

ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEIS E O “CONGELAMENTO DO SALDO DEVEDOR”: AMPLIANDO AS FRONTEIRAS DE UM DEBATE FREQUENTE NA ROTINA DOS TRIBUNAIS

DELAYED DELIVERY OF PROPERTY AND THE “OUTSTANDING BALANCE FROZEN”: BROADENING THE SCOPE OF A FREQUENT DEBATE IN COURT’S ROUTINE

Bernardo Salgado

Mestrando em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ.
Graduado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Advogado.
E-mail: <salgadobernardo@outlook.com>.

Resumo: Quando atrasada a construção de empreendimento imobiliário cujas unidades foram prometidas à venda ainda “na planta”, é comum que, em razão da mora da incorporadora alienante, promitentes compradores se vejam impossibilitados de quitar o preço na data convencionada em contrato. O presente artigo examina, dentro desse contexto, a legitimidade da incidência de correção monetária sobre o saldo devido pelo adquirente – o tradicionalmente denominado *saldo devedor* – durante o período de mora da promitente vendedora. Depois de demonstrar, em números, que a jurisprudência é amplamente majoritária em favor da incidência da correção, o trabalho revela existirem relevantes razões contrárias à atualização do débito que têm sido deixadas de fora do debate travado nos Tribunais. Incorporando-as à discussão, propõe-se alcançar conclusão diversa da defendida pela corrente hoje dominante, avaliando-se a tese do “congelamento” do saldo devedor enquanto a mora da vendedora perdurar.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Promessa de compra e venda. Correção monetária. Saldo devedor. Mora *accipiendi*. Nominalismo. Equilíbrio contratual. Enriquecimento sem causa.

Abstract: When the construction of a real estate venture whose individual units were sold prior to its conclusion suffers a delay, it is common for the prospective buyers to find themselves incapable of paying the price by the date established in the sales agreement. The present article examines, therefore, if the sum of the unpaid instalments due by the buyer must be subjected to monetary adjustment during the seller’s default. After demonstrating, in numbers, that the case law is largely in favor of the use of monetary correction even in the period of the default, the study reveals that relevant arguments have been left out of the debate in the Courts. By including these questions into the discussion, the article intends to propose a different view from the dominant perspective, in which the debit balance should be frozen for as long as the developer’s default endures.

Keywords: Real estate development. Purchase and sale commitment. Monetary restatement. Debit balance. Creditor’s default. Nominalism. Contractual balance. Unjust enrichment.

Sumário: **1** Introdução – **2** Apresentação do problema e dos fundamentos em que se apoiam as duas correntes antagônicas – **3** Dois caminhos ainda inexplorados – **4** Equivalência, equilíbrio e enriquecimento sem causa: diálogo aberto com os fundamentos adotados pela corrente pró-correção – **5** Conclusão

1 Introdução

O berço e a missão deste trabalho merecem menção antecipada.

O artigo nasce, com efeito, de pesquisa desenvolvida no primeiro semestre de 2018 no Programa de Mestrado em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. O Grupo de Pesquisa Institucional foi coordenado pelos professores Aline de Miranda Valverde Terra e Carlos Nelson Konder e teve como propósito principal investigar, dentro de certo recorte temporal, a maneira pela qual o princípio do equilíbrio do contrato tem sido aplicado pelo Tribunal de Justiça fluminense.

Para isso, o grupo se propôs a analisar todas as decisões, proferidas de janeiro de 2015 a dezembro de 2017, em que as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro aludiram a esse novo princípio contratual, tido geralmente por irmão da boa-fé objetiva e da função social dos contratos na tríade dos novos princípios que ganharam força e dimensão a partir da edição do Código Civil de 2002.¹

Entre decisões monocráticas e acórdãos, foram analisados os 935 julgados que, em suas ementas ou no corpo dos votos, tenham feito alusão à expressão “equilíbrio contratual” ou a pelo menos uma entre as construções que lhe são tomadas por sinônimas.²

Na sequência, passadas em revista as decisões e delineados os temas que na jurisprudência do TJRJ guardam maior laço de intimidade com o princípio do equilíbrio, cada pesquisador elegeu um deles para evoluir em estudo.

Parte das decisões inseridas na massa do material analisado dizia respeito a uma controvérsia frequente na rotina dos Tribunais: a definição dos efeitos que o atraso na construção de imóvel adquirido ainda “na planta” projeta sobre o saldo do preço a ser quitado pelo adquirente. Trata-se, precisamente, de examinar se, uma vez em mora a incorporadora alienante quanto ao adimplemento das prestações que viabilizariam a quitação do denominado *saldo devedor*, deve o saldo ser “congelado” ou, em vez disso, há de se manter a incidência da correção monetária sobre o preço a ser pago pelo promitente comprador. Esse, portanto, foi o tema escolhido para a análise que se passa a empreender.

Antes de melhor detalhar a controvérsia mais adiante, não se poderia deixar de antecipar que todas as 37 decisões que mencionaram o princípio do equilíbrio e possuíam relação com o assunto eleito caminharam, invariavelmente, em um mesmo sentido. Nos quase quarenta julgados atinentes à matéria, os magistrados assinalaram que a mora da alienante, apesar de neutralizar a exigibilidade da

¹ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 25.

² “Equilíbrio do contrato”, “equilíbrio econômico”, “equilíbrio financeiro”, “equilíbrio das prestações”, “equivalência material”, “justiça contratual” e a combinação entre “igualdade material” e “contrato”.

prestação, não justificaria o congelamento do saldo do preço, na medida em que a “correção monetária nada acrescenta ao valor da moeda, servindo apenas para recompor o seu poder aquisitivo, corroído pelos efeitos da inflação”.³ A manutenção da correção do saldo devedor mesmo durante a mora da vendedora encerraria, segundo essa percepção, “meio necessário para manutenção do equilíbrio contratual face a desvalorização da moeda”.⁴

Diante, entretanto, do recorte escolhido para o trabalho, a pesquisa estatística não poderia parar por aí. À evidência, constatado que nos Tribunais o princípio do equilíbrio é frequentemente invocado como um dos argumentos pró-correção, mostra-se natural que todas as decisões que o contemplem apontem para um mesmo resultado. Então, para que se tivesse uma balança fiel da jurisprudência hoje existente especificamente quanto ao tema da atualização do saldo, fez-se necessária uma segunda investigação, endereçada com especificidade para o tema que é objeto do artigo, e independente, portanto, do princípio do equilíbrio em si.

Em essência, todavia, o resultado da pesquisa direcionada não discrepou: em apenas 5% das decisões proferidas pelo TJRJ de 2015 a 2017 acolheu-se a noção de que, durante o período de sua mora, a incorporadora não poderia exigir do consumidor que suportasse a correção do saldo não quitado em razão da mora anterior da própria vendedora. Nesses três anos, foram aproximadamente 287 decisões sobre a matéria,⁵ entre as quais (i) 170 afirmaram a legalidade da incidência da correção monetária durante a mora da incorporadora, (ii) 103 chancelaram a atualização, mas ordenaram a substituição do índice contratual por outro considerado “menos agressivo”, enquanto (iii) isoladas 14 decisões determinaram o expurgo de acréscimos correspondentes à correção aplicada no período de inadimplemento da alienante.

