

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

SÚMULA N.º 543 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DOS
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS

BRIANNE RIBEIRO VICENTE

Rio de Janeiro
2018/ 1º SEMESTRE

BRIANNE RIBEIRO VICENTE

**SÚMULA N.º 543 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DOS
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage.

Rio de Janeiro

2018 / 1º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

V627s VICENTE, BRIANNE RIBEIRO
SÚMULA N.º 543 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:
ANÁLISE DOS ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS / BRIANNE
RIBEIRO VICENTE. -- Rio de Janeiro, 2018.
62 f.

Orientadora: JULIANA DE SOUZA GOMES LAGE.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Súmula 543 do STJ. 2. Incorporação
Imobiliária. 3. Rescisão Contratual. 4. Restituição
de valores. I. LAGE, JULIANA DE SOUZA GOMES,
orient. II. Título.

BRIANNE RIBEIRO VICENTE

**SÚMULA N.º 543 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: ANÁLISE DOS
ASPECTOS JURÍDICOS E SOCIAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação da Professora Ms. Juliana de Sousa Gomes Lage.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Co-orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2018 / 1º SEMESTRE

RESUMO E PALAVRAS-CHAVE

Este trabalho pretende analisar a sistemática da Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça, que busca regulamentar a rescisão dos contratos preliminares de compra e venda de imóveis no âmbito da incorporação imobiliária e a consequente restituição dos valores pagos, por meio de sua aplicação nas mais diversas situações que, por vezes, não tem amparo seu texto. O tema enfrenta, ainda, o questionamento sobre possível exagero quando da utilização das normas consumeristas para elaboração da Súmula e, atualmente, as consequências da menor inobservância de legislação especial anterior.

Palavras-chave: Súmula 543; rescisão contratual; restituição de valores.

SUMMARY AND KEYWORDS

This work intends to analyze the systematics of Precedent 543 of the Superior Court of Justice, which seeks to regulate the termination of preliminary contracts for the purchase and sale of real estate in the ambit of the real estate development and the consequent restitution of the amounts paid, through its application in the most diverse situations that sometimes have no support for their text. The issue also faces the questioning of possible exaggeration when using the consumerist norms to elaborate the Summary and, currently, the consequences of lesser non-compliance with previous special legislation.

Keywords: Precedent 543; termination of contracts; restitution of values.

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	8
2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....	9
2.1. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964.....	10
2.2. Contrato de incorporação imobiliária.....	13
2.3. Dinâmica econômica – análise do negócio.....	17
2.4. Promessa de compra e venda x contrato definitivo de compra e venda.....	23
2.4.1. Do contrato definitivo de compra e venda.....	24
2.4.2. Da promessa de compra e venda.....	25
2.5. Da extinção dos contratos de incorporação imobiliária.....	28
2.5.1. Da execução voluntária do contrato.....	29
2.5.2. Da rescisão bilateral.....	30
2.5.3. Da rescisão unilateral.....	31
2.5.4. Resolução do contrato por inadimplemento do incorporador.....	32
2.5.5. Resolução da promessa de compra e venda mediante procedimento judicial.....	33
2.5.6. A venda da unidade imobiliária mediante leilão extrajudicial, art. 63 da Lei nº 4.591-64.....	34
3. O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS NO REGIME DA INCORPORAÇÃO.....	39
3.1. O sistema de proteção do adquirente sob a perspectiva da Lei nº 4.591/64.....	40
3.2. O sistema de proteção do adquirente sob a perspectiva do CDC.....	43
4. ANÁLISE DA SÚMULA 543 DO STJ E SUA APLICAÇÃO.....	45
4.1. Da necessidade de reforma da Súmula 543 do STJ.....	49
4.2. Do PL Nº 774/2015.....	52
4.3. Do PL Nº 1220/2015 – a “lei do distrato”.....	53
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	56
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

1. INTRODUÇÃO

É sabido que a construção civil no Brasil é considerada um dos maiores setores econômicos, responsável pelo crescimento do país por meio da movimentação da economia nacional quando geração de empregos, elevação da taxa de produtos e serviços e, obviamente, efetivação do direito de moradia, constitucionalmente protegido.

É sabido também que a grave crise iniciada em 2014/2015 abalou a economia nacional como um todo e, especialmente quanto aos contratos de promessa de compra e venda integrantes de incorporações imobiliárias, impactou diretamente na quebra de cerca de 40% dos contratos nessa modalidade, o que resultou na interrupção e suspensão de inúmeros empreendimentos na modalidade de incorporação imobiliária e a consequente falência de empresas incorporadoras.

Após esse fenômeno, segundo Melhim Chalhub¹, surgiu uma “necessidade de harmonização entre o interesse individual do promitente comprador inadimplente e do interesse comum da coletividade dos contratantes daquele empreendimento”, de modo a evitar o colapso da incorporação.

Nesse sentido, surgiu a Súmula 543 do STJ, na tentativa de resolver o que considerou um conflito aparente de normas e equilibrar a relação “incorporador x promitente comprador” em face ao cenário econômico ali estabelecido.

Entretanto, o texto sumular utilizou-se do amparo do Código de Defesa do Consumidor, o qual, sabe-se, é lei geral, e afastou a Lei especial nº 4.591/64, o que resultou em efeito totalmente contrário àquele que se pretendia, qual seja: o desequilíbrio e distorção da relação jurídica.

¹ CHALHUB, Melhim Namem. Jurisprudência Consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão. Revista Consultor Jurídico. Anais Eletrônicos. Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-22/melhim-chalub-sumula-543-stj-necessita-revisao>>. Acesso em 19.01.2018.

Atualmente, 3 (três) anos após a edição da referida Súmula, o mercado imobiliário ainda sofre com seus efeitos inócuos e busca, incessantemente, reverter prejuízos advindos do posicionamento jurisprudencial, razão pela qual, permanece o tema com grande relevância para o mercado imobiliário.

Nesse sentido, considerando a problemática envolvida, o presente trabalho pretende abordar, de início, o instituto da incorporação imobiliária, desde seu nascimento até a dinâmica econômica utilizada para o desenvolvimento da sistemática, passando pela análise dos sistemas de proteção do adquirente de unidades imobiliárias, tanto pela perspectiva da Lei n.º 4.591/64, quanto sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, finalizando com a análise da Súmula objeto do presente trabalho e as possíveis soluções para o conflito que se pretende expor.

2. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Em linhas gerais, incorporação imobiliária é a atividade pela qual uma pessoa física ou jurídica, proprietária ou promissária de um terreno, promove e contrata a construção de edificações compostas de unidades autônomas que, em conjunto, formam o condomínio.

O artigo 29 da Lei nº 4.591/64, chamada Lei de Condomínios e Incorporações, trouxe o conceito da figura do incorporador:

Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.

A obrigação de construir do incorporador não deve ser tomada ao pé da letra, no sentido de que o incorporador deve ser necessariamente construtor civil, mas sim, que lhe incumbe promover a construção por empreitada ou por administração e entregar aos adquirentes as unidades que lhes vendeu, dentro do prazo estipulado.

A incorporação se caracteriza quando a iniciativa de vender as unidades autônomas do edifício projetado é assumida pela figura do incorporador. À luz da Lei nº 4.591/64, portanto, a associação de pessoas que adquire em copropriedade partes ideais de um terreno, obrigando-se a custear a edificação das respectivas unidades para construir edifício sob responsabilidade técnica de um terceiro, ou mesmo de um dos coproprietários, sem alienação ou promessa de venda das unidades autônomas, não configura uma incorporação imobiliária, mas simplesmente uma copropriedade regida pelo Código Civil.

2.1. Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964

Editada no ano de 1964, a Lei 4.591 possui normas reguladoras do condomínio em edificações e da incorporação imobiliária, dividindo-se em dois títulos distintos, um relativo ao Condomínio (artigos 1 a 27) e outro às Incorporações (artigos 28 a 66).

Especificamente, é o entendimento predominante que a parte da Lei que tratava do condomínio foi derrogada, isto é, seus vinte e sete artigos iniciais foram substituídos pelos artigos 1.331 a 1.358 do novo Código Civil, que entrou em vigor em 11/01/03.

Ademais, em 2004, a Lei 10.931, fez incluir um novo Capítulo cujos artigos tratam especificamente do regime de afetação das incorporações. Assim a Lei nº 4.591/64 continua em vigor na parte referente à incorporação imobiliária – que interessa ao presente trabalho - com pontuais alterações.

Em linhas gerais, a Lei de Incorporações traz e estabelece diversos procedimentos e formalidades, inclusive junto aos Oficiais de Registro de Imóveis, para a criação, desenvolvimento e conclusão da construção, desde a compra do terreno, até a averbação da construção.

Para que fique mais didático, as especificidades da referida Lei serão abordadas no decorrer no presente trabalho, junto dos capítulos que cuidam especialmente dos temas por ela regulados.

Em seu artigo 43 são reguladas as obrigações para com os adquirentes das unidades, estabelecendo, dentre outros, deveres como o de informar periodicamente o andamento das obras, responder pela execução da construção, se abster de alterar o projeto e condições de pagamento. Traz, ao final, capítulo dedicado às infrações, inclusive com tipificações de crimes relativos à economia popular.

Estabelece, também, a regulamentação acerca do regime do patrimônio de afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

A despeito de toda gama de situações reguladas pela Lei, verifica-se, quando da análise de casos concretos postos em juízo que, mesmo sendo Lei especial, grande parte dos aplicadores empregam normas gerais e princípios genéricos em seu detrimento, sendo na imensa maioria das vezes, normas consumeristas.

Nesse sentido, serão citados ao longo desse trabalho diversos exemplos, sendo um deles, inclusive, a própria Súmula 543, que regula situações que vão de encontro com o disposto na Lei em questão.

Ainda nesse diapasão, a Lei 4.591/1964 estabelece em seu artigo 48, § 2º, que o contrato da construção do imóvel objeto da incorporação deverá constar a prazo da entrega das obras, bem como, caso seja o caso, as condições e formas de sua eventual prorrogação.

Art. 48. A construção de imóveis, objeto de incorporação nos moldes previstos nesta Lei poderá ser contratada sob o regime de empreitada ou de administração conforme adiante definidos e poderá estar incluída no contrato com o incorporador (VETADO), ou ser contratada diretamente entre os adquirentes e o construtor.

§ 1º O Projeto e o memorial descritivo das edificações farão parte integrante e complementar do contrato;

§ 2º Do contrato deverá constar a prazo da entrega das obras e as condições e formas de sua eventual prorrogação.

No entanto, não é incomum se deparar com pedidos e julgados no sentido de declarar nulas as cláusulas contratuais que estabelecem prazos de tolerância de 180 dias para a entrega do imóvel.

Da mesma forma que, em determinados casos, se determina em sede de antecipação de tutela a imediata entrega da unidade ao adquirente sem que antes seja analisada a situação dos pagamentos e quitação do saldo devedor pelo adquirente para recebimento da unidade, isto, quando se está diante de atraso na construção, fundando-se na exceção contrato não cumprido, prevista no art. 476 do Código Civil.

De outro lado, o artigo 52 da Lei 4.591/1964 regula a questão e estabelece de forma expressa que:

Art. 52 Cada contratante da construção só será admitido na posse de sua unidade se estiver em dia com as obrigações assumidas, inclusive às relativas à construção, exercendo o construtor e o condomínio, até então, o direito de retenção sobre a respectiva unidade; no caso do art. 43, este direito será exercido pelo incorporador.

