meio da adoção de uma relação entre determinada fração de tempo e uma fração do percentual em cada caso concreto. Por exemplo, pode-se entender que, dadas as peculiaridades do negócio jurídico de compra e venda de imóveis sob regime de incorporação, o comprador incidiria em 1% do total de 60% a cada quinze dias que passasse sem efetuar a venda, ou a cada semana na mesma situação.

Ademais, ciente da possibilidade de que a incorporadora pode opor injustificada resistência à cessão da posição contratual, deve o juiz, ainda, controlar essa conduta e, caso reconheça abusividade do exercício do direito, considerar como marco temporal para a incidência do percentual de 60% variável a data em que o comprador fez a primeira solicitação de sua substituição na posição contratual.

Esse raciocínio objetivo permite conferir funcionalidade à cláusula penal aplicável aos contratos de incorporação imobiliária, buscando dotar de padrões objetivos a autoridade judiciária quando da realização de juízo de controle por força da mesma, em virtude do comando imperativo contido no art. 413 do Código Civil brasileiro.

A fórmula adotada permite, ademais, a adequação justa dos valores, equilibrando a relação existente entre as partes, nos exatos termos afirmados no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo a

harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores (BRASIL, 1990).

Esse equilíbrio ocorre, ainda, na medida em que compartilha o ônus relativo à revenda da unidade, impondo-o também ao comprador, que passará a se engajar diretamente no processo de revenda, por passar esse fato a ser de seu interesse econômico, mitigando, também, os prejuízos que eventualmente possam ser acarretados aos demais componentes do coletivo interessado na execução da obra na incorporação imobiliária.

3.3 A MITIGAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL POR APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Por fim, ainda no que diz respeito à incidência concreta da cláusula penal no contrato de incorporação imobiliária, o intérprete não se pode descurar da incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, em especial dos artigos 6º, V; 51, IV, e § 1º, III, o que conduz à necessidade de serem observados, no caso concreto, os motivos aduzidos pelo consumidor para a realização do distrato.

Assim, se o consumidor comprova que a resilição decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou da não obtenção do financiamento para o recebimento das chaves, forçosa se torna a redução concreta do percentual a ser retido a título de cláusula penal.

Por se tratar de fato modificativo do direito vindicado pelo fornecedor ou de fato constitutivo de eventual pleito de devolução (art. 373, I e II, do Código de Processo Civil brasileiro), faz-se necessário que o consumidor o comprove nos autos, inexistindo viabilidade de que seja imposto ao fornecedor por força da inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de se lhe atribuir ônus impossível, o de provar fato negativo.

Nessas hipóteses, considerando a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o risco da atividade exercida pela incorporadora, pode-se cogitar a redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta, após a realização do controle de seus elementos, dada a alteração da base objetiva do negócio jurídico.

CONCLUSÃO

Conforme analisado, a resilição unilateral do contrato de compra e venda submetido ao regime de incorporação imobiliária, inicialmente reconhecida em decisões judiciais, passou a ser implicitamente aceita pela Lei 13.786 de 2018, a qual, visando estabilizar as controvérsias jurídicas existentes, procurou regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes da modalidade de extinção contratual em foco.

Considerando-se a incidência da cláusula penal inserida pelo art. 67-A acrescido à Lei 4.591 de 1964, e o dever-poder atribuído ao magistrado pelo art. 413 do Código Civil brasileiro, aliado, quando for o caso, ao art. 51, IV, e § 1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, ambos determinando o controle de equidade da cláusula penal no caso concreto, buscou-se a construção de método objetivo, para permitir que os magistrados possam proceder à respectiva análise da maneira mais objetiva possível, prestigiando, também, a segurança jurídica.

Haja vista a função dúplice da cláusula penal (coercitiva e de antecipação das perdas e danos) e a existência de quatro tipos de perdas associadas ao rompimento unilateral prematuro do contrato de compra e venda de unidade imobiliária submetida ao regime de incorporação (redução de receitas; despesas com a devolução das parcelas pagas; custeio da revenda da unidade devolvida; e custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas), efetuou-se a decomposição objetiva de cada um desses elementos, de modo que corresponderem a uma parcela da cláusula penal.

Tal decomposição evidenciou que um dos cinco elementos sempre estará presente, qual seja, a necessidade de impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado há de ser respeitado. Consolidou, ainda, que, na grande maioria das hipóteses, deve ser decotado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, visto que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da rescisão.

Quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes, verificou-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade, de modo que, se o comprador ou o incorporador promoverem a revenda da unidade em tempo razoável, após a rescisão, nenhuma das despesas incidirá, e a cláusula penal deverá, portanto, ser reduzida em 60% de seu total, e a situação contrária, de demora na revenda da unidade, será justificadora da retenção desse percentual.