A bem da verdade, durante algum tempo, até os idos de 2013 e 2014, a controvérsia “congelamento do saldo devedor” parecia mais acirrada. As Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro polarizavam-se muitas delas em extremos opostos: ao passo que algumas defendiam a manutenção da correção,⁶

³ TJRJ, 20ª C.C. Ap. Civ. nº 1058857-31.2011.8.19.0002. Rel. Des. Conceição Aparecida Mousnier Teixeira de Guimarães Pena, j. 27.8.2015.

⁴ TJRJ, 24ª C.C., Ap. Civ. nº 0033883-97.2014.8.19.0209. Rel. Des. Wilson Nascimento Reis, j. 25.1.2017.

⁵ A pesquisa foi realizada mediante a combinação dos termos “imóvel”, “saldo devedor” e “correção monetária”, com posterior filtragem dos julgados que efetivamente se relacionavam ao assunto. Possível, é verdade, que existam ainda outros precedentes formados no TJRJ nesse mesmo recorte temporal e não estejam encampados pelo número de 287 decisões, sobretudo diante da esperada variação de expressões utilizadas pelos órgãos jurisdicionais. O estudo revelou, de toda forma, que as três expressões escolhidas como parâmetros de busca são as que mais se repetem na jurisprudência, a demonstrar que, ao menos em termos percentuais, os números apresentados são espelho seguro do desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro nesse meio tempo.

⁶ TJRJ, 9ª C.C. Ap. Civ. nº 0005626-04.2010.8.19.0209. Rel. Des. Gilberto Dutra Moreira, j. 14.8.2013.

a outras o expediente praticado pelas incorporadoras soava mesmo absurdo e, então, chegava-se ao ponto de reconhecer ao consumidor o direito à repetição em dobro do montante acrescido ao saldo durante a mora da fornecedora.⁷ A falta de uniformidade repetia-se em outros Tribunais do país, cujos órgãos igualmente se fracionavam entre os defensores da tese do congelamento e os partidários da correção além tempo.

A uniformização somente começou a ganhar espaço nos Tribunais estaduais em meados de 2014, quando sobreveio o primeiro precedente colegiado do Superior Tribunal de Justiça sobre o assunto.⁸ Considerando que nessa oportunidade a Corte filiou-se à corrente pró-correção, a até então bifurcada jurisprudência ajeitou seu prumo, e poucos foram os órgãos que se mantiveram no bloco defensor da tese da ilegalidade do expediente.

Todavia, se de um lado é certo que a uniformização, muito mais que esperada, afigura-se plenamente desejada – porque indispensável à formação de uma final segurança jurídica em terreno no qual as divergências sempre foram marca –, de outro nos preocupa que essa consolidação de raciocínio esteja se configurando sem que tenham sido integrados ao debate fundamentos aparentemente essenciais ao desenlace do problema.

A inversão da ordem natural das ideias, com a apresentação desse cenário jurisprudencial antes mesmo de uma mais precisa explanação da controvérsia, justifica-se por um duplo motivo: ao mesmo tempo em que explicam o nascedouro do artigo, as estatísticas são fonte da missão que o ilumina.

O propósito, confessadamente, é o de fornecer luzes novas para um problema antigo e acrescentar ao debate importantes questões que, muito embora nos pareçam fundamentais para a análise controvérsia, não têm sido discutidas pelos Tribunais.

Nas decisões estudadas, todos os olhares parecem se voltar especialmente para a análise *ganho-perda*. Ou seja, se a correção monetária não representa um *plus*, um *algo a mais* para a incorporadora, não haveria um *ganho* para a fornecedora tampouco uma *perda* para o consumidor que justificassem o congelamento do saldo. Entretanto, a querela talvez precise transitar pelo princípio do nominalismo e se resolva no campo da alocação de riscos, mediante a definição do contratante que deve suportar os prejuízos oriundos de sua mora, conforme se abordará nos itens 3.1 e 3.2, adiante.

⁷ TJRJ, 27ª C.C. Ap. Civ. nº 0024825-12.2010.8.19.0209. Rel. Des. Marcos Alcino de Azevedo Torres, j. 4.4.2014.

⁸ STJ. 3ª T. REsp nº 1.454.139/RJ. Rel. Min. Nancy Andrigli, j. 3.6.2014.

Nos itens seguintes, portanto, o artigo se propõe sobretudo a (i) fornecer novos ângulos de avaliação não mencionados nos precedentes do STJ elevados frequentemente ao posto de paradigmas, tampouco discutidos nas decisões dia a dia proferidas pelos Tribunais locais, e (ii) dialogar com os fundamentos geralmente invocados pela corrente favorável à correção, entre os quais figura a frequente invocação dos princípios do equilíbrio e da vedação ao enriquecimento sem causa.

Fato é que há ao menos duas cruciais razões de direito que se nos afiguram cardeais para o diálogo e, não obstante, nos termos em que serão apresentadas adiante não surgiram em nenhum dos mais de trezentos julgados pesquisados.

Elas merecem, pelo menos, ser examinadas.

2 Apresentação do problema e dos fundamentos em que se apoiam as duas correntes antagônicas

Cogite-se do seguinte exemplo: um casal de compradores resolve adquirir imóvel integrante de empreendimento imobiliário ainda em fase de construção e celebra com a incorporadora, em junho de 2013, promessa de compra e venda que prevê o parcelamento do preço.

Dos R\$500.000,00 ajustados, as partes preveem que (i) R\$100.000,00 serão pagos em 25 parcelas mensais de R\$4.000,00, e (ii) os R\$400.000,00 restantes – o *saldo devedor* – serão pagos em parcela única após o término das obras, outorgando-se aos compradores a possibilidade de celebração de contrato de financiamento bancário para quitação do saldo.⁹

Dado que o preço de R\$500.000,00 foi pactuado ainda em 2013, o instrumento contratual também previu que os valores a serem desembolsados no futuro precisariam ser atualizados monetariamente até a data prevista para o adimplemento por parte dos adquirentes. Quanto ao saldo devedor, suponha-se em cálculo ilustrativo que a aplicação dos índices monetários indicados na promessa de compra e venda transformaria os R\$400.000,00 (data-base de junho de 2013) em atualizados R\$450.000,00, em agosto de 2015, um mês após o acordado para o término das obras do empreendimento.

Abram-se parênteses na exemplificação para esclarecer que, antes do encerramento das obras, os promitentes adquirentes de unidades imobiliárias compradas “na planta” não dispõem de condições para celebrar o contrato de financiamento com instituição financeira e quitar o preço devido à incorporadora.

⁹ Na maioria das vezes, aliás, é justamente a obtenção do financiamento que permite aos consumidores quitar a dívida, razão pela qual raras são as promessas de compra e venda que já não trazem em seu bojo autorização explícita para o pagamento via instituição financeira.