Nada, pelos expressos termos da Lei, no entanto, autoriza a entrega da unidade indistintamente ao adquirente sem o regular pagamento.

A regra visa prevenir situações em que há a imissão na posse do imóvel e o adquirente, por anos, fica sem pagar o preço do imóvel, somente revolvendo-se a situação com um processo longo e custoso de rescisão com reintegração de posse.

Além disso, após o advento do Código de Defesa do Consumidor, a sistemática especial da Lei n.º 4.591/64 teve considerável diminuição de sua observância. Não que o CDC não deva ser aplicado, a depender do caso, mas que tem recebido maior relevância em alguns casos em que a Lei especial deveria ser melhor observada e aplicada. Tal assunto será melhor abordado nos próximos capítulos, entretanto, cabe ao presente esclarecer alguns pontos, conforme abaixo.

O incorporador é responsável pelos abusos cometidos por meio de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do artigo 37, do CDC, e pelos danos materiais e morais que acarretem ao consumidor na fase pré-contratual. Da mesma forma que, firmado o contrato, não se admitem as cláusulas abusivas conforme previsão dos artigos 39, 51 e 53 do CDC, e ainda, uma vez concluída e entregue a obra, o construtor continuará mantendo a responsabilidade pela segurança e qualidade da obra, de acordo com o Código Civil, em seu art. 1.245, o que o CDC denomina de responsabilidade pelo defeito do produto ou serviço, em seu artigo 12.

Quanto aos vícios de qualidade, menos graves que os de segurança, mas que frustram o consumidor nas suas justas expectativas, também deve ser observada a previsão dos artigos 24 e 50, do CDC.

Demonstra-se, portanto, que o trato da matéria deve ser feito de forma sistemática, prevalecendo e obedecendo-se as garantias e regras estabelecidas pelo regramento específico para os casos envolvendo as incorporações, dando-se efetividade à Lei, abstando-se os aplicadores das normas de se utilizarem de argumentos que, muitas das vezes, são contrários à Lei, como se verá mais adiante.

2.2. Contrato de incorporação imobiliária

A incorporação imobiliária é um negócio jurídico de certa complexidade, em cuja formação é necessária a celebração de diferentes contratos, dotados de autonomia, porém, que guardam estreita correlação uns com os outros, posto que esse conjunto contratual será articulado para cumprir finalidade única: envidar todos os meios necessários para que se promova a construção de unidades imobiliárias em edificações coletivas e a constituição de propriedade sobre essas unidades em condomínio, com seu posterior registro.

A incorporação, portanto, nasce de uma manifestação de vontade do incorporador e das demais figuras que participem da atividade, dentre eles o construtor e os adquirentes.

Como termo inicial da incorporação, é utilizada a data de seu registro junto ao Registro de Imóveis, nos termos do artigo 1.246 do Código Civil e, como termo final, a data da averbação da construção nesse mesmo Registro, de acordo com o artigo 34 do mesmo Diploma já citado.

Dessa forma, o que o incorporador visa ao promover a incorporação e contratar a venda com os adquirentes é produzir um efeito jurídico real que consiste no nascimento do direito de propriedade sobre o bem imóvel a ser construído. Essa manifestação é irrevogável, salvo na hipótese de denúncia, nos termos da Lei.

Toda a estruturação da incorporação é formada pelo conjunto de obrigações que vincula o incorporador, nos termos da Lei nº 4.591/64, responsabilizando-o pela construção, por si ou por terceiros; pela outorga dos contratos aos adquirentes; e pela constituição da propriedade sob regime condominial especial com individualização das unidades imobiliárias autônomas e constituição de condomínio. Nas palavras de Pontes de Miranda:

“Às vezes o negócio jurídico constitutivo entre vivos, que faz o estatuto real do edifício de apartamentos, tem três períodos distintos: o do pré-contrato, v.g., promessa de compra e venda de cada apartamento; o da divisão e transferência ‘pro diviso’ do terreno e partes comuns do edifício e ‘pro diviso dos apartamentos; o da eficácia real daquela divisão e daquela transferência.”²

As obrigações que são articuladas na estruturação das incorporações são de dar e de fazer, operando seus efeitos em etapas sucessivas, até a conclusão do edifício e transferência definitiva de propriedade das unidades autônomas e constituição de condomínio sobre as áreas de utilização comum aos condôminos, com a consequente averbação no Registro de Imóveis.

² Chalhub, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 141. Apud Tratado de direito predial, v. II, § 33.

A individualização das unidades no Registro de Imóveis é uma obrigação legal do incorporador, prevista no artigo 44 da Lei de Incorporações³. Com isso, materializa-se a razão jurídica do contrato de incorporação.

Ainda que o negócio jurídico da incorporação seja formado por vários contratos, sua modalidade contratual é considerada típica, com suas regras especificamente dispostas na Lei, que define suas características, requisitos e efeitos.

Os instrumentos contratuais fundamentais para formalizar o negócio são o contrato de compra e venda ou de promessa de compra e venda e, eventualmente, o contrato de construção, aliados a outros atos essenciais caso a caso.

A funcionalidade econômica dos contratos de incorporação é marcada pelo interesse coletivo, que expõe a função social e, com isso, traz relevância ao negócio jurídico. As partes contratantes se vinculam através de seus instrumentos contratuais individuais, no qual constituem obrigações e direitos comuns a todos, embora contratualmente individualizado, formando, então uma comunidade com o mesmo interesse de concluir a obra e se apropriarem das unidades imobiliárias – e isso inclui o incorporador.

Significa dizer que o escopo do contrato individual extravasa o limite dessa individualidade quando todos os contratos tem uma mesma finalidade. Nas palavras de Melhim, “é materialmente impossível pensar na consecução de um contrato individual de incorporação sem o concomitante cumprimento de todos os demais contratos que têm como objeto a construção da edificação coletiva”.⁴

Portanto, o contrato de incorporação deve ser sempre considerado sob a perspectiva do interesse coletivo do conjunto de adquirentes de unidades que determina o sentido do contrato, sua funcionalidade econômica e social.

³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei n.º 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.

⁴ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 143.

O contrato de incorporação imobiliária é, portanto, um negócio jurídico bilateral, típico, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução contínua.

Diz-se bilateral em razão de contraírem-se no instrumento contratual, obrigações que se retribuem, como por exemplo, no contrato de construção, em que de um lado há a obrigação de pagar pelos serviços de obra, de outro, a correspondente obrigação de realizar a obra.

Quanto à tipicidade, como já visto anteriormente, é definida a configuração do contratual por meio da Lei nº 4.591/64, fixando sua estrutura, condições, efeitos, identificando a figura do incorporador e tratando das obrigações das partes.

É um negócio consensual porque seu aperfeiçoamento somente se dá mediante a declaração de vontade das partes.

Oneroso, pois as partes visam vantagens e, em contrapartida, impõe-se encargos recíprocos.

O caráter comutativo do negócio jurídico, por sua vez, caracteriza-se na equivalência entre preço que se obriga o adquirente a pagar ao incorporador e o real valor da unidade imobiliária.

É ato solene, pois sua validade depende da observância da forma prescrita em lei, além do cumprimento de diversos requisitos.

Por fim, é considerado de execução contínua, posto que as prestações – obrigacionais e de pagamento - não são atendidas todas de uma só vez, mas sim por etapas.

Quanto aos elementos do contrato de incorporação imobiliária, Melhim⁵ os define como de natureza obrigacional e real, em vista das obrigações de dar e fazer que são constituídas nesse contrato e devem ser encerradas nele, o que caracteriza a natureza real da obrigação, pois a finalidade é a constituição de propriedade imobiliária.

⁵ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

Da mesma forma, o objeto do contrato de incorporação também contempla elementos de natureza obrigacional e de natureza real. Como primeiro objeto imediato do contrato de incorporação vem a obrigação de dar e fazer, onde há, de um lado, o incorporador que deve construir a edificação e entregar as unidades aos adquirentes, com transmissão de propriedade, e do outro, o adquirente que tem a obrigação de pagar o preço para tanto.

Na forma da promessa de compra e venda, o elemento obrigacional consiste no compromisso que assumem as partes em contratar a transferência definitiva do domínio assim que o pagamento for completo, ao mesmo tempo que o incorporador deverá promover a construção e seu registro.

Já o elemento real consiste no objeto mediato do contrato de incorporação, no compromisso do incorporador em individualizar a unidade junto ao Registro de Imóveis e transmiti-la ao adquirente. Aqui, não é somente a unidade imobiliária que representa o objeto mediato, mas, além disso, o terreno para o qual está projetada a edificação e seu conjunto de elementos, eis que a unidade não existe isoladamente ou independentemente do conjunto. Resulta, portanto, nas palavras de Melhim:

“que o objeto de natureza real do negócio jurídico da incorporação está relacionado ao terreno e às acessões que a ele vão se acrescentando, para constituir uma edificação submetida ao regime do condomínio especial por unidades autônomas”⁶.

Superados, portanto, os pontos mais importantes quanto ao contrato de incorporação imobiliária, que tem como razão jurídica a constituição de novos direitos de propriedade e, no plano obrigacional, a relação jurídica que se busca criar no contrato, sendo o meio técnico adequado à realização da finalidade perseguida pelos contratantes.

2.3. Dinâmica econômica – Análise do negócio

A Incorporação Imobiliária é, sem dúvida, uma atividade de longo prazo. Para uma primeira análise da dinâmica do negócio, é necessário entender todas as etapas pelas quais o

⁶ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

empreendimento obrigatoriamente irá passar e a consequência de cada uma delas para o negócio como um todo.

O desenvolvimento do projeto tem início quando da prospecção, análise e aquisição do terreno. São inúmeros os terrenos analisados para que se adquira apenas um. Nesta análise, são avaliados os critérios de ordem jurídica, ambiental técnica, arquitetônica, comercial, condições de pagamento e preço de venda, devendo todos os critérios estar de acordo com as características do empreendimento que se pretende para o local avaliado.

Todos esses critérios são estabelecidos pelo Plano de Negócios do empreendimento, instrumento importante para a sua caracterização e apresentação para investidores, bem como para o direcionamento da análise, aquisição do terreno e posterior monitoramento da operação.

O ponto de partida, com base no Plano de Negócios do empreendimento, é a prospecção do terreno, que é composta pela busca e recebimento de terrenos à venda, visando o empreendimento.

Após a prospecção, é feita a análise dos terrenos para aquisição, por meio de exame dos aspectos legais, topográficos e cadastrais, geográficos, de uso e ocupação, características da população e da oferta de produtos imobiliários na área de influência, infraestrutura urbana (água, esgoto, iluminação, energia, gás, telefonia, dentre outros), meio ambiente, restrições à construção determinadas por concessionárias de serviços públicos e órgãos de preservação do meio ambiente, do patrimônio histórico, entre inúmeros outros.

Como requisitos mínimos e indispensáveis, pode-se citar a necessidade de informações sobre a área do terreno; valor de venda e condições de pagamento do terreno, que podem incluir permuta por unidades a serem construídas no local ou por unidades existentes, de outro empreendimento; valor de venda das unidades, para cada tipologia, por m² de área privativa e o custo estimado de obra por metro quadrado; imagem de satélite e fotos do local para identificação de construções, vegetações, nascentes, lagos, cursos d'água e canalizações existentes no terreno ou outros elementos de porte que sejam potencialmente impeditivos da

implantação do empreendimento, bem como a certidão de matrícula do terreno, expedida em no máximo 30 dias pelo Cartório de Registro de Imóveis.