Por fim, rememorou-se a incidência do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, o qual poderá acarretar, nos casos submetidos ao diploma consumerista, a redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta nas hipóteses em que o consumidor comprove que a rescisão decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou da não obtenção do financiamento para receber as chaves.

Aprovado em: 22/5/2019. Recebido em: 29/3/2019.

NOTAS

¹ Cite-se, no particular, as apontadas por Otavio Luiz Rodrigues Junior em artigo de publicação recente: “[...] a resolução ou a rescisão unilateral do contrato (hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica, mas tratadas de modo igual pela lei) [...] Em mais outro assassínio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposo. [...] A nova lei peca ao usar terminologia jurídica ultrapassada ou pouco técnica (v.g., rescisão por resolução ou rescisão; desfazimento) [...]” (CONJUR. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil.).

² Representativos da consolidação de tal entendimento são os seguintes precedentes: REsp. 132.903/SP, rel. ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 19.12.97; EREsp 59870/SP, rel. ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 9.12.02.

³ Observe-se que, mesmo que dita ementa tenha sido alterada durante a tramitação, passando a ser redigida com o seguinte texto: “Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”, o parecer do relator, deputado Jose Stédile (PSB-RS), é claro em afirmar que o objetivo da lei seria a regulamentação da “devolução de imóveis adquiridos na planta”. (CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1.220/2015).

⁴ Segundo estudo realizado pelo IBOPE, do ano 2000 ao ano de 2010 o número de domicílios construídos no Brasil cresceu 24%, e o “número de unidades vagas permaneceu praticamente estável: era 6,03 milhões em 2000 e passou para 6,1 milhões em 2010” (IBOPE – INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA – Mercado Imobiliário Residencial Brasileiro). Tais dados indicam que, na década de 2000, praticamente todas as unidades imobiliárias construídas foram adquiridas e ocupadas.

⁵De acordo com estudo realizado pela Fundação João Pinheiro, “Basicamente o conceito de déficit indica a necessidade de construção de novas moradias para atender à demanda habitacional da população em dado momento.” No ano 2000, desconsiderada a região rural do norte do país por ausência de dados este se encontrava em 7.222.645, enquanto em 2015 este mesmo número caiu para 6,355 milhões de domicílios. Ou seja, embora tímida, houve uma redução do estoque de residências consideradas deficitárias, embora seja evidente a necessidade de se permanecer combatendo tal problema (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO – Déficit Habitacional no Brasil).

⁶Na cidade de São Paulo, por exemplo, o número de resoluções de contratos de compra e venda de imóveis duplicou, saindo de 10 para 20% das unidades vendidas de 2005 a 2015, conforme estudo realizado pelo Sindicato de Habitação (SECOVI). (SINDICATO DE HABITAÇÃO – SECOVI. Balanço Anual do Mercado).

⁷Conforme noticiado na imprensa, “As incorporadoras imobiliárias brasileiras gastaram R\$ 1,1 bilhão para negociar os 44.233 imóveis distratados em 2016” (NOTÍCIAS.R7. Custo com distratos supera prejuízo das construtoras). Além disso, nota técnica do Ministério da Fazenda ressalta que “Em alguns casos, os distratos chegaram a representar, em 2016, quase 50% dos recebíveis dos incorporadores de capital aberto” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Nota técnica Distrato).

⁸Estudo realizado pelo Ministério da Fazenda aponta taxa de 57% dos “distratos” relacionada aos empreendimentos no setor de padrão médio e alto e afirma que “o grosso do distrato ocorre no setor de padrão médio e alto, e que há pouco distrato no MCMV. Intuitivamente, é para esse público de padrão médio e alto, para o qual as vendas foram mais afetadas, que as quedas de preço foram mais fortes.” (MINISTÉRIO DA FAZENDA. Nota técnica Distrato).

⁹Por todos, cite-se aqui, quanto ao art. 413 do Código Civil brasileiro, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[...] 1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. 3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. [...] 6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. 7. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada.” (BRASIL, 2018b).

¹⁰Quanto ao “status” de ordem pública das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, este decorre do conteúdo do art. 1º do próprio código.

¹¹Releva notar, ainda, que a plataforma “SIENGE”, desenvolvida para gestão de matérias afetas à indústria da construção, estabelece os custos com a revenda da unidade devolvida (por ela denominada Custo de Aquisição do Cliente) em “10% do valor imóvel” (SIENGE. QUAL O CUSTO DO DISTRATO DE IMÓVEL PARA SUA EMPRESA?).