No mercado imobiliário, a liberação do crédito fica à mercê da concretização de três eventos sequenciais, todos inseridos no campo de responsabilidade da incorporadora: (i) a finalização das obras; (ii) a lavratura, pela Administração Pública, do auto de conclusão das obras, certificando-se a sua regularidade – isto é, a concessão do *Habite-se* para a construção; e (iii) a posterior averbação do *Habite-se* na matrícula registral do imóvel.¹⁰ Sem a prática de tais atos, o adquirente se vê impossibilitado de contratar o financiamento para adimplir o saldo do preço. Até então, dúvidas não há.

A discussão surge quando se trata de definir se, ante a prévia mora da incorporadora, a atualização monetária sobre o saldo tem de ser “travada” no termo contratualmente previsto para seu pagamento (momento em que se esperava que a alienante já houvesse fornecido as condições para tanto) ou, ao contrário, deve ser mantida a incidência dos índices de atualização durante o interstício em que a incorporadora esteve inadimplente.

Em outros termos, e retornando ao exemplo acima, indaga-se: caso as obras só tenham sido concluídas em dezembro de 2017, o comprador se libera de sua dívida pagando os R\$450.000,00 que o saldo devedor de R\$400.000,00 alcançava em agosto de 2015, data contratualmente prevista para o pagamento, ou precisará depositar os R\$520.000,00 que o débito, atualizado monetariamente durante a mora de sua credora, alcançaria em janeiro de 2018?

De um lado, os adeptos à corrente contrária à incidência da atualização costumam defender que não é legítimo imputar “ao adquirente do imóvel o encargo correspondente aos efeitos da mora, que não lhe pode ser atribuída validamente, exigindo-lhe o pagamento da parcela no valor diverso daquele indicado originariamente, acrescido da correção monetária”, tendo em vista que, “pelas disposições muito claras do art. 395 do Código Civil, responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos e honorários de advogado”.¹¹

Em sentido similar, também se advoga que, adstritos os fornecedores à teoria do risco do empreendimento, “não se pode permitir que, em razão de sua falta de planejamento, imponham ao consumidor a majoração do saldo devedor, ainda que somente corrigido monetariamente”.¹² Outros precedentes partem de

¹⁰ Assim é que a Lei de Incorporações Imobiliárias, Lei Federal nº 4.591/64, prevê em seu art. 44 que, “após a concessão do ‘habite-se’ pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação”.

¹¹ TJRJ, 24ª C.C. Ap. Civ. nº 0024924-45.2011.8.19.0209. Rel. Des. Luiz Henrique Oliveira Marques, j. 11.2.2015.

¹² TJRJ, 24ª C.C. Ap. Civ. nº 0021760-09.2010.8.19.0209. Rel. Des. Regina Lucia Passos, j. 9.7.2015.

premissa semelhante e anotam, indo além, que a afirmação segundo a qual a correção monetária não representaria um prejuízo “não passa de uma abstração jurídica, posto que, na realidade fática, acarreta, sim, prejuízo ao adquirente, bastando lembrar que desorganiza o planejamento econômico-financeiro” do promitente comprador.¹³

No polo contrário, a corrente favorável à incidência da correção tem seus principais fundamentos bem desenvolvidos no voto lavrado pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.454.139/RJ, seguido à unanimidade pelo colegiado da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em julgamento realizado em junho de 2014.

Na ocasião, o colegiado frisou que o STJ possui entendimento consolidado no sentido de que “a correção monetária constitui mera reposição do valor real da moeda, devendo ser integralmente aplicada, sob pena de enriquecimento sem causa de uma das partes”, e ainda ponderou, quanto ao problema concreto, que a circunstância de o promitente vendedor “encontrar-se em mora no cumprimento da sua obrigação – no caso a entrega do imóvel – não justifica a suspensão da cláusula de correção monetária do saldo devedor, na medida em que inexiste equivalência econômica entre as duas obrigações/direitos”.

Os ministros asseveraram, pois, que “a imposição de indenizações desprovidas de equivalência econômica induz desequilíbrio do próprio contrato e o conseqüente enriquecimento sem causa de uma das partes”, e, prosseguindo no raciocínio, reputaram que “o melhor é que se restabeleça a correção do saldo devedor, sem prejuízo da fixação de outras medidas, que tenham equivalência econômica com os danos decorrentes do atraso na entrega das chaves”. Ao final, então, o acórdão coroou a tese segundo a qual “não se mostra razoável deixar o saldo devedor sem nenhuma correção, salvo nas hipóteses em que o mencionado atraso derivar de comprovada má-fé da construtora”.¹⁴

Porém, no mesmo julgamento a 3ª Turma ressaltou que, ultrapassada a data prevista para a entrega da obra, o INCC (Índice Nacional de Custo da Construção), indexador geralmente previsto nesse gênero de contratos, deve ser substituído pelo IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo), cuja alíquota costuma se situar em patamar inferior à que é praticada no setor de construção – contanto, evidentemente, que a substituição se apresente vantajosa ao promitente comprador.¹⁵

¹³ TJRJ, 26ª C.C. Ap. Civ. nº 2216685-16.2011.8.19.0021. Rel. Des. Juarez Fernandes Folhes, j. 30.7.2015.

¹⁴ STJ, 3ª T. REsp nº 1.454.139/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.6.2014.

¹⁵ “[A] solução adequada ao reequilíbrio da relação contratual deve ser a substituição do INCC pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, indexador oficial calculado pelo IBGE e que reflete a variação do custo de vida de famílias com renda mensal entre 01 e 40 salários mínimos – salvo se o INCC for menor” (STJ, 3ª T. REsp nº 1.454.139/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.6.2014).

Cerca de quatro anos depois da primeira apreciação, em julho de 2018, o repertório de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça contabilizava aproximadamente cinco decisões colegiadas sobre o tema. A leitura dos precedentes, no entanto, transmite a sensação de que somente no REsp nº 1.454.139/RJ o assunto chegou a ser efetivamente debatido, com minúcia, pelos julgadores. Enquanto em determinadas hipóteses o exame da pretensão recursal parou nos requisitos de admissibilidade, noutras o mérito foi resolvido com breve menção à função da correção monetária e posterior remissão ao entendimento fixado no recurso especial pioneiro. Seria exagerado dizer que o Superior Tribunal de Justiça já esgotou o tema e consagrou uma tese que se deva ter por consolidada.

Apesar disso, foram sistêmicos os efeitos produzidos pelo precedente de 2014 do STJ e pelos posteriores que a ele se reportaram. Conforme noticiado na introdução deste artigo, dos cerca de trezentos casos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro entre 2015 e 2017, só em estimados 5% reprovou-se a incidência da correção monetária durante o lapso em que a incorporadora esteve em mora.