Selecionado o terreno, é chegada a fase de aquisição desse, com detalhamento das análises feitas anteriormente, com 4 (quatro) fases principais: Estudo de Viabilidade Ambiental, Estudo Arquitetônico Preliminar, Análise Comercial, Econômica e Financeira e Análise Jurídica do terreno, proprietário atual e antecessor.

Superados os primeiros passos acima expostos, deve ser aprovado o projeto de arquitetura junto à Prefeitura municipal e demais órgãos competentes, com o pagamento de outorgas onerosas e atendimento de contrapartidas exigidas pelos órgãos públicos. Em média, o tempo de duração dessa fase é de 12 meses.

A comercialização do empreendimento então é iniciada, com a busca de financiamento para a obra de cerca de 60% a 80% do custo total estimado, elaboração de projetos técnicos executivos de estrutura, fundação, elétrica, hidráulica, sustentabilidade, acessibilidade, saneamento, reutilização de água, paisagismo e outros e, por fim, início da execução da obra com elaboração de contratos para fornecimento de mão de obra e materiais.

Obra finalizada, deverá ser requerida a concessão do habite-se, bem como regularização do empreendimento junto aos demais órgãos, vez que o status “em construção” não existe mais, devendo ser alterado para “construído”.

Com esse movimento de alteração, é gerado alto custo. Além do habite-se mencionado, devem ser requeridas, novamente, todas as certidões referentes ao terreno, agora construído, bem como necessária a obtenção de licenças e alvarás para seu regular funcionamento.

É realizado, portanto, o registro do condomínio e a entrega do empreendimento aos clientes. Instalado, o condomínio gera aumento significativo de tributos como IPTU, demanda de serviços e bens de consumo no entorno.

Além disso, uma das consequências é a criação de empregos diretos e indiretos, o que faz do setor imobiliário, não só por isso, polo gerador de empregos, tributos, negócios, renda e, principalmente, moradia.

Do ponto de vista especificamente comercial, a dinâmica financeira da incorporação imobiliária em face do adquirente é composta por um pagamento inicial de 15% a 20% do preço durante as obras. Na entrega das chaves, o cliente paga o saldo de 80% a 85% do preço, por meio de financiamento e/ou com recursos próprios.

O lucro efetivo ocorre somente no ato de entrega das chaves, quando o incorporador recebe a totalidade do preço. Isso significa que todo o empreendimento levantado pelo incorporador teve recursos oriundos do financiamento da obra, somados aos recursos mínimos advindos dos compradores e seus próprios recursos.

Embora pareça ser uma conta simples, deve ser levado em conta o maior problema atual dos empreendimentos de incorporação imobiliária: As rescisões contratuais.

As rescisões ocorrem, frequentemente, ao final do empreendimento, momento em que o adquirente tem de cumprir com a obrigação de pagamento de 80% a 85% do preço. Com a chamada quebra contratual, o incorporador não recebe esse percentual, o que o faz ficar inadimplente em face de pagamentos contratuais de execução de obras, bem como encontrar dificuldade para cobrir o déficit de caixa e dar continuidade ao empreendimento sem prejudicar os demais compradores adimplentes.

As consequências desse transtorno são inúmeras. O incorporador utilizou os recursos que tinha para dar prosseguimento ao empreendimento e não prejudicar a coletividade de adquirentes adimplentes, e não dispõe de mais recursos. Isso influencia diretamente no fluxo de caixa da empresa e, como consequência, não é mais possível arcar com o pagamento do financiamento da obra.

Além disso, a rescisão dá ensejo ao aumento de estoque, vez que a unidade objeto retorna, gerando mais uma despesa e esforço comercial para revender; compromete o investimento da empresa e, conseqüentemente, reduz as possibilidades de novos

empreendimentos e geração de empregos, além de colocar em risco o empreendimento como um todo e prejudicar diretamente os adquirentes adimplentes.

Para exemplificar, a incorporação assemelha-se a ao sistema de *project finance*, que sustenta seu empreendimento por meio de um coligado de contratos que visam a adequada alocação de riscos para que os recursos e garantias gerados daquele projeto sejam suficientes para o seu desenvolvimento.

Por sua vez, a Incorporação Imobiliária estrutura-se como uma unidade econômica autônoma, levantada por meio de seus próprios recursos, advindos da comercialização e financiamento de seu próprio ativo, desde que direcionados ao cumprimento do seu objeto, composto de execução de obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Ressalte-se que, a título de efetivação da busca pelo objetivo de êxito daquele empreendimento, a pessoa jurídica caracterizada como o incorporador do projeto, em regra, será uma SPE – Sociedade de Propósito Específico, cujo contrato ou estatuto social terá como objeto a realização daquele empreendimento tão somente.

A Lei nº 4.591/64 ao longo de seu texto dispõe sobre a “dependência econômica”, das unidades, de suas próprias forças e dentre elas, destaca-se o artigo 34, o qual confere ao incorporador a possibilidade de desistência do empreendimento se, dentro do prazo de carência de 6 (seis) meses contados do lançamento, constatar insuficiência de vendas de unidades e a consequente incapacidade de gerar receita suficiente para prosseguir na realização do projeto. Vejamos:

Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

§ 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento.

§ 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se fôr o caso, de sua revalidação.

§ 3º Os documentos preliminares de ajuste, se houver, mencionarão, obrigatoriamente, o prazo de carência, inclusive para efeitos do art. 45.

§ 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis ... (VETADO) ... e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

§ 5º Será averbada no registro da incorporação a desistência de que trata o parágrafo anterior arquivando-se em cartório o respectivo documento.

§ 6º O prazo de carência é improrrogável.

Isso demonstra a necessidade de coletividade de adquirentes e evidencia as raízes e mecanismos de formação do instituto, corroborando com o entendimento da Lei quanto à irretratabilidade e irrevogabilidade das promessas de compra e venda.

Justamente pelo fato de a incorporação se dar por meio de suas próprias forças é que seu regime jurídico visa, como prioridade e a todo o tempo, o interesse comum dos contratantes como um grupo, não individualmente.

Ora, é fácil de desenhar os riscos do negócio da incorporação imobiliária se constante o desfazimento contratual relativo àquele projeto, do mesmo modo que acontece quando há inadimplemento do adquirente.

À medida que há a quebra ou simples desfazimento do contrato, imediatamente ocorre a redução do capital da incorporação, que é limitado ao montante de receita advinda da venda das futuras unidades imobiliárias, e a conseqüente extrapolação do limite da liberdade individual, atingindo o interesse comum coletivo e comprometendo o êxito do empreendimento.

Nesse sentido, como atual principal impacto no negócio, é crescente as resilições contratuais unilaterais movidas por adquirentes-investidores que adquirem imóveis na planta

com o propósito de revendê-los para obter lucro e, ao verem frustradas essas expectativas em razão da atual crise econômica, se socorrem de “direito de desistência” ou “resilição unilateral” do contrato que é oferecido ao adquirente em situação de desvantagem técnica e econômica – o que claramente não abrange o tipo de adquirente acima descrito.

A aplicação desses direitos em detrimento do promitente comprador-investidor é de tamanho desequilíbrio. Ora, na aquisição para fins de investimento, o risco do negócio é do investidor, da mesma forma que dele será o lucro e o prejuízo advindos do negócio, tal como ocorre em qualquer outro investimento, não podendo ser repassado o prejuízo aos demais adquirentes que, diferentemente daquele, não buscam investir.

Questiona-se, portanto, quão possível é manter saudável um setor econômico em que é possível “devolver” o bem comprado e recuperar o valor pago. Nas palavras de Ely Wertheim⁷:

“é um equívoco tratar o distrato como uma “fórmula matemática” aplicável para todos os casos – cada caso é um caso.

[...]

Especulação imobiliária é prejudicial para quem fabrica imóveis (indústria imobiliária), pois quando os preços de imóveis aumentam muito, as empresas não conseguem comprar terrenos e os custos de construção sobem, inviabilizando novos empreendimentos e diminuindo a velocidade de vendas.

As empresas buscam vender rapidamente a preço acessível, receber 100% do preço, entregar o empreendimento e, por consequência, obter resultados.

Distratos, sejam de que forma for, inviabilizam a atividade imobiliária.”

2.4. Contrato definitivo de compra e venda e promessa de compra e venda

O presente capítulo busca esclarecer, no âmbito da Incorporação Imobiliária, as relações jurídicas tuteladas pelos instrumentos contratuais de Promessa de Compra e Venda e o Contrato Definitivo de Compra e Venda.

⁷ Wertheim, Ely. Incorporação Imobiliária: Dinâmica Resumida. In: A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NA PERSPECTIVA DO STJ, 2., 2018, Brasília.

Sendo o contrato definitivo um dos objetos do contrato preliminar, destaca-se a relação de dependência e condição para efetivação do negócio jurídico em que se adquire, no caso da incorporação imobiliária, uma unidade autônoma do todo.

Além disso, destacar-se-á a essencialidade do contrato promissivo, o qual é tido como instrumento fundamental para operação dos empreendimentos imobiliários no regime de incorporação imobiliária.

Busca-se abordar, também, a irretratabilidade da Promessa de Compra e Venda, por meio do direito de arrependimento, vez que esta questão tem influência direta quanto ao tema principal desse trabalho.

2.4.1. Do contrato definitivo de compra e venda

O contrato de compra e venda apresenta dois personagens: o vendedor e o comprador, que manifestam vontade tanto sobre uma coisa, como sobre o seu preço. Essa figura obrigacional é tutelada desde o Código Civil de 16.

Existindo a manifestação de vontade dos contratantes e o pagamento do preço, o vendedor promoverá a tradição do bem imóvel, com o registro da escritura no Cartório de Registro Civil, nos termos dos artigos 1.227 e 1.245, do CC/02. Vejamos:

“Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2o Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.”

Assim como no do CC/16, o contrato de compra e venda de imóvel deverá (i) ser por escritura pública e, posteriormente, (ii) registrado junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, sendo requisitos essenciais para sua validade.

Além disso, o art. 108, do CC/02⁸ dispõe sobre a essencialidade da escritura pública quando se tratar direitos reais sobre imóveis que ultrapassem o valor de 30 vezes o salário mínimo vigente.

2.4.2. Da promessa de compra e venda

O contrato de promessa de compra e venda é um contrato preliminar, muito comum na incorporação imobiliária, cujo objeto é, na realidade, a compra e venda definitiva. Nas palavras de Altino Portugal sobre o tema:

“A promessa de compra e venda de imóveis é um contrato preliminar porque tem como objeto um futuro contrato. Destina-se às pessoas que, desejando realizar a compra e venda, todavia não podem fazê-lo, em dado momento, por motivos diversos, es destarte, se obrigam à sua realização, em data futura.”⁹

Embora hoje positivada e muito utilizada, a promessa de compra e venda não era abordada pelo CC/16, que tratava, apenas, do contrato preliminar, que tinha eficácia “inter partes” e fazia parte do campo obrigacional.

⁸ BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, 11 jan. 2002. Do negócio jurídico, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

⁹ PEREIRA, Altino Portugal Soares. A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1997. p 21

Nesse sentido, o texto do artigo 1.088¹⁰ do CC/16 permitia o direito ao arrependimento até a assinatura da escritura translativa da propriedade, podendo qualquer das partes arrepender-se, antes da assinatura, o que dava direito ao ressarcimento à outra parte, em perdas e danos, sem prejuízo dos artigos 1.095¹¹ e 1.097¹² do CC/16, que disciplinavam sobre o arras.