¹²Chama a atenção o fato de que o primeiro parecer, apresentado pelo relator perante a Comissão de Defesa do Consumidor, não inseria, na redação do § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 a possibilidade da adoção do percentual de 50%, limitando-se a majorar o percentual de 10 para 25% no inciso II do “caput” do mesmo dispositivo, fundamentando tal alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, do que consta na tramitação legislativa, a majoração do percentual passou a estar prevista no substitutivo apresentado pelo relator ao Plenário da Câmara, após aprovação de requerimento de urgência que o deslucou da Comissão de Defesa do Consumidor, ocasião em que, ao proferir parecer em plenário, o relator destaca que “há uma dúvida circulando em relação ao (sic) 50%, na verdade, são 25%. Os 50% apenas nos casos em que vários amigos ou grupos se reúnem para fazer um empreendimento de comum acordo. Nesses casos, poderia se chegar aos 50% de devolução, desde que no contrato entre esses amigos conste essa cláusula.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS, PL 1.220/2015).

¹³“§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga. § 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato. § 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.” (BRASIL, 1964).

¹⁴Tal conclusão encontra-se em sintonia com o afirmado pela Fundação Getúlio Vargas em seu estudo acerca do tema, no sentido de que “Enfatizando o significante descasamento entre projeção e realizado para os fluxos de caixa dos empreendimentos, causado principalmente pelos distratos, acredita-se que o momento de devolução do dinheiro ao comprador que opta pelo distrato deva ser ao fim das obras. Com isso, evita-se que a incorporadora deva procurar formas de investimento que não havia previsto por conta dos distratos ou que deva alocar fluxos de caixa antes direcionados para obras e fornecedores para a devolução aos distratantes.” (FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras).

¹⁵Quanto ao momento da realização da resilição, a análise induz o sentido de que se mostra como fator irrelevante, na medida em que as despesas relativas à redução de receitas se mantêm similares independentemente do momento em que houve a resilição, assim como o momento em que ocorrem as despesas com a devolução das parcelas pagas. De outro lado, os custos irrecuperáveis, associados à revenda da unidade devolvida, tendem a ser menores quanto mais cedo ocorre a resilição, ocasião em que ainda mobilizada a estrutura para venda de outros imóveis remanescentes, sendo que os custos financeiros para a cobertura do descasamento entre receitas e gastos, entretanto, seguem razão inversa, pois quanto mais prematuro for o rompimento, maior será o capital mutuado e, por conseguinte, seu custo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 1.220/2015**. Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em: 3 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1979. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 5 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm. Acesso em: 3 maio 2019.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm. Acesso em: 10 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 20 mar. 2019.

BRASIL. Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 2018a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 15 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>. Acesso em: 12 fev. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). Recurso Especial nº 1.447.247/SP. Recurso Especial. Ação postulando o cumprimento de obrigação de fazer. Sentença de improcedência da pretensão autoral com condenação ao pagamento da cláusula penal avençada. Redução de ofício da multa contratual pela corte estadual. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 19 de abril de 2018. **Diário de Justiça Eletrônico**. Brasília, DF, 4 de junho de 2018b. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1702884&num_registro=201300994520&data=20180604&formato=PDF. Acesso em: 26 mar. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 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. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_45_capSumulas542-546.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota técnica Distrato**. Disponível em: http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf. Acesso em: 25 mar. 2019.

CONJUR. **Retrospectiva 2018**: Leis, livros e efemérides do direito civil. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em: 2 maio 2019.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional no Brasil**. Disponível em: <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/produtos-e-servicos/12742-deficit-habitacional-no-brasil-3>. Acesso em: 14 fev. 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Análise dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras**. Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos: teoria geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva: 2014, v. 4.

GALLOTTI, Isabel. **A incorporação imobiliária na perspectiva do STJ**: a proteção do consumidor - interesse coletivo x individual. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279947,21048-A+incorporacao+imobiliaria+na+perspectiva+do+STJ+protecao+do>. Acesso em: 15 jan. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. **Mercado Imobiliário Residencial Brasileiro**. Disponível em: http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/110718_Pyxis%20Imobili%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 22 mar. 2019.

NOTÍCIAS.R7. **Custo com distratos supera prejuízo das construtoras**. Disponível em: <https://noticias.r7.com/economia/custo-com-distratos-supera-prejuizo-das-construtoras-25042017>. Acesso em: 13 maio 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SIENGE. **Qual o custo do distrato do imóvel para sua empresa?** Disponível em: <https://www.sienge.com.br/blog/custo-distrato-de-imovel/>. Acesso em: 5 jan. 2019.

SINDICATO DE HABITAÇÃO. **Balanco anual de mercado**. Disponível em: [http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016\(af\).pdf](http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016(af).pdf). Acesso em: 4 mar. 2019.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva

*Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP.
Juiz de Direito Substituto do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - TJDF.
Professor de Direito do Consumidor no curso preparatório CPLuris.*

joao.gabriel@tjdft.jus.br