Os números demonstram que atualmente a jurisprudência é em larguíssima escala concordante em afirmar que, haja ou não mora da incorporadora quanto à consumação dos atos que viabilizariam a quitação por parte do adquirente do imóvel, a atualização do saldo devedor não pode cessar. E o princípio do equilíbrio contratual, segundo se diz, viria ao abono da tese. No entanto, em que pese a autoridade do argumento, há ângulos alternativos de análise reveladores de que tal solução talvez não seja a mais adequada, da mesma forma como o princípio do equilíbrio do contrato talvez não disponha do alcance que se lhe costuma imprimir nessa sorte de embate.

Antes de desenvolver tais razões nas linhas que seguem, importante uma ressalva quanto à perspectiva de exame que se adota neste artigo. Veja-se: a maior parcela das promessas de compra e venda que tem por objeto imóveis “na planta” é celebrada no âmbito de relações de consumo, não raras vezes por intermédio de contratos de adesão. Os ajustes entabulados entre a incorporadora e o promitente comprador deveras se caracterizam, com frequência, pela vulnerabilidade deste último, atraindo a aplicação do regime protetivo insculpido no CDC. E esse regime, por sua vez, tem muito a corroborar a tese da inaplicabilidade da atualização.

Não obstante, o presente estudo não será desempenhado à luz da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. Faz-se essa opção não somente porque o trabalho se orienta especialmente pela missão de apresentar perspectivas ainda não exploradas no debate jurisprudencial a respeito da controvérsia, como também porque as razões que abalizam a paralisação do saldo

independentem, como se verá, do caráter da relação travada entre a incorporadora e o promitente comprador, se paritária ou de consumo. São, vale dizer, normas emanadas de dispositivos pertencentes ao próprio Código Civil que se passará a abordar daqui em diante.

3 Dois caminhos ainda inexplorados

É tranquila a compreensão de que a bilateralidade da promessa de compra e venda celebrada entre a incorporadora e o adquirente do imóvel faz com que a alienante não possa, antes do cumprimento das obrigações que lhe cabem,¹⁶ reclamar o pagamento do saldo devido pelo comprador. Incide à hipótese o instituto da exceção do contrato não cumprido, previsto no art. 476 do Código Civil.^{17 18}

Quando dissecados em detalhes, são apontados diversos pressupostos¹⁹ cuja presença é indispensável para a aplicação da exceção, desde a bilateralidade

¹⁶ O objeto da obrigação contraposta ao pagamento do preço contempla não somente a prestação consistente na conclusão das obras, como todas as demais que, mesmo não previstas no contrato, sejam necessárias à viabilização do pagamento pelo promitente comprador, a exemplo da obtenção e posterior averbação do Habite-se. Como mencionado no item 2, acima, tal conclusão, mais que lógica, está também positivada no art. 44 da Lei de Incorporações Imobiliárias. Em rigor, todavia, nem seria necessário que estivesse. Na linha do que explica Aline de Miranda Valverde Terra, o objeto da obrigação não pode ser enxergado apenas sob o prisma estrutural, devendo-se, ao contrário, atentar à função que dele se espera. E, por sua vez, “a funcionalização do objeto da prestação conduz à importante reavaliação do comportamento do devedor e, consequentemente, à alteração do objeto obrigacional. A execução da prestação principal não é capaz de atender, por si só, ao interesse objetivo e concreto do credor. Sua satisfação pressupõe, igualmente, a observância dos deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, a exigir não apenas que o devedor aja no sentido de executar a prestação principal, mas também, e com a mesma intensidade, que o devedor se comporte de acordo com tais outros deveres” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61). À luz da boa-fé, portanto, o incorporador não pode afirmar ter adimplido integralmente a obrigação antes de cumprir as prestações que condicionam a contratação do financiamento por parte do promitente comprador, em especial quando o próprio instrumento contratual já faz alusão a esse meio de quitação do saldo.

¹⁷ “Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

¹⁸ “A *exceptio non adimpleti contractus* constitui remédio destinado a ‘paralisar’ a ação do credor sob o pretexto de não ter sido realizada por este a contraprestação devida. Não entra em debate o mérito da dívida, posto que, nesse tipo de defesa, o excipiente não nega a obrigação; apenas contesta sua exigibilidade, em face de não haver o excepto adimplido o contrato” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1993. p. 101).

¹⁹ Judith Martins Costa, *v.g.*, enumera os seguintes: “(i) a existência de contrato bilateral; (ii) a correspectividade entre as prestações devidas pelo excepto (autor) e o excipiente (réu); (iii) o vencimento da obrigação do excipiente; (iv) o incumprimento da obrigação do excipiente; (v) a obrigação do excepto de prestar antes, ou simultaneamente; (vi) o não-cumprimento ou a falta de oferta da prestação do excepto; (vii) o fato de o não-cumprimento do excepto não ser imputável ao excipiente; (viii) a gravidade da inexecução atribuída ao excepto na economia do contrato; e (ix) a proporcionalidade entre a inexecução atribuída ao excepto e a prestação cujo cumprimento se suspende com a exceção” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*: critérios para sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 644-645).

do ajuste, expressa literalmente no art. 476, até a proporcionalidade entre a inexecução atribuída ao excepto e a prestação excipienda. Todos esses pressupostos se encontram implementados na hipótese de mora da incorporadora quanto às obrigações que lhe competem e condicionam o pagamento do preço, a justificar a suspensão da exigibilidade da prestação a ser adimplida pelo comprador.

Também não há dúvidas quanto à função desempenhada pela correção. A atualização monetária por índices financeiros não representa um *algo a mais*, “não gera acréscimo, mas apenas atualiza o valor nominal expresso em moda”.²⁰ Considerando-se que nas prestações pecuniárias o valor real da moeda se transforma no tempo e no espaço por efeito da inflação, a aplicação da correção torna-se necessária para recompor o valor de face, corroído pelo processo inflacionário. É por conta disso, aliás, que o instituto costuma ser atrelado à equidade e ao princípio da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884, CC).²¹

Não se pode dizer, nessa perspectiva, que a aplicação dos índices de correção no período de atraso na construção do empreendimento fará com que a alienante receba *valor real superior* ao devido. Receberá precisamente o mesmo valor real, mas em época distinta.

Pensamos, todavia, que essas razões, sempre lembradas nas decisões que rejeitam o pedido de congelamento, não mereceriam ser tratadas como prioritárias na avaliação do direito à paralisação do saldo devedor.

Muito embora seja certo que a incidência da correção funciona como mero mecanismo de recomposição do poder aquisitivo da moeda, a análise que primordialmente importa reside na definição quanto à alocação dos riscos posteriores ao início da mora da incorporadora. E essa análise tem de ser feita sob dois ângulos diversos, mas concordantes em suas conclusões: tanto sob a combinação dos arts. 476 e 400 do Código Civil, como sob a aplicação combinada dos arts. 395 e 315 do mesmo Código.