Nesse cenário, então, era muito comum que os contratos preliminares de compra e venda de lotes de terreno não se consumassem, eis que, para os vendedores, era extremamente lucrativa a possibilidade de vender o mesmo terreno para mais de uma pessoa e, após, evocar o direito ao arrependimento, sujeitando-se, apenas, à composição em perdas e danos.

Surge, então, a figura do compromisso de compra e venda, no Decreto-lei 58/37¹³, que diferenciou a promessa de compra e venda do compromisso. Na promessa, surgia para as partes a obrigação de contrair um contrato definitivo, mas estava sujeita ao constante arrependimento, enquanto pelo compromisso de compra e venda as partes não se obrigavam a dar um consentimento futuro, pois já havia sido dado. A obrigação consistia na repetição do consentimento, que era indispensável à transmissão jurídica do imóvel.

Esse entendimento foi incorporado pelo Supremo Tribunal Federal que acabou editando a Súmula 166, vedando a possibilidade do exercício do arrependimento:

“É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda, sujeito ao regime do Decreto-lei nº 58, de 10.12.1937.”

¹⁰ BRASIL, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil, Brasília, 05 jan. 1916. Dos contratos, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹¹ BRASIL, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil, Brasília, 05 jan. 1916. Dos contratos, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹² BRASIL, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil, Brasília, 05 jan. 1916. Dos contratos, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹³ BRASIL, Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, Brasília, 17 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/De1058.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Após, o Decreto-lei 58 foi alterado pela Lei 649/49¹⁴, determinando que os compromissos de compra e venda, desde que inscritos, a qualquer tempo, atribuíam aos compromissários direito real oponível a terceiros, e lhes conferiam o direito de adjudicação compulsória.

Essa alteração causou confusão na jurisprudência, pois uma coisa era o direito real que decorria da inscrição do título; outra era o direito obrigacional decorrente do título.

O art. 25, da Lei 6.766/79, seguiu na mesma linha, dispondo com mais propriedade de redação que o registro dos compromissos de compra e venda conferiam direito real oponível a terceiros, o que contemplou o compromissário comprador.

Ressalte-se que a Lei 6.766/79¹⁵ trouxe inúmeros posicionamentos da jurisprudência, como por exemplo, a irretratabilidade do compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel, sem a possibilidade de estabelecimento da cláusula de arrependimento.

Destaque-se que a averbação do Decreto-lei 58/37 já conferia ao compromisso de compra e venda eficácia contra terceiros, porque não se tinha como objeto a transferência de domínio do imóvel.

Importante ressaltar que o CC/02 ao consagrar os princípios da boa-fé objetiva, da probidade, da eticidade e da função social do contrato, amparou o titular passivo da obrigação, dispondo sobre o abuso de direito em seu artigo 187.

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

¹⁴ BRASIL, Lei n.º 649, de 11 de março de 1949. Autoriza o Poder Executivo a dar nova redação ao artigo 22, do Decreto-lei n.º 58/37, Brasília, 15 mar. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0649.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

¹⁵ BRASIL, Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e outras providências, Brasília, 20 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/16766.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Além disso, consolidou o CC/02, em parte, o reconhecimento do compromisso de compra e venda registrado na matrícula do imóvel objeto como um direito real de aquisição, nos termos do art. 1.225, VII, CC/02. Nessa linha encontra-se o ensinamento de Maria Helena Diniz:

“o compromisso irrevogável de compra e venda de imóvel, em razão de ausência de cláusula de arrependimento (...) devidamente assentado no competente Registro de Imóveis, equivale a um direito real ilimitado, direito de aquisição, assecuratório do *contrahere futuro*, não só em relação às partes contratantes como *erga omnes*”.¹⁶

Além disso, conclui-se que o art. 1.417¹⁷ do CC/02, mesmo com redação deficiente, não pode admitir a possibilidade de direito ao arrependimento. De outro lado, reconheceu expressamente o direito real à aquisição, como visto anteriormente. Caracterizada como negócio jurídico pelo qual se convencionou a transmissão de direito aquisitivo sobre imóvel, a promessa de compra e venda tem também função de captação de recursos para formação do capital da incorporação imobiliária, de suma importância para o regular andamento do empreendimento.

2.5. Da extinção dos contratos de incorporação imobiliária

Os contratos têm como forma ideal de extinção o adimplemento das obrigações ali pactuadas. Entretanto, essa não é a única forma de extinção contratual, podendo esta se dar em virtude de diversas razões, como nas hipóteses de casos fortuitos e força maior, onde as partes não concorrem com culpa, por exemplo.

Há também a extinção contratual em razão de circunstâncias simultâneas ou anteriores à formação do contrato, que geram nulidade - relativa ou absoluta - ou anulabilidade dos instrumentos contratuais.

¹⁶ Diniz, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 983.

¹⁷ BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, 11 jan. 2002. Do direito do promitente comprador. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

O presente trabalho, no entanto, cuidou da análise da extinção dos contratos de incorporação por causas supervenientes à formação, ou seja, a extinção de contratos válidos e eficazes que são extintos por razões alheias à sua celebração, sem que seja caso fortuito ou força maior.

Dessa forma, será feita a análise da extinção dos contratos tão somente nas modalidades de rescisão, resolução e quanto às modalidades de leilões judiciais aplicáveis ao contrato de incorporação, além da questão de restituição das quantias pagas pelo adquirente como decorrência do desfazimento do contrato.

2.5.1. Da execução voluntária do contrato

A execução voluntária do contrato de incorporação é uma das formas de extinção dos contratos. Como regra geral, é o caminho natural para extinguir as obrigações, vez que há a adimplência das obrigações ali pactuadas.

Nos contratos de incorporação, especificamente, a execução voluntária se dá, em parte, pelo cumprimento das obrigações do incorporador, que consiste na entrega das unidades imobiliárias aos adquirentes com a respectiva individualização em matrículas próprias no Registro de Imóveis competente, nos termos do art. 44 da Lei nº 4.591/64, enquanto, de outro lado, há o cumprimento da obrigação do adquirente, que corresponde ao pagamento do preço pactuado.

Considerando, entretanto, a complexidade do contrato de incorporação, é necessário dar atenção aos aspectos peculiares ao modo de sua extinção, especialmente quanto às obrigações do incorporador.

Tais obrigações consistem em fazer e dar. Quanto à obrigação de fazer, corresponde aos atos relativos à garantia da titularidade do imóvel, à promoção da construção, constituição da propriedade sobre a edificação e sobre as unidades imobiliárias que a integram, bem como à atribuição desse direito de propriedade aos respectivos adquirentes.

Quanto à obrigação de dar, esta corresponde à entrega da edificação e das unidades aos adquirentes.

Dessa forma, Melhim Chalhub¹⁸ afirma em seu livro que a execução natural do contrato, por parte do incorporador, estará concluída somente com a prática dos atos de:

- “a) conclusão da construção da edificação;
- b) obtenção da aceitação das obras por parte da administração pública (habite-se, aceite de obras, alvará, certidão da construção ou qualquer outra designação que se atribua a esse ato, de acordo com as normas específicas de cada municipalidade);
- c) averbação da construção no Registro de Imóveis;
- d) individualização e discriminação das unidades no Registro de Imóveis, com a respectiva instituição de condomínio (arts. 7º e 44);
- e) outorga, ao adquirente, da escritura de compra e venda da unidade ou, alternativamente, outorga, ao adquirente, da escritura de compra e venda da fração ideal do terreno e entrega do termo de quitação do contrato de construção (se o contrato preliminar de promessa tiver tido como objeto somente a fração, conjugado com contrato de construção da unidade);
- f) entrega ao adquirente do termo de quitação da dívida tão logo resolvida a propriedade fiduciária (caso tenha contratado a compra e venda com pacto de alienação fiduciária);
- g) outros atos necessários para caracterizar o cumprimento da obrigação do incorporador de construir a unidade, entregá-la ao adquirente e atribuir a este a propriedade definitiva da unidade, livre e desembaraçada de quaisquer ônus.”¹⁹

Ressalte-se que, os requisitos acima citados são imprescindíveis para que haja a forma natural de extinção dos contratos, no caso da incorporação imobiliária.

2.5.2 Da resilição bilateral

Podem as partes romper o vínculo contratual por consenso, independente da extinção natural, distratando ou resilindo o acordo de vontades, da mesma forma que nos contratos em geral.

¹⁸ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 326.

¹⁹ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 327.

A rescisão bilateral ou distrato é, portanto, um pacto formal de vontades das partes integrantes do contrato que se pretende resilir, devendo ser utilizada a mesma forma de celebração do contrato anterior, ou seja, se formalizado por instrumento público, deverá o distrato também ser formalizado por instrumento público; se por instrumento particular, celebração também deverá ser por instrumento particular.

Pelo distrato ficam as partes exoneradas das obrigações ainda não cumpridas. As quantias que o adquirente tiver pago até então serão restituídas, nos termos que tiverem sido convencionados no contratos, com o cuidado de se evitar condições abusivas ou que propiciem enriquecimento sem causa de algumas das partes. Nesse sentido, o RESP 158.036/DF²⁰, do Min. Relator Eduardo Ribeiro:

“Promessa de compra e venda. Distrato. Código de Defesa do Consumidor.

Não há nulidade na cláusula do distrato de que resulte haver a parte transigido, recebendo, como reembolso importância menor do que a que lhe seria devida. Hipótese que não se confunde com a disposição contratual e que se estabeleça não ter a parte direito ao reembolso integral, em caso de desfazimento do contrato”.

2.5.3. Da rescisão unilateral

A Lei nº 4.591/64 prevê a possibilidade de rompimento do vínculo contratual por deliberação unilateral do incorporador, nos casos em que é admitida a denúncia da incorporação, nos termos do artigo 34 da referida Lei.

“Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

§ 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento.

²⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 158036/DF. 3ª Turma. Relator Min. EDUARDO RIBEIRO. DJe, Brasília, 22 Mar. 1999.

§ 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se fôr o caso, de sua revalidação.

§ 3º Os documentos preliminares de ajuste, se houver, mencionarão, obrigatoriamente, o prazo de carência, inclusive para efeitos do art. 45.

§ 4º A desistência da incorporação será denunciada, por escrito, ao Registro de Imóveis ... (VETADO) ... e comunicada, por escrito, a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição, sob pena de responsabilidade civil e criminal do incorporador.

§ 5º Será averbada no registro da incorporação a desistência de que trata o parágrafo anterior arquivando-se em cartório o respectivo documento.

§ 6º O prazo de carência é improrrogável.”

É facultado ao incorporador desistir da realização da incorporação dentro do prazo de 180 (cento e oitenta) dias, caso não atinja número de vendas suficiente para arcar com os custos mínimos da construção do empreendimento.

Esse é o mesmo prazo de validade do registro de memorial de incorporação ou de sua revalidação. Dentro desse prazo, caso resolva o incorporador pela desistência da incorporação, deverá formalizar denúncia por escrito, dirigida ao Oficial do Registro de Imóveis e a cada um dos adquirentes ou candidatos à aquisição.

Funciona, em verdade, como uma denúncia, por meio da qual o incorporador fica exonerado da obrigação de realizar a incorporação, devendo restituir aos adquirentes as quantias que deles tiver recebido, assegurando aos adquirentes o exercício desse direito mediante ação de execução, hipótese em que o incorporador ficará sujeito ao pagamento do principal reajustado, mais juros sobre o valor reajustado.

2.5.4. Resolução do contrato por inadimplemento do incorporador

Como já visto nos demais capítulos do presente trabalho, as obrigações do incorporador consistem em (i) promover a construção do edifício objeto da incorporação; (ii) averbar a

construção e individualizar as unidades no Registro de Imóveis; (iii) entregar ao adquirentes, dentro do prazo contratado, as respectivas unidades; e (iv) transmissão de propriedade do imóvel aos adquirentes, mediante o pagamento do preço.

Quando do descumprimento ou inadimplemento de alguma dessas obrigações, o incorporador deverá responder pela reparação em perdas e danos causados, além de estar sujeito à resolução contratual.

Do mesmo modo que o incorporador inadimplente com suas obrigações deverá arcar com a indenização por perdas e danos quanto ao inadimplemento a que deu causa, o adquirente inadimplente também responde perante o incorporador pelos prejuízos causados pelo seu inadimplemento contratual.

No contrato de incorporação, o adquirente assume, em regra, obrigação de fazer, representada pela obrigação de pagamento do valor corresponde à compra da unidade imobiliária futura. Essa obrigação, geralmente, é parcelada, e contratada por meio de uma promessa de compra e venda, como já visto nesse trabalho.

Nesses instrumentos promissivos, o inadimplemento ficará caracterizado quando do não pagamento de parcela ajustada, o que ensejará notificações para purgação da mora – de remetente da Comissão de Representantes do Condomínio ou, em casos de contratos de compra venda com pacto adjeto de alienação fiduciária ou de hipoteca, o credor-hipotecário ou credor-fiduciário.

Caracterizado, portanto, o inadimplemento, sem qualquer retorno do adquirente, estarão presentes então os requisitos para a resolução do contrato de promessa de compra e venda.

2.5.5. Resolução da promessa de compra e venda mediante procedimento judicial

A resolução de promessa de compra e venda referente ao contrato de incorporação opera-se mediante o procedimento comum.

Como requisito para propositura da ação, é indispensável que haja notificação prévia do adquirente com prazo de, no mínimo, 15 (quinze) dias para purgação da mora. Esta notificação pode ser extrajudicial, porém, é imprescindível que seja entregue pessoalmente ao adquirente, ou seu representante legal. Esse requisito é previsto no Decreto-lei nº 745/1969²¹.

Nessa ação caberá, além do pedido de resolução do contrato, o pedido de indenização das perdas e danos causadas pelo inadimplemento, como por exemplo a comissão de corretagem e impostos decorrentes da operação, o pagamento do valor correspondente à fruição do imóvel (quando se tratar de imóvel colocado à disposição do adquirente), o reembolso das despesas para recuperação física do imóvel e a composição da taxa de depreciação do imóvel, se for caso.

As perdas e danos podem ser estabelecidas em cláusula penal, como geralmente é feito, nos contratos de promessa de compra e venda, correspondendo a percentual incidente sobre o valor total do contrato.

Quanto à restituição de parte das quantias pagas pelo adquirente, deduzidas as perdas e danos, deverá ser analisado caso a caso, eis que, a depender da inadimplência do adquirente quando do pagamento de parcelas, é possível que não haja restituição.

2.5.6. A venda da unidade imobiliária mediante leilão extrajudicial, art. 63 da Lei n.º 4.591/64

Independentemente do procedimento judicial de resolução da promessa de compra e venda, o ordenamento contempla a possibilidade de venda particular do imóvel objeto do contrato de incorporação, por meio da Lei nº 4.591/64, na hipótese de mora do adquirente no pagamento das parcelas do preço ou do orçamento da construção, após comprovada mora mediante notificação entregue ao adquirente. Esse procedimento é conhecido como “leilão extrajudicial” ou “execução extrajudicial”.

²¹ BRASIL, Decreto n.º 745, de 7 de agosto de 1969. Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

O art. 63 da Lei nº 4.591/64 contempla esse procedimento, legitimando a Comissão de Representantes do Condomínio, nos termos de seu §5º, e incorporador e construtor enquanto alienantes, para promover o leilão da unidade do adquirente inadimplente, todos investidos nos poderes outorgados pelos parágrafos 1º ao 8º do artigo 63.

Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando fôr o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nêle se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.

§ 1º Se o débito não fôr liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.

§ 2º Se o maior lance obtido fôr inferior ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte será realizada nova praça no prazo estipulado no contrato. Nesta segunda praça, será aceito o maior lance apurado, ainda que inferior àquele total, (VETADO).

§ 3º No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de Assembléia-Geral em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.

§ 4º Do preço que fôr apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, tôdas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver.

§ 5º Para os fins das medidas estipuladas neste artigo, a Comissão de Representantes ficará investida de mandato irrevogável, isento do imposto do selo, na vigência do contrato geral de construção da obra, com poderes necessários para, em nome do condômino inadimplente, efetuar as citadas transações, podendo para este fim fixar preços, ajustar condições, sub-rogar o arrematante nos direitos e obrigações decorrentes do contrato de construção e da quota de terreno e construção; outorgar as competentes escrituras e contratos, receber preços, dar quitações; imitar o arrematante na posse do imóvel; transmitir domínio, direito e ação; responder pela evicção; receber citação, propor e variar de ações; e também dos poderes ad juditia, a serem substabelecidos a advogado lealmente habilitado;

§ 6º A morte, falência ou concordata do condomínio ou sua dissolução, se se tratar de sociedade, não revogará o mandato de que trata o parágrafo anterior, o qual poderá ser exercido pela Comissão de Representantes até a conclusão dos pagamentos devidos, ainda que a unidade pertença a menor de idade.

§ 7º Os eventuais débitos fiscais ou para com a Previdência Social, não impedirão a alienação por leilão público. Neste caso, ao condômino somente será entregue o saldo, se houver, desde que prove estar quite com o Fisco e a Previdência Social, devendo a Comissão de Representantes, em caso contrário, consignar judicialmente a importância equivalente aos débitos existentes dando ciência do fato à entidade credora.

§ 8º Independentemente das disposições deste artigo e seus parágrafos, e como penalidades preliminares, poderá o contrato de construção estabelecer a incidência de multas e juros de mora em caso de atraso no depósito de contribuições sem prejuízo do disposto no parágrafo seguinte.

§ 9º O contrato poderá dispor que o valor das prestações pagas com atraso, seja corrigível em função da variação do índice geral de preços mensalmente publicado pelo Conselho Nacional de Economia, que reflita as oscilações do poder aquisitivo da moeda nacional.

§ 10. O membro da Comissão de Representantes que incorrer na falta prevista neste artigo, estará sujeito à perda automática do mandato e deverá ser substituído segundo dispuser o contrato.

Especificamente quanto à Comissão de Representantes, os poderes outorgados têm validade mesmo depois da conclusão da obra, nos termos do §6º.

Esse procedimento trata-se, em verdade, de uma forma particular de venda de imóvel, previamente pactuada em contrato, nos termos autorizados pelo artigo 63. Inicia-se com a verificação de atraso de pagamento em prazo igual ou superior a 90 dias ou 3 prestações. A partir disso, a Comissão de Representantes deverá oferecer ao adquirente oportunidade de purgação da mora, devendo então notificá-lo.

Nesta notificação devem constar as informações pertinentes ao caso, vale dizer, a indicação da origem da dívida, que, geralmente, é o próprio contrato de construção; no curso da construção, havendo alterações quanto ao valor das quotas de construção, os novos valores aprovados pela Comissão de Representantes ou pela Assembleia Geral dos Condôminos, devendo ser indicada a ata de que consta a aprovação dos valores em cobrança.

Esta notificação deverá ser dirigida ao adquirente e seu cônjuge, obrigatoriamente. Expirado o prazo para purgação da mora, considera-se o contrato resolvido, independentemente de ação judicial. A Comissão de Representante, neste momento, portanto, fica autorizada a promover, em público leilão, a venda da fração ideal e acessões do adquirente inadimplente, sub-rogando o arrematante nos direitos e obrigações do contrato de construção.

Serão realizados dois leilões, sendo exigido lance mínimo no primeiro e admitindo-se, no segundo leilão, a arrematação da unidade imobiliária por qualquer valor.

Nos termos do §2º do artigo 63, no primeiro leilão o lance mínimo deverá ser equivalente “ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte”, despesas que são próprias do leilão, honorários de advogado, comissão de 5% para o condomínio, multa de 10% em favor do condomínio.

A lei faculta ao condomínio a inclusão de outros valores além dos listados no §4º. A doutrina entende razoável a computação de valores correspondentes às parcelas em atraso e seus encargos. Nesse sentido, para Melhim:

“se houver lance que cubra tudo o que tiver sido desembolsado pelo inadimplente mais as parcelas em aberto, que correspondem ao crédito do o condomínio, e as despesas, o leilão terá alcançado o resultado mais justo, isto é, o condomínio receberá todo o seu crédito e o adquirente inadimplente receberá em restituição tudo o que tiver pago”.²²

Não alcançado esse valor mínimo, realizar-se-á o segundo leilão, no qual os direitos do inadimplente serão arrematados por qualquer valor, nos termos do §2º do artigo 63.

Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias referentes à dívida do adquirente inadimplente, às despesas, às percentagens relativas às comissões devidas ao Condomínio, ao leiloeiro e aos honorários de advogado, entregando-se ao adquirente inadimplente o saldo remanescente que houver.

Embora a lei não exija a intimação do devedor, é conveniente que lhe seja dirigida cientificação da data, hora e local do leilão, o que pode ser feito por carta da Comissão de Representantes ou do leiloeiro.

Ressalte-se que o condomínio tem preferência para adquirir a fração ideal e as acessões do inadimplente, em igualdade de condições com terceiros, devendo o exercício desse direito ser decidido m assembleia geral realizada em até 24h após o leilão, por unanimidade dos presentes.

Quanto à formalização da venda objeto d leilão, deverá ser efetivada mediante escritura de compra e venda, por meio da qual o inadimplente, representado pela Comissão de Representantes, contrata a transmissão para o arrematante dos direitos de que é titular sobre o imóvel: (i) se o inadimplente tiver título de domínio, contratará a transmissão do domínio, mediante escritura de compra e venda; (ii) se titular de direitos aquisitivos, contratará mediante contrato de cessão de direitos ou promessa de cessão.

²² _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 338.

Quanto ao título, de acordo com a atribuição dada pela Lei à Comissão de Representantes, entende-se que a transmissão deva ser contratada por meio de outorga de escritura, e não carta de arrematação, pelo leiloeiro.

O arrematante, portanto, fica sub-rogado nos direitos e nas obrigações do antigo titular dos direitos, substituindo-o na relação contratual existente, quanto ao direito de receber a propriedade da unidade imobiliária respectiva e na obrigação de pagar o preço, de acordo com as condições que tiverem sido pactuadas no contrato em que figurava o adquirente inadimplente.

A existência de eventuais débitos fiscais ou previdenciários não impedirão a venda no leilão, mas havendo tais débitos, o inadimplente só receberá o saldo, se houver, depois que provar tê-los quitado.

3. O SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS NO REGIME DA INCORPORAÇÃO

O sistema de proteção dos adquirentes de unidades imobiliárias no regime das incorporações sustenta-se nos mesmos princípios do sistema de proteção dos consumidores em geral, tendo como fundamentos básicos os princípios constitucionais da isonomia, devido processo legal e da garantia da propriedade privada com observação de sua função social.

Esses princípios funcionam como condições para normas infraconstitucionais, sendo, por vezes, observados por tais normas no momento de formação de leis gerais e especiais que, em conjunto, constituem o sistema protecionista ao adquirente de unidade imobiliária, bem como o consumidor geral.