3.1 Exceção do contrato não cumprido e incidência dos efeitos da mora *accipiendi*: aplicação combinada dos arts. 476 e 400 do Código Civil

O art. 400 do Código Civil prevê:

A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas

²⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de (Org.). *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, v. 1. p. 607.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. t. I. p. 245.

empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

O dispositivo trata do instituto da mora do credor (*mora accipiendi, creditoris* ou *credendi*), consubstanciado, segundo a doutrina tradicional, na “oferta regular de pagamento, realizada pelo devedor, seguida de recusa por parte do credor”.²² Não só o credor da prestação dispõe do direito de exigir que o pagamento seja feito no prazo avençado, como também “não se pode recusar ao devedor a faculdade de liberar-se do vínculo obrigacional, em vez de manter-se jungido ao credor indefinidamente”.²³ Injustificadamente recusada a oferta do pagamento, incorre em mora o credor, aplicando-se em seu desfavor os efeitos previstos no art. 400 do Código.

Esse dispositivo legal, em nosso modo de ver, encontra também horizonte de aplicação em determinadas situações em que fica caracterizada a exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC). Quer-se dizer: nas hipóteses em que se está diante de contrato bilateral e o contratante-excipiente apenas não cumpre a sua prestação em razão da mora anterior do contratante-excepto, os efeitos da mora quanto à prestação devida pelo excipiente devem ser suportados pelo excepto, que deu causa à demora do recebimento da prestação.

Ou, transpondo a abstração para o problema concreto, tem-se que, para fins de aplicação dos efeitos do art. 400, a mora da incorporadora quanto ao cumprimento das obrigações que viabilizariam a quitação do saldo devedor permite, na atividade de aquilatar os riscos oriundos do atraso, que se a tenha por *credora em mora* quanto ao recebimento do preço que lhe é devido.

Parecem existir, é bem verdade, dois obstáculos conceituais a essa construção de raciocínio.

Em primeiro lugar, conforme mencionado acima, são elencadas como requisitos da mora *accipiendi* a *oferta efetiva* do pagamento e a *recusa* do credor ao recebimento da prestação.²⁴ O devedor deve se prontificar a pagar *incontinenti* e o credor, a seu turno, precisa enjeitar o recebimento. Nenhum desses requisitos estaria presente na hipótese.

²² MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 400.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2. p. 295.

²⁴ “A mora do credor (*mora accipiendi*) se dá quando este, sem justa causa, se recusa a receber o pagamento. Assim, por exemplo, ocorre a *mora accipiendi* quando o comprometente vendedor repele a prestação oferecida pelo comprador, sob alegação de se haver desavindo com seu sócio” (RODRIGUES, Silvío. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 244).

Em segundo lugar, a mora *creditoris* também pressupõe a exigibilidade da prestação. Levando-se em conta que o primeiro efeito da aplicação da exceção do contrato não cumprido exprime-se justamente na suspensão da exigibilidade da obrigação – tornando-a não exigível pelo credor enquanto este último não adimplir a que lhe cabe –, a princípio não se poderia tachar de credora morosa a incorporadora cujo crédito se encontra em fase de inexigibilidade.

Essas aparentes barreiras conceituais, entretanto, não podem ser sacralizadas. Antes de se apegar à estrutura do instituto jurídico da mora *accipiendi*, necessário considerar o seu perfil funcional, aquele atento à finalidade que do instituto se espera, aspecto a reclamar observância e privilégio contínuos.²⁵

Se, nesse sentido, a culpa pelo atraso no pagamento do preço devido pelo adquirente pertence à incorporadora, não há por que – para a finalidade de aplicação dos mesmos efeitos dispostos no art. 400 – negar a possibilidade de equiparação da incorporadora ao credor que ingressa em mora *creditoris* após recusar o recebimento da prestação que se lhe quer pagar.

Afinal, o elemento decisivo para a distribuição dos riscos abordados no art. 400 não pode ser simplesmente a *vontade* do credor: muito mais importante que avaliar estaticamente se houve recusa estritamente dita do *accipiens* é investigar, funcionalmente, o porquê de o devedor não ter podido liberar-se do vínculo obrigacional no tempo acordado.

Observe-se, em especial, que a configuração da *exceptio non adimpleti contractus* repercute sobre a relação contratual em duas medidas na situação examinada. O anterior descumprimento pela incorporadora não somente obsta que exija a contrapartida contratual, por força dos tradicionais fundamentos de equidade que subjazem ao instituto da exceção, como, para além disso, o não cumprimento das obrigações também reflete na própria viabilidade de o devedor da prestação pecuniária cumpri-la tal qual acordado. Isso porque a mora da incorporadora embaraça a contratação, pelo adquirente, do financiamento bancário por meio do qual esperava adimplir a obrigação – circunstância que o impossibilita, inclusive, de consignar o pagamento.

Vislumbra-se aí uma peculiaridade fundamental que, mesmo para os que em linha de princípio rejeitem a possibilidade de a exceção do contrato não cumprido

²⁵ “Existem, como se sabe, ao menos duas formas fundamentais de se analisar determinado conceito no âmbito das ciências sociais: por seu aspecto estrutural (vale dizer, pela descrição dos elementos componentes do objeto de estudo) ou por seu perfil funcional (isto é, indagando-se, para além do retrato estático da estrutura, qual finalidade ou interesse configura a dinâmica eficácia da noção sob análise). Na primeira hipótese, afirma-se usualmente que o interesse do cientista repousa na pergunta ‘o quê é?’, ao passo que, no segundo caso, confere-se maior importância ao questionamento ‘para que serve?’” (SOUZA, Eduardo Nunes. Função negocial e função social do contrato: subsídios para um estudo comparativo. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 54, abr./jun. 2013. p. 67).

desaguar na configuração da mora *credendi*, distancia a hipótese analisada daquelas outras em que se cuida de simplesmente investigar, sob as luzes da equidade, se o contratante pode exigir o implemento da obrigação do outro antes de adimplida a sua. Aqui, o inadimplemento não toca apenas na exigibilidade, mas vai além e mexe com a própria viabilidade de o pagamento ser feito nos termos em que contratados.

De mais a mais, em resposta aos obstáculos estruturais que aprioristicamente impediriam a aplicação dos efeitos do art. 400 à espécie, frise-se quanto ao primeiro deles que a doutrina admite com tranquilidade a equiparação entre a recusa e o retardamento injustificado, ponderando que “o retardamento injustificado no recebimento equivale à recusa, não podendo o devedor que quer solver o débito suportar-lhe as consequências”.²⁶ À época de vigência do Código de 1916, Carvalho Santos assertivamente sustentava verificar-se a mora do credor “não somente quando recusa a oferta do devedor, em tempo e lugar oportunos, senão também quando não intervém no momento oportuno e torna possível, com a sua atividade, o cumprimento da obrigação”.²⁷

A noção é precisa. Se o inadimplemento anterior do credor da prestação inviabiliza que o devedor a cumpra nos moldes contratados, não parece razoável rechaçar a aplicação dos mesmos efeitos do art. 400 apenas porque não se verificaram a *oferta efetiva* e a *recusa expressa*. O apego ao voluntarismo e o apreço desmedido pelo conceito clássico, que reclama a recusa e a real oferta, não de sucumbir ao caráter funcional do instituto da mora *creditoris*, consistente em liberar o devedor não culpado dos prejuízos ocasionados pela mora do credor culpado – quem, portanto, deve suportar as consequências do fato de ter inviabilizado o pagamento.