Dentre tantos sistemas protecionistas, pode-se citar o Código Civil, quando prevê, como forma de compensação de vulnerabilidade do contratante mais fraco, a aplicação do princípio da boa-fé e do equilíbrio contratual; o sistema do Registro de Imóveis, composto mecanismos que visam garantir a segurança jurídica dos atos que envolvem não somente a constituição, como também a transmissão de direitos reais sobre imóveis; o sistema constituído na Lei nº 4.591/64, fundamentado, também, na necessidade de compensação da vulnerabilidade do

adquirente e, ao mesmo tempo, contempla o controle da atividade empresarial composta pela incorporação; e o Código de Defesa do Consumidor, que privilegia a boa-fé e o equilíbrio do contrato, realçando a ideia de função social do contrato.

Muito embora a Lei nº 4.591/64 tenha se ocupado em regular a relação entre adquirente e incorporador, bem como em implantar um sistema protecionista àquele, o contrato objeto desta relação jurídica ainda é contemplado pelo CDC, de forma indireta, por meio de equiparação do contrato de incorporação ao contrato de consumo, classificando o bem imóvel como produto e a construção e a comercialização de imóveis como serviços fornecidos.

Essa equiparação, no entanto, não compõe norma aplicável a todos os casos, mas ao contrário, trata-se de norma geral que co-existe com o regime de incorporação instaurado pela Lei nº4.591/64, que prevê a apreciação dos contratos de incorporação de acordo com sua tipificação, à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato, tratando-se , portanto, de lei especial.

O presente capítulo, portanto, ocupar-se-á de expor a discussão apresentada acima.

3.1. O sistema de proteção do adquirente sob a perspectiva da Lei nº 4.591/64

Como já exposto no presente trabalho, a Lei especial de nº 4.591/64, dedica-se à incorporação imobiliária. Em seu texto, ocupou-se em positivar o contrato de incorporação atendendo à nova concepção de contrato, trazida pela Constituição Federal de 1988 por meio de exigências sociais e econômicos que buscam assegurar a função social da propriedade.

Ao fixar diretrizes materiais e normas de conduta específicas, a referida Lei disciplina o conteúdo dos contratos que fazem parte do regime jurídico da incorporação, pautando-se nos princípios da boa fé objetiva e do equilíbrio das relações contratuais, com o fim de garantir a concretização da finalidade econômica da incorporação e, conseqüentemente, da função social da propriedade.

Os requisitos estabelecidos em Lei regulamentam desde a fase pré-contratual, disciplinando, por exemplo, a apresentação de o Memorial de Incorporação junto aos documentos que são arquivados no Registro de Imóveis, constituindo a fase de formação do contrato, até fase posterior à extinção do contrato.

Segundo Melhim Namem Chalhub²³, nesta fase de formação do contrato está presente o dever de informação, que constitui elemento da boa-fé objetiva, posto que todos os dados necessários para conhecimento do objeto do contrato estão reunidos no Memorial de Incorporação.

Esse dever de informação também está presente na fase de execução do contrato, sendo uma obrigação do incorporador de informar aos adquirentes sobre o andamento do empreendimento.

Além disso, outro mecanismo de proteção ao adquirente é constituído na obrigação de o incorporador restituir, com juros e correção, os valores pagos pelo adquirente, em caso de denúncia do contrato e sua extinção.

As obrigações que têm o incorporador, instituídas pela Lei nº 4.591/64, em verdade, são mecanismos de controle de atuação do incorporador, caracterizados, portanto, como limitações às quais deverá se submeter, em nome da garantia de realização da função social do contrato e, com isso, o equilíbrio da relação contratual, de forma a proteger o adquirente.

Importante também ressaltar o mecanismo de segurança composto pelo poder de destituição do incorporador, pelos adquirentes, em caso de atraso injustificado da obra ou de insolvência. Visa também a realização da função social do contrato, eis que os adquirentes, nesses casos, asseguram a administração da incorporação para o devido prosseguimento da obra. O prazo limite de paralisação da obra é de 30 dias, mediante notificação pelos adquirentes.

²³ _____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 279.

Não se pode deixar de mencionar o patrimônio de afetação, fenômeno recente, positivado na Lei de Incorporações, que constitui, justamente, mecanismo de proteção não somente do adquirente, mas também dos credores vinculados à incorporação.

Trata-se de elemento que, visando a realização dos fins da edificação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias. Ou seja: o patrimônio de afetação é composto por acervo relativo à incorporação e, destacando-se do patrimônio do incorporador, passa a constituir patrimônio autônomo com fim único e exclusivo de responder aos direitos de adquirentes e demais credores.

Esse mecanismo faz com que os adquirentes e credores, em caso de quebra ou eventual desequilíbrio do incorporador em razão de outro empreendimento, permaneçam imunes. A afetação, portanto, propicia melhor organização da incorporação e concede aos adquirentes a possibilidade de dar andamento à obra sem sofrer os desequilíbrios do incorporador.

A regulamentação do contrato de incorporação passa por aspectos que merecem atenção tal como o já exposto acima. Dentre eles, cite-se que o incorporador só poderá colocar à venda as frações ideais após a divulgação dos elementos essenciais do contrato, por meio de registro do memorial de incorporação, como visto acima.

É de extrema necessidade que contenha a história do imóvel, situação jurídica e patrimonial do incorporador, condições de negociação do terreno onde se edifica, ônus reais e fiscais que pesem sobre o terreno, cópia do projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes, orçamento da obra, situação do incorporador frente à Previdência Social, a discriminação das frações ideais em que ficará dividido o terreno e que serão de propriedade individual e exclusiva dos adquirentes.

Há previsão, também, de sanções civis e penais em face do incorporador, nos casos em que, por ação ou omissão, vier a frustrar a segurança jurídica conferida pelo sistema de Registro de Imóveis, tipificados como crimes contra a economia popular e contravenções penais, nos termos do artigo 65 da Lei nº 4.591/64.

Nos casos de recusa de outorga de o contrato ao adquirente, a Lei cuidou de reservar ao adquirente o direito de registrar o contrato preliminar de aquisição da unidade ou, caso não haja contrato, qualquer outro documento que o incorporador lhe tenha outorgado. Esse registro confere ao adquirente um direito real erga omnes, além de o direito de obtenção compulsória do contrato correspondente.

Em caso de falência do incorporador que tenha outorgado promessas de venda aos adquirentes, a legislação deixa explícito que, se registrado o referido documento no Registro de Imóveis competente, tal ato conferirá ao promissário comprador direito real, oponível a terceiros, com direito à adjudicação compulsória.

Além de o registro das promessas de compra e venda, é importante relembrar da possibilidade de registro do termo de ajuste preliminar, sendo ambos válidos e eficazes contra terceiros, nos termos do artigo 35, §4º. Quanto às promessas de compra e venda, esse direito já era garantido pelo Decreto-lei nº 58 de 1937, o que configura a já existência de um sistema preocupado com a proteção aos pretendentes de aquisição de imóveis.

3.2. O sistema de proteção do adquirente sob a perspectiva do CDC

Como sabido, a Lei nº 8.078 de 1990²⁴, o Código de Defesa do Consumidor, foi formulada com sua base na Constituição Federal de 1988, com inspirações específicas nos artigos 5º, XXXII e 170, V.

Seu principal pressuposto é a vulnerabilidade do consumidor nas relações contratuais de consumo. Para compensar esta vulnerabilidade, o CDC estabelece a boa-fé como um dos principais mecanismos de garantia dos efeitos advindos de contratos que geram expectativas e reflexos.

Fica claro, portanto, que os princípios norteadores da norma protecionista são o da boa-fé objetiva e do equilíbrio das relações contratuais que, não por acaso, há muito são princípios já consagrados na Teoria Contratual Moderna.

²⁴ BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código do Consumidor, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

O princípio da boa-fé, previsto explicitamente nos artigos 4º, inciso III e 51, inciso IV, diz respeito à “funcionalidade econômica do contrato e a serviço da funcionalidade econômico-social que o contrato persegue”²⁵, ou seja, exige que a conduta das partes contratantes esteja de acordo com a finalidade do contrato, de modo que esse atinja sua função social.

O princípio do equilíbrio, também previsto no art. 4º, III, do CDC, dispõe sobre diversos mecanismos para se utilizar na compensação da vulnerabilidade do consumidor. Dentre eles, pode-se citar a possibilidade de inversão do ônus da prova, facilitando a defesa do consumidor desde que verossímeis as alegações trazidas à discussão, bem como quando o consumidor for considerado hipossuficiente; e dispositivos que visam garantir que o fornecedor não poderá impor cláusulas abusivas aos consumidores.

Entretanto, é necessária muita atenção quando da análise do CDC quanto aos contratos de incorporação imobiliária. Embora tenham a mesma fonte de inspiração e sustentação protetiva, o consumidor do contrato de incorporação imobiliária não é o mesmo do CDC.

A posição contratual do adquirente é regida e protegida pela Lei 4.591/64, no âmbito de mecanismos patrimoniais de proteção que não são contemplados pelo CDC, caracterizando um regime de proteção peculiar condizente com a relação ali normatizada.

Ocorre que, o CDC equipara em seu texto o contrato de incorporação ao contrato de consumo e classifica o imóvel como produto, incluindo, conseqüentemente, a construção de um empreendimento como comercialização de produtos e o incorporador como fornecedor.

Nesse sentido, observe-se que esses contratos são modalidades distintas em sua substância, merecendo, cada uma delas, tratamento especial que considere suas peculiaridades estruturais e de conteúdo, não sendo possível a aplicação de uma mesma norma, por si só, para ambos os contratos.

²⁵ _____. Da Incorporação Imobiliária. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 286, apud Sérgio Cavalieri Filho, O direito do consumidor no limiar do século XXI. Rio de Janeiro. Revista Trimestral de Direito Civil, Editora PADMA, v. 2, 2000, p. 131.

Tem início, então, as desconformidades - não somente de nomenclatura, mas também jurídica - vez que, ao se admitir a leitura de um contrato de incorporação, que é regido por uma lei especial, pelo viés do CDC, está se sobrepondo a norma subsidiária - que deveria ser utilizada apenas no que fosse omissa a lei especial - em detrimento de lei específica para aquele tipo de relação, o que pode causar disfunção do contrato e prejuízo para a comunidade de adquirentes se mal aplicada.

4. DA ANÁLISE DA SÚMULA 543 DO STJ E SUA APLICAÇÃO

A Súmula 543 foi editada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), e publicada em 31 de agosto de 2015, regulamentando como devem ser as decisões judiciais sobre a rescisão nos contratos de compra e venda de imóveis, respaldando-se em tese já firmada em julgamento de recursos repetitivos, quais sejam:

"[...] Abusiva a disposição contratual estabelecendo, em caso de resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das prestações pagas de forma parcelada. 2 - Com a resolução, retornam as partes contratantes à situação jurídica anterior ("status quo ante"), impondo-se ao comprador o dever de devolver o imóvel e ao vendedor o de ressarcir as prestações até então adimplidas, descontada a multa pelo inadimplemento contratual. [...]"²⁶

"[...] É abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra. [...]"²⁷

"[...] Há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido. [...]"²⁸

²⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 677177/PR. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 1 de março de 2011.

²⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1207682/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 11 de junho de 2011.

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1219345/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 15 de fevereiro de 2011.