Quanto ao segundo obstáculo estrutural aventado acima (i.e., impossibilidade de se conceber a configuração da mora em tempo no qual a prestação está inextinguível), fato é que a aplicação de um instituto que vem a salvaguardar o devedor excipiente não pode terminar por produzir logo o efeito contrário.

A invocação da *exceptio*, embora elimine mesmo a exigibilidade da prestação, não se revela incompatível com a aplicação dos mesmos efeitos do art. 400 no que concerne à distribuição dos riscos do cumprimento impontual, impondo-os ao credor excepto. Miguel Maria de Serpa Lopes, em semelhante sentido, defendia que, “em razão de não ter cumprido a sua prestação e justificando, por esse fato, a retenção do devedor, o autor coloca-se indubitavelmente na mesma posição de

²⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2. p. 296.

²⁷ SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1953. v. 12. p. 319.

um credor em mora”. Serpa Lopes dizia, seguindo essa orientação, não ter “dúvida em que se aplica ao caso o disposto no art. 958 do Código Civil [de 1916]”, dispositivo reprisado com sutis alterações de redação no art. 400 do Código de 2002.^{28 29}

Reunidas tais considerações, possível concluir que, uma vez demonstrado que o adquirente devedor não efetuou o pagamento na data prevista para o vencimento porque a quitação foi inviabilizada por ato ou omissão da própria incorporadora credora, a presença dos pressupostos exigidos para a aplicação da exceção do contrato não cumprido sujeita a credora da prestação aos mesmos efeitos previstos no art. 400.

Naquelas situações em que, além da caracterização da *exceptio non adimpleti contractus*, a mora de um dos contratantes refletir na própria viabilidade de o cocontratante adimplir a prestação que lhe incumbe, devem ser aplicados ao excepto os efeitos dispostos no art. 400 do Código Civil, sujeitando-o aos riscos ali assinalados para o credor que ingressa em mora *creditoris*. Não é o devedor inocente que tem de suportar os riscos da mora. Ao contrário, suporta-os o credor, pois foi o seu prévio descumprimento do contrato que germinou a desregulação do programa negocial e inviabilizou que o devedor se liberasse da prestação no tempo e modo acordados.

Fixada tal premissa, recorde-se que são três os efeitos previstos no art. 400 para a mora *credendi*: (i) “subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa”; (ii) “obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la”; e (iii) “sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação”.³⁰

Lembre-se, também, que a justificativa-chave reiteradamente invocada para validar a incidência da correção monetária durante o período de mora da alienante reside na função desempenhada pela correção monetária, qual seja, conservar o valor real e o poder aquisitivo da moeda.

²⁸ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Exceções substanciais: exceção de contrato não cumprido (exceptio non adimpleti contractus)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 313-314.

²⁹ Também na doutrina portuguesa é possível encontrar lição similar. José João Abrantes, depois de afirmar que “o efeito principal que para o excipiente resulta da exceção é esse direito à suspensão da exigibilidade da sua obrigação”, diz, quanto ao excipiente, que “a sua situação não é tanto a do devedor antes do vencimento da obrigação, como a do devedor cuja prestação é temporariamente impossível por causa a ele não imputável” (ABRANTES, José João. *A exceção de não cumprimento do contrato no direito civil português*. Coimbra: Almedina, 1986. p. 130).

³⁰ Quanto aos efeitos da mora *accipiendi*, confira-se, por todos, NANNI, Giovanni Ettore. Mora. In: LOTUFO, Renan; NANI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 634-639.

Muito embora não se ignore a existência de controvérsias no direito brasileiro quanto à correta definição do que tecnicamente se enquadra no conceito de *coisa*,³¹ a que alude o art. 400, parece tranquilo afirmar que as dívidas em dinheiro – aí abarcadas as *dívidas de dinheiro* e as *dívidas de valor* – também se submetem à disciplina da mora do credor.

Então, na hipótese, tanto a primeira parte do dispositivo – que *dispensa* o devedor da responsabilidade *pela conservação da coisa* –, quanto a terceira – que obriga o credor a recebê-la *pela estimativa mais favorável ao devedor quando verificada a oscilação de valor* – abalizam a noção de que a conservação do poder aquisitivo da moeda é de responsabilidade do credor da prestação pecuniária. Ele, credor que não viabilizou o pagamento, é quem deve suportar os riscos assinalados no art. 400, e não o devedor cujo adimplemento deixou de ser realizado no tempo do contrato exclusivamente em razão da mora anterior do próprio *accipiens*.

É contestável, no mais, argumentar que o comprador não sofre prejuízo com a atualização do saldo, por se tratar de mera incidência de correção. Com efeito, o promitente adquirente desenvolve toda sua programação financeira adotando como premissas os valores e datas previstos na promessa. Quando, *e.g.*, se compromete a honrar saldo devedor histórico de R\$400.000,00 dois anos após a data da assinatura do instrumento, o adquirente sabe bem que no tempo combinado deverá obter por sua conta o financiamento e adimplir a parcela a que se vinculou – a qual, suponha-se, alcançaria os R\$450.000,00 mencionados alhures. Essa estimação de tempo e valor desponta como de extremo relevo para os promitentes compradores, que realizam suas projeções próprias e medem suas possibilidades em conformidade com as datas e quantias dispostas no instrumento contratual.

A partir do momento em que o programa negocial é desnaturado pela incorporadora, que deixa de honrar o termo por ela própria previsto para o encerramento das obras, a postergação do vencimento do saldo com a manutenção de sua atualização constitui providência que afeta, visceralmente, a programação financeira pensada pelo promitente comprador. Em vez de R\$450.000,00 em agosto de 2015, passa-se a exigir que pague R\$520.000,00 em janeiro de 2018, porque de simples correção monetária se trataria.

O raciocínio parece demais abstrato para um problema concreto que não esgota suas nuances na avaliação econômico-financeira da evolução da dívida. Basta pensar que o salário de larga parcela da população brasileira não é sempre

³¹ A respeito das divergências que giram ao redor do conceito, fazendo-se alusão, inclusive, à experiência estrangeira, confira-se CALIXTO, Marcelo Junqueira. Dos bens. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *O Código Civil na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013. p. 165-169.

atualizado nas mesmas medidas de valor e de tempo da inflação,³² e por vezes fica mesmo muito aquém disso. Afigura-se igualmente razoável supor que o contratante adquirente, pelas mais variadas contingências da vida, pode não vestir ao final do atraso as mesmas condições financeiras que ostentava no tempo contratualmente programado para o vencimento. Essa discrepância, por vezes, até mesmo impossibilita a celebração do financiamento, negócio talhado sob medida pelas instituições financeiras. Semelhantemente, deve-se também considerar que o promitente adquirente pode não dispor do valor “em caixa” para aplicá-lo em operação financeira e obter os rendimentos que acompanhem o índice de inflação.

O adquirente desenvolve, enfim, toda uma programação financeira que não merece ser frustrada quando a culpa pela desregulação do programa contratual pertence, única e exclusivamente, à alienante incorporadora. É a ela que o ordenamento impõe a sujeição aos riscos e prejuízos produzidos por efeito de sua exclusiva mora.

Rememoradas, pois, as premissas traçadas e consideradas também essas últimas noções, o primeiro fundamento favorável ao congelamento do saldo se completa: (i) se é logo o não cumprimento das obrigações assumidas pela incorporadora vendedora que obsta a celebração do negócio de financiamento pelo adquirente, impossibilitando-o de quitar o saldo devedor na forma prevista na promessa de compra e venda; (ii) se, nessas condições, a conformação da exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC) conduz também à configuração da mora *accipiendi* da incorporadora quanto ao recebimento do saldo que lhe é devido (art. 400, CC); (iii) se a correção monetária encerra meio de recomposição do valor aquisitivo da moeda, conservando-a contra a corrosão provocada pelo processo inflacionário; e (iv) se, entre os efeitos da mora *accipiendi*, prevê-se que é o próprio credor moroso, e não o devedor, quem deve suportar a responsabilidade pela conservação da coisa (art. 400, 1ª parte, CC), da mesma forma que tem de “recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação” (art. 400, 3ª parte, CC), não se pode, diante dessas quatro constatações, impor ao comprador inocente a responsabilidade por conservar a moeda em valor atualizado, arcando com a correção.

Por força da aplicação do art. 400 do Código Civil, estando em mora a incorporadora, o risco da oscilação monetária do saldo devedor passa a ser por ela própria suportado, na medida em que foi a sua desídia, e não a do adquirente,

³² Confira-se, por exemplo: ALVARENGA, Darlan; MARTELLO, Alexandre. Reajuste do salário mínimo fica abaixo da inflação pelo 2º ano seguido. *Globo.com*, 10 jan. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/reajuste-do-salario-minimo-fica-abaixo-da-inflacao-pelo-2-ano-seguido.ghtml>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

que impediu o cumprimento do programa negocial. Descabe, portanto, impor ao comprador do imóvel que arque com a atualização monetária do saldo no período pós-vencimento, restabelecendo-se a incidência da correção apenas depois de cumpridas, pela alienante, as obrigações que lhe cabem e condicionam a contratação do financiamento pelo promitente adquirente.³³

A nosso ver, esse constitui um primeiro fundamento que impõe o congelamento do saldo.

3.2 Princípio do nominalismo e responsabilidade do devedor pela atualização monetária: aplicação combinada dos arts. 315 e 395 do Código Civil

Previsto no art. 315 do Código Civil,³⁴ o nominalismo é regra no direito brasileiro. Pelo princípio do nominalismo, “o devedor de uma importância em dinheiro se libera oferecendo a quantidade de moeda inscrita em seu título de dívida e em curso no lugar do pagamento, seja qual for a alteração no valor intrínseco da moeda”.³⁵ Paga-se, pois, pelo valor nominal da moeda, “isto é, pelo importe econômico nela numericamente consignado [...], pelo valor estampado em sua face”.^{36 37}

³³ Se o próprio contrato previr a incidência da correção mesmo para o período em que a credora da prestação pecuniária estiver em mora, será necessário analisar a licitude da cláusula em juízo de merecimento de tutela que considere a concreta relação. No alerta de Carlos Nelson Konder e Deborah Pereira Pinto dos Santos, “é imperioso reconhecer que, entre as relações verdadeiramente paritárias e aquelas estabelecidas entre sujeitos completamente desiguais – como é exemplo paradigmático a relação de consumo –, existe uma grande variedade de matizes, envolvendo partes com distintos poderes de barganha, e que impõe, conseqüentemente, atuação diversa do intérprete diante do caso concreto” (KONDER, Carlos Nelson; SANTOS, Deborah Pereira Pinto dos. O equilíbrio contratual nas locações em shopping center: controle de cláusulas abusivas e a promessa de loja âncora. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 20, n. 3, nov. 2016. p. 179). Na hipótese, caso se esteja diante de contrato de consumo, como sói acontecer, o exame precisará passar não só pela composição do sinalagma contratual, mas sobretudo pelo grau de autonomia com que a vontade foi manifestada pelo adquirente, sopesando-se as condições contratadas à luz da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. Segundo pensamos, cláusula como essa dificilmente superaria o exame de validade desempenhado sob a ótica das normas extraídas do CDC.

³⁴ “Art. 315. As dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, salvo o disposto nos artigos subsequentes”.

³⁵ RODRIGUES, Sílvio. *Direito civil*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 2. p. 143.

³⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. t. I. p. 251.

³⁷ Caio Mário da Silva Pereira explica que “o Direito Brasileiro, tendo em vista a situação conjuntural por que o País vem passando, repeliu o regime livre-cambista e instituiu a teoria nominalista, esboçada em vários diplomas anteriores, porém estabelecida no Decreto nº 23.501, de 27 de novembro de 1933, alterado por numerosa legislação posterior e consolidada pelo Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, e pela Lei 10.192/2001. O art. 315 do Código Civil de 2002 é expressão desta política, e dá seguimento ao regime de curso forçado, vigorante no País”. Assim é que “as dívidas em dinheiro devem ser pagas

É necessário ter em conta, contudo, a dificuldade de lidar com prestações pecuniárias nominais em um país no qual a realidade econômica faz com que o ajuste original de valor em dinheiro não seja preservado até o momento em que o adimplemento de fato ocorra,³⁸ ainda que a moeda apresente relativa estabilidade em dias presentes. Sobretudo nos últimos tempos, o nominalismo não esteve imune a críticas.

Entre os autores que o criticam, Judith Martins-Costa adverte tratar-se de princípio “duramente contestado, porque o seu efeito jurídico é o de, *prima facie*, limitar a revisão das prestações”. A autora complementa, nessa mesma esteira de raciocínio, que limitar a revisão “causa injustiça decorrente da diferença entre o valor expresso na face da moeda, ou valor nominal, e o *valor real*, isto é, o ‘valor de compra’, desgastado pela inflação, causador de desequilíbrio econômico na relação”.³⁹

Diante, então, da circunstância de a inflação gerar enorme disparidade entre o valor nominal da moeda e o seu real poder aquisitivo, ao longo do tempo passaram a ser pensadas fórmulas atenuadoras dos males nominalistas, entre as quais figura a previsão da incidência de correção monetária sobre as parcelas integrantes de contratos de execução diferida ou sucessiva.⁴⁰ Hoje, não se pode negar, a fixação prévia de cláusulas de atualização apresenta-se como uma constante no tráfego jurídico.

Muito embora seja amplo o respaldo legal para a prática de prever índices monetários de atualização,⁴¹ a regra insculpida no art. 315 permanece sendo a do nominalismo. E, como um de seus principais efeitos, tem-se que, se a obrigação possui por objeto uma prestação pecuniária, o risco da desvalorização da moeda recai sobre o credor, pois o devedor se liberará pagando o montante ajustado no título.⁴² Vale dizer: a incidência da correção pode perfeitamente ser ajustada pelas

em moeda corrente, isto é, na moeda de curso legal (Real), e pelo seu valor nominal, isto é, aquele que o Estado lhe impõe” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2. p. 183).

³⁸ BIDINE JR., Hamid Charaf. Aspectos objetivos do pagamento e alteração das circunstâncias. In: LOTUFO, Renan; NANI, Giovanni Ettore (Coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 329.

³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. t. I. p. 243.

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 2. p. 185.

⁴¹ Veja-se, nesse sentido, a extensa relação de leis compiladas por MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Curso de direito civil*. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 4. p. 95-97.

⁴² “Por um lado, reconhece-se às partes, de harmonia com o princípio da autonomia privada, a faculdade de escolherem o regime que melhor lhes aprouver na determinação do objeto da prestação (<salvo estipulação em contrário>). [...] Por outro lado, na falta de estipulação das partes, consagra-se como regra o princípio nominalista, mandando efectuar o pagamento em moeda corrente, e atendendo, para o cálculo das espécies que devem ser entregues, ao valor nominal da moeda na data do cumprimento. Assim, quem ficou a dever 10, no momento em que a dívida já se constituiu, desonera-se entregando outras 10 unidades, seja qual foi o coeficiente da valorização ou desvalorização que a moeda tenha sofrido no intervalo

partes. À sua falta, no entanto, o princípio nominalista impõe que o pagamento seja feito pelo valor de face, elegendo-se o credor da prestação pecuniária como o sujeito obrigacional que suportará o risco de eventual depreciação do valor nominal da moeda – sem prejuízo de, preenchidos determinados pressupostos,⁴³ poder se socorrer de outros instrumentos previstos na legislação caso a oscilação do valor monetário termine por desequilibrar o contrato.⁴⁴

Conforme explica João de Matos Antunes Varela, o princípio nominalista “não parece difícil de justificar em tese geral”.⁴⁵ Em primeiro plano, o autor português lembra que diferentes mercadorias que se podem adquirir com dinheiro não pesam igualmente no custo de vida das diferentes camadas da população, além de ser “extremamente difícil precisar os termos da sua valorização ou desvalorização em face da moeda”.⁴⁶ É bem verdade, percebe-se, que tal dificuldade aventada pelo autor pode ser em parte solucionada pelos cortes setoriais que orientam o cálculo dos índices de correção.⁴⁷ A solução, entretanto, não se revela de todo satisfatória, na medida em que, como esclarece o próprio Antunes Varela,

ainda que fosse possível determinar com suficiente rigor a evolução do valor da moeda, a actualização das prestações pecuniárias conduziria frequentes vezes a resultados injustos, quer porque nem sempre o devedor terá investido a soma devida em valores estáveis, capazes de resistirem à desvalorização, quer porque nem sempre também o credor o teria feito, se tivesse a soma em seu poder.⁴⁸

Parece crível, nesse sentido, a afirmação de que, embora “não constituindo uma solução ideal, o princípio do *nominalismo* representa o critério *mais cômodo*

que medeia entre a constituição e o cumprimento da obrigação” (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 853).

⁴³ O tema é enfrentado no item 4, adiante.

⁴⁴ Já dizia Pontes de Miranda que, em contrapartida ao princípio do nominalismo, “tem-se de atender à imprevisibilidade das desvalorizações e considerar a aviltação excessiva como causa de impossibilitação da prestação, pela excessiva onerosidade” (MIRANDA, A. C. Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 50. p. 466).

⁴⁵ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 854.

⁴⁶ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 854.

⁴⁷ Como exemplo, “a população-objetivo do INPC abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 5 (cinco) salários-mínimos, cuja pessoa de referência é assalariado em sua ocupação principal e residente nas áreas urbanas das regiões; a do IPCA abrange as famílias com rendimentos mensais compreendidos entre 1 (hum) e 40 (quarenta) salários-mínimos, qualquer que seja a fonte de rendimentos, e residentes nas áreas urbanas das regiões” (IBGE. Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA e Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC. Disponível em: <https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/indicadores/precos/inpc_ipca/defaultinpc.shtm>. Acesso em: 16 jul. 2018).

⁴⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 854.

e, ao mesmo tempo, mais *seguro* na solução do problema”.⁴⁹ Concessões lhe são formuladas e é em larga escala praticada a prévia fixação dos índices de correção monetária. Em regra, todavia, as dívidas em dinheiro deverão ser pagas no vencimento, em moeda corrente e pelo valor nominal, exatamente como prevê o art. 315 do Código Civil.

Porém, a partir da data do vencimento da obrigação o eixo gira. Válido como a orientação geral para as dívidas em dinheiro pagas *no vencimento*, o nominalismo perde espaço a partir do instante em que ingressa em mora o devedor.

Um dos pilares da responsabilidade civil contratual, o art. 395 do Código Civil preconiza que “responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, *atualização dos valores monetários* segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

Cotejando-se este último dispositivo com o art. 315 do Código, descortina-se uma lógica bem concatenada: até o vencimento, o nominalismo é a regra, ainda que seja lícito às partes estabelecerem previamente índices de atualização monetária para os valores a serem desembolsados no futuro; passado o vencimento e iniciada a mora do devedor da prestação pecuniária, abandona-se o nominalismo e a incidência da correção converte-se em norma geral, na forma do art. 395.

A despeito de muitas vezes passar despercebida, a alusão à “atualização dos valores monetários” feita pelo art. 395 se reveste da importante função de operar uma verdadeira inversão de lógicas, tornando regra, a partir da mora do *solvens*, aquilo que o ordenamento jurídico até então considerava exceção.⁵⁰

A relação dessas considerações com o tema do congelamento do saldo devedor nas compras e vendas de imóveis na planta pode ser enunciada nos seguintes termos: se o nominalismo é a regra mesmo para o período entre a assunção e o adimplemento da obrigação, cedendo espaço ao valorismo *apenas quando*

⁴⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2005. v. 1. p. 855.

⁵⁰ É digno de nota que, durante a tramitação legislativa do atual Código Civil, chegaram a ser propostas emendas aos arts. 315 e 316 quando da passagem do projeto pela Câmara dos Deputados. Propunha-se que o art. 315 assim consignasse: “As dívidas em dinheiro devem ser pagas em moeda corrente, no vencimento, *a partir de quando sofrerão correção monetária*” (grifos nossos). Ao mesmo tempo, sugeriu a Câmara, redundantemente, que o art. 316 recebesse a seguinte redação: “Aplica-se a correção monetária nas dívidas em dinheiro e nas de valor, *a partir do respectivo vencimento*” (grifos nossos). No retorno do projeto ao Senado, as propostas de emendas formuladas pela Câmara dos Deputados não prevaleceram, em especial porque a dicção sugerida para os artigos poderia transmitir uma compreensão de vedação ao ajuste voluntário da correção monetária para o lapso entre a contratação e o vencimento. Esses