"[...] Revela-se abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, haja vista que poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos, além do que a conclusão da obra atrasada, por óbvio, pode não ocorrer. [...]"²⁹

"[...] O Superior Tribunal de Justiça firmou sua jurisprudência no sentido de ser abusiva e inaplicável a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, pois infringe o art. 51 do CDC. [...]"³⁰

"[...] Esta Corte Superior, porém, possui entendimento consolidado pelo rito do art. 543-C do Código de Processo Civil no sentido de ser cabível a retenção imediata de parte das parcelas a serem devolvidas ao comprador na hipótese de resolução do Contrato de promessa de compra e venda por culpa do promitente comprador [...]"³¹

"[...] É abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa exclusiva da construtora/incorporadora, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, haja vista que poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos, além do que a conclusão da obra atrasada, por óbvio, pode não ocorrer. [...]"³²

Estabeleceu-se na referida Súmula critérios para restituição de valores pela incorporadora ao promitente comprador de imóvel, quando da resolução de compromisso de compra e venda submetido ao Código de Defesa do Consumidor.

²⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1238007/SC. 4ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 15 de dezembro de 2011.

³⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1249786/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 02 de maio de 2013.

³¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1349081/AL. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 3 de junho de 2014.

³² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 877980/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 3 de agosto de 2010.

“Súmula 543: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

A Súmula regula duas situações: a resolução do contrato de compra e venda por culpa exclusiva do vendedor e a resolução por culpa do comprador. Encaixam-se na primeira situação hipóteses como atraso no prazo de conclusão e entrega da obra, problemas relevantes apresentados pelo imóvel, inconsistência significativa do imóvel com a planta/projeto apresentado, entre outras, que motivaram a rescisão pelo adquirente.

Na primeira situação, caso a culpa pela rescisão do contrato recaia sobre a empresa vendedora, fica estabelecida a restituição de todo o valor pago pelo comprador, corrigido pelo índice disposto no contrato. Alguns instrumentos de compra e venda preveem, inclusive, a devolução somente quando da renegociação do imóvel ou mesmo a devolução em parcelas. Nestes casos, a aplicação da Súmula direciona ao pagamento de todo o valor a ser restituído e no momento da resolução contratual, tornando inválidas estas cláusulas. Esta posição já era amplamente adotada e consolidada no tribunal:

“A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que há enriquecimento ilícito da incorporadora na aplicação de cláusula que obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras para reaver seu dinheiro, pois aquela poderá revender imediatamente o imóvel sem assegurar, ao mesmo tempo, a fruição pelo consumidor do dinheiro ali investido.”³³

“É abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. [...]”³⁴

“Em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao

³³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 866542/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Brasília, 4 de dezembro de 2012.

³⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 525955/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 5 de agosto de 2014.

término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, 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 o desfazimento.”³⁵

Outra situação regulada pela súmula é quando a resolução do contrato de compra e venda ocorre por culpa do comprador. Em hipóteses como arrependimento do comprador, ou mesmo a sua recusa em receber o imóvel sem qualquer fundamentação, negativa de financiamento para compra do imóvel pelas instituições financeiras, dificuldades no pagamento, dentre outras correlatas, e não havendo a culpa da empresa, a incorporadora poderá reter parte do valor pago para ressarcir-se das despesas de vendas, tais como corretagem, publicidade, despesas provenientes de abertura de crédito, etc. Nesse sentido, a Justiça vinha reconhecendo como abusivas as cláusulas que preveem mais que 20% (vinte por cento) de retenção pela vendedora:

“É entendimento pacífico nesta Corte Superior que o comprador inadimplente tem o direito de rescindir o contrato de compromisso de compra e venda de imóvel e, conseqüentemente, obter a devolução das parcelas pagas, mostrando-se razoável a retenção de 20% dos valores pagos a título de despesas administrativas, consoante determinado pelo Tribunal de origem. 3 - Esta Corte já decidiu que é abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel, a restituição dos valores pagos de forma parcelada, devendo ocorrer a devolução imediatamente e de uma única vez.”³⁶

Salienta-se que, a princípio e em teoria, a Súmula 543 é aplicável apenas nos casos em que a compra e venda está submetida à regulação do Código de Defesa do Consumidor.

Há ponto de atenção nesta Súmula com relação à instantaneidade da devolução. Seja por culpa da empresa, quando não é possível de acordo com o STJ aplicar multas ou outros

³⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1300418/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 13 de novembro de 2013.

³⁶ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Reconsideração de Despacho no Agravo em Recurso Especial nº 208018/SP. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 16 de outubro de 2012.

encargos contratuais, seja por conta do comprador, onde costuma ser tolerada retenção de até 25%, o saldo deve ser pago de uma só vez.

Em verdade, atualmente entende-se que a Súmula 543 do STJ compromete a liquidez das empresas em um momento delicado da economia brasileira, sendo discutível se seria o mais justo, para as situações em que os adquirentes pagaram de forma parcelada a compra do imóvel antes da rescisão via judicial.

4.1. Da necessidade de reforma da Súmula 543 DO STJ

Como já visto anteriormente, a Súmula 543 fora criada como uma solução alternativa para o inadimplemento do promitente adquirente, depois de reiteradas ações judiciais que buscavam a resolução das promessas de compra e venda.

Seu texto conflita com a disposição da Lei nº 4.591/64, eis que esta prevê a recomposição do capital por meio da venda em leilão e posterior restituição do saldo daí resultante, enquanto a Súmula determina a restituição imediata e em uma única vez, independentemente da recomposição do capital.

Criou-se, portanto, um conflito maior que aquele que a Súmula buscava remediar, posto que a imposição quanto à restituição de valores, sob sua ótica, tornou prejudicial o negócio imobiliário não somente para o incorporador, mas para toda a coletividade de adquirentes da qual fazia parte aquele consumidor que buscou a resolução do contrato.

É importante frisar, mais uma vez, que além de transferir o direito aquisitivo sobre determinado imóvel, a promessa de compra e venda na incorporação imobiliária tem a função de captar recursos para formação do capital do negócio.

Nesse sentido, na medida em que se aplica a Súmula 543 nos casos em que há inadimplemento e quebra do contrato, determinando a restituição dos valores pagos ao promitente adquirente, de uma só vez, ocorre a imediata redução do capital da incorporação, que é limitado ao montante das receitas das vendas, e extrapola a esfera da relação jurídica

individual, atingindo o interesse comum de todas as promessas de compra e venda relativas ao empreendimento em questão.

As promessas de compra e venda na incorporação imobiliária são ligadas por um nexo funcional que as fazem operar de forma coordenada visando a realização do empreendimento por meio do pagamento do preço de cada uma delas. Dessa forma, qualquer inconformidade ou desvio do caminho natural em uma promessa, tem influência direta em todas as outras.

Por esse raciocínio, entende-se que a sistemática da utilizada pela Súmula 543 do STJ não pode ser esgotadamente aplicada somente na apreciação das matérias de fato e de direito levadas a juízo individualmente, posto que não se trata de uma relação jurídica individual pura e simples, mas sim coletiva.

É de suma importância destacar também que, dentre os anos de 2006 e 2014, quando o mercado imobiliário e os empregos estavam em alta, houve considerável aumento do investimento em imóveis. O investidor comprava na planta e revendia quando do habite-se, visando lucro.

Entretanto, com a crise iniciada em 2014, esse tipo de adquirente teve a expectativa de lucro frustrada e passaram a recorrer à rescisão unilateral da promessa de compra e venda (que, pela Lei nº 4.591/64, é irrevogável), aproveitando-se da proteção oferecida pela Súmula 543, mesmo sem estar encaixado nos parâmetros definidos pelo texto sumular.

Diz-se que esses casos não se encaixam na hipótese protegida pela Súmula 543 porque, ao adquirir um imóvel para revenda, visando o lucro, esse promitente comprador e o respectivo contrato de promessa de compra e venda perdem a qualificação consumerista e passam a se enquadrar na condição de investimento.

Qualificado o adquirente, então, como investidor, entende-se que nada justifica a aplicação da jurisprudência protetiva do adquirente-consumidor, eis que nos casos de investimento o risco é do investidor, o que envolve não somente o lucro do negócio, mas também o prejuízo – como em qualquer outro investimento.

Feitas as considerações marcantes sobre o tema controverso trazido nesse capítulo, provoca-se a reflexão sobre a necessidade de revisão da Súmula 543, para (i) que sua aplicação seja aos casos que de fato se enquadram em seu texto; e (ii) que em nome da ponderação de interesses que envolve o complexo negócio jurídico da incorporação imobiliária, sejam utilizados critérios para manter o equilíbrio entre o consumidor individual, a coletividade de adquirentes e a recomposição do capital do empreendimento, quando da forma de restituição dos valores pagos pelo adquirente que pretender a resilição unilateral do contrato.

Inquestionável, frise-se, o direito à restituição de parte do valor pago pelo promitente adquirente, seja ele qualificado como consumidor ou investidor. Entretanto, é necessário avaliar os riscos de inviabilização do empreendimento, especialmente quando determinada a restituição imediata ao adquirente, independente de recomposição do fluxo financeiro, pois essa determinação da jurisprudência vai de encontro ao estabelecido pela Lei especial de Incorporações – questão essa que merece total atenção em busca de melhoria.

4.2. Do PL Nº 774/2015

De autoria do Senador Romero Jucá, o Projeto de Lei nº 774/2015³⁷ visa acrescentar o artigo 67-A à Lei nº 4.591/1964, de forma que esta passe a prever a hipótese de devolução de valores pagos a título de prestações relativas aos Contratos de Promessa de Compra e Venda de Imóveis quando do desfazimento do referido instrumento contratual.

Logo de início é possível notar qual a real intenção do legislador quando do texto de justificção do Projeto de Lei, no sentido de maior proteção aos princípios da irretratabilidade e irrevogabilidade aplicados ao instrumento promissivo de compra, submetendo tais instrumentos ao CDC somente quando não houver modificação ou interferência em sua estrutura, tipicidade e funcionalidade.

³⁷ BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 774 de 2015. Acrescenta o artigo 67-A à Lei n.º 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei:pls:2015-12-08;774>>. Acesso em 03 de março de 2018.

Verifica-se, portanto, que se pretende manter como norma condutora a Lei nº 4.591/64, resgatando e enfatizando sua criação específica para o tratamento das Incorporações, combatendo a aplicação desenfreada do CDC.

Outro ponto que o PL enfatiza é a impossibilidade de desfazimento contratual por simples vontade das partes. Lacuna na lei nº 4.591/64, a forma como o desfazimento contratual se dá.

Como uma das propostas trazidas pelo PL tem-se a maneira de devolução dos valores pagos pelo promitente adquirente nos casos de desfazimento do contrato.

Atualmente, conforme pacificado pela Súmula nº 543 do STJ, essa devolução deve ser feita de forma imediata em uma única parcela, o que tem gerado consequências negativas no caixa financeiro das empresas incorporadoras.

Em contrapartida, o PL prevê em seu artigo 67-A, II, §5º, a possibilidade de devolução em 3 (três) parcelas mensais, sendo o vencimento da primeira parcela após 01 (um) ano do desfazimento do contrato.

Essa proposta demonstra a preocupação do legislador em garantir a conclusão da obra e assim assegurar o direito dos demais promitentes compradores, visando, portanto, o êxito do empreendimento.

É notório que o PL em questão trata a proteção ao consumidor, já explorada e compreendida nos capítulos anteriores, de forma desmembrada: a proteção ao consumidor na coletividade e a proteção ao consumidor individual, dando maior ênfase aos direitos da coletividade em detrimento de direito individual.

Dessa forma, pretende o legislador trazer de volta ao mercado imobiliário o equilíbrio imprescindível para a relação entre incorporador e consumidor adquirente, posto que, ao proteger em excesso uma das partes, sairá mais prejudicada a coletividade, sempre.

4.3. Do PL Nº 1220/2015 – A “lei do distrato”

O Projeto de Lei nº 1.220, de 2015³⁸, de autoria do Deputado Celso Russomanno, recentemente teve sua tramitação aprovada para regime de urgência, o que acelerou a votação pela Câmara dos Deputados, a qual se deu em 06/06/2018.

Em seu texto original, o referido PL buscava regulamentar a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte do incorporador – percentual abaixo dos limites utilizados pela jurisprudência atual – e prazo de 30 dias para devolução dos valores pagos.

Entretanto, o texto original fora rejeitado por maioria de votos e, em substituição, foi aprovado o texto substitutivo apresentado pelo Deputado José Stedile que trouxe significativas alterações, que serão expostas abaixo.

Em seu voto, o Deputado José Stedile enfatiza a atual situação que rodeia a questão das rescisões contratuais, destacando que, muito embora as normas de defesa do consumidor sejam suficientes para garantir os interesses da massa tutelada, para alcançá-las se faz necessário o ingresso junto ao Poder Judiciário para que sejam arbitradas as condições da resilição do contrato firmado entre consumidor adquirente e incorporador.

Daí a importância de regulamentação da matéria, não significando, entretanto, o completo afastamento das demais normas consumeristas e especiais previstas na Lei nº 4.591/64, ou a própria busca pelo poder Judiciário, mas sim a significativa diminuição desta última, de forma a torná-la uma alternativa em casos extremos, e não o único caminho como atualmente tem sido.

³⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1220/2015. Altera a Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964 e Lei nº 6.766 de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1631713&filename=PRL+1+CDC+%3D%3E+PL+1220/2015>. Acesso em 07 jun. 2018.

Os grandes destaques do texto substitutivo consistem, primeiramente, no estabelecimento de multa de 50% de retenção dos valores pagos quando o empreendimento tiver patrimônio de afetação e 25% quando não tiver, nos casos em que o houver desfazimento de contrato – mediante distrato ou resolução por inadimplemento total do adquirente.

Os valores a serem restituídos serão corrigidos monetariamente e deles será deduzido, cumulativamente, a integralidade da comissão de corretagem e a pena convencional – que será devida independentemente de alegação de prejuízo pelo incorporador, nos termos do art. 67-A, I e II, §1º, do PL do qual trata o presente capítulo.

Art. 67-A Em caso de desfazimento do contrato, seja mediante distrato ou resolução por inadimplemento total de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzindo-se, cumulativamente:

I – a integralidade da comissão de corretagem;

II – a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga;

§ 1º Para exigir a pena convencional não é necessário que o incorporador alegue prejuízo.

Nos casos em que a unidade imobiliária estiver disponibilizada, o adquirente também responderá pelos valores correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel, cotas condominiais, valor correspondente à fruição do imóvel, nos termos fixados contratualmente ou, na falta, arbitrado pelo juiz em valor equivalente ao de aluguel de imóvel do mesmo padrão e localidade do objeto do contrato.

O novo texto também dispõe sobre o prazo de devolução. Nos casos de multa de 50% dos valores pagos, a devolução ocorrerá, somente, após 30 dias contados da emissão do habite-se. Já para os casos em que a multa for de 25%, o prazo será de 180 dias contados do desfazimento contratual.

Além disso, o PL cuidou de efetivar o prazo de carência para entrega do imóvel, em 180 dias, se pactuado contratualmente. Assim, em caso de atraso na entrega das unidades, não dará causa à resolução do contrato, tampouco ensejará pagamento de qualquer penalidade.

Entretanto, ultrapassados os 180 dias de prorrogação, o novo texto do PL autoriza a desistência do contrato com devolução total dos valores pagos, corrigido monetariamente, no prazo de até 60 dias contados do pedido de distrato.

Outro destaque do texto substitutivo é para os casos em que o adquirente tenha interesse em manter o imóvel, mesmo com o atraso da obra. O PL prevê o direito à indenização de 1% do valor pago, para cada mês de atraso.

Ressalte-se outro ponto de suma importância no PL 1220/2015 é a disposição sobre o direito de arrependimento, no prazo de 7 dias contados da compra, quando a transação for realizada em estandes de vendas e fora da sede do incorporador. Nesse caso, a devolução dos valores também será integral, incluindo a comissão de corretagem.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como conclusão do estudo realizado, depreende-se que a evolução da legislação consumerista alterou por completo o cenário que envolve a Incorporação Imobiliária, tendo como ápice a edição da Súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça.

Viu-se que, da situação de completo desamparo em que vivia o consumidor brasileiro, passou-se a ser protegido por uma visão paternalista após o advento do Código de Defesa do Consumidor, considerada ação necessária para regulação das relações onde o consumidor era parte vulnerável, mas extrapolando quando das relações em que esta proteção já era realizada – o que ocorreu quanto aos contratos de Incorporação Imobiliária.

É sabido que o Código de Defesa do Consumidor valorizou a função social do contrato, mas não é somente esta função que desenvolve o milenar instrumento jurídico, posto que sua

essência não visa a promoção da assistência social, mas sim, de instrumento de natureza econômica.

Nesse sentido, a tutela social ao consumidor não pode ser proporcionada de modo que anule ou inviabilize a função econômica do contrato, em especial quando da incorporação imobiliária, instituto imprescindível para o desenvolvimento e promoção de habitação nos tempos atuais.

Em verdade, o CDC não criou ou inovou na proteção social do consumidor ou nas estruturas obrigacionais, mas valorizou e efetivou teorias como a da boa-fé objetiva, por exemplo, fazendo adaptações às relações de consumo. Seu objetivo, portanto, é a proteção do consumidor vulnerável em relação aos negócios de massa.

Dessa forma, os princípios e regulamentos normativos que comandam os contratos entre fornecedores e consumidores são os mesmos, fixados pelo direito privado e legislações especiais civis e comerciais – mas, agora, flexibilizados pela necessidade de proteção à parte jurídica economicamente mais fraca. Ou seja: os princípios e regras sociais do novo contrato de consumo não eliminam os princípios tradicionais desse instituto jurídico, dentre os quais pode-se citar o princípio da autonomia privada.

O que deve haver, portanto, é uma releitura dos princípios clássicos para que se amoldem à função social. O objetivo de circulação de riquezas e de emprestar segurança a essa circulação, que é inerente à natureza do contrato, não pode ser desprezado em detrimento da aplicação dos preceitos de tutela ao consumidor.

Entretanto, com a edição da Súmula 543, a ponderação entre os direitos do consumidor individual e o coletivo ficou ainda mais distante. Isto porque a referida Súmula se apoiou, como visto nesse trabalho, tão somente na norma consumerista para regular relação jurídica já amparada por Lei especial de n.º 4.591/64, afastando a aplicação da última em detrimento do CDC.

É de suma importância que seja recordado que a Lei de Incorporações cuidou do sistema de proteção ao adquirente, imputando obrigações ao incorporador, em busca de

equilíbrio e harmonização da relação jurídica por ela tutelada, de modo que o incorporador encontra-se cercado por diversos mecanismos ali estabelecidos.

Entretanto, ao afastar a Lei n.º 4.591/64 e disciplinar a quebra contratual e restituição de valores a qualquer adquirente, como tem acontecido em nossos Tribunais, a Súmula 543 desequilibra não somente a relação adquirente que pretende resolução x incorporador, mas também a relação do coletivo de adquirentes x incorporador e, principalmente, a relação incorporação x mercado imobiliário.

Esse desequilíbrio ocorre porque, ao estabelecer a restituição dos valores ao adquirente, de forma imediata, é inevitável que o patrimônio do empreendimento seja atingido de forma brusca, tendo como consequência, reflexos na construção do edifício objeto daquela incorporação.

Como efeito dominó, as relações que compõe a incorporação imobiliária sofrem, em conjunto, reações das mais diversas e, em sua grandiosa maioria, prejudiciais.

Observou-se, também, no presente, a mobilização do Poder Legislativo quanto à questão aqui trazida como ponto central, por meio da aprovação de o Projeto de Lei n.º 1220/2015, que visa regular as desistências dos contratos de incorporação imobiliária e sua consequente obrigação de devolução dos valores pagos.

Embora não tenha sido aceito por unanimidade em ambos os lados interessados – cite-se, os empreendedores imobiliários e consumidores – o referido Projeto de Lei é, sem dúvida, excelente saída para a discussão que perdura há tanto tempo.

O Projeto de lei se destaca, justamente, por buscar regulamentar a relação sem afastar, por completo, o Código de Defesa do Consumidor, tampouco a Lei especial n.º 4.591, mas estabelece o tão buscado equilíbrio entre as partes contratantes.

A expectativa, portanto, é que com a aprovação do Projeto de Lei 1220/2015, seja efetivada a proteção ao consumidor individual que pretende o desfazimento do contrato, bem

como a proteção ao empreendimento como um todo e à coletividade de consumidores que, atualmente, encontra-se totalmente desamparada. Dessa forma, com amparo de todas as partes do contrato de incorporação, de modo benéfico a todas, sem distinção, será possível acreditar no conseqüente reaquecimento do mercado imobiliário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CHALHUB, Melhim Namem. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

_____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 143.

_____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 144.

_____. Da Incorporação Imobiliária. 2ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 146.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei n.º 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4591.htm>. Acesso em: 3 abr. 2018.

Wertheim, Ely. Incorporação Imobiliária: Dinâmica Resumida. In: A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA NA PERSPECTIVA DO STJ, 2., 2018, Brasília.

BRASIL, Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil, Brasília, 11 jan. 2002. Do negócio jurídico, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1997. p 21

BRASIL, Lei n.º 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil, Brasília, 05 jan. 1916. Dos contratos, Disposições gerais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 58, de 10 de dezembro de 1937. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações, Brasília, 17 dez. 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL, Lei n.º 649, de 11 de março de 1949. Autoriza o Poder Executivo a dar nova redação ao artigo 22, do Decreto-lei n.º 58/37, Brasília, 15 mar. 1949. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1930-1949/L0649.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

BRASIL, Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e outras providências, Brasília, 20 dez. 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/16766.htm>. Acesso em: 17 jan. 2018.

Diniz, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 983.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial n.º 158036/DF. 3ª Turma. Relator Min. EDUARDO RIBEIRO. DJe, Brasília, 22 Mar. 1999.

BRASIL, Decreto n.º 745, de 7 de agosto de 1969. Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei n.º 58. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988.htm>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BRASIL. Lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990. Código do Consumidor, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/18078.htm>. Acesso em: 22 mar. 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 677177/PR. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 1 de março de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1207682/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 11 de junho de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1219345/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 15 de fevereiro de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1238007/SC. 4ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 15 de dezembro de 2011.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1249786/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 02 de maio de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1349081/AL. 3ª Turma. Relator: Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, Brasília, 3 de junho de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 877980/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 3 de agosto de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 866542/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Brasília, 4 de dezembro de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Recurso Especial nº 525955/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 5 de agosto de 2014.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 1300418/SC. 3ª Turma. Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Brasília, 13 de novembro de 2013.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Reconsideração de Despacho no Agravo em Recurso Especial nº 208018/SP. 3ª Turma. Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Brasília, 16 de outubro de 2012.

BRASIL, Senado Federal. Projeto de Lei nº 774 de 2015. Acrescenta o artigo 67-A à Lei n.º 4.591 de 16 de dezembro de 1964. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2015-12-08;774>>. Acesso em 03 de março de 2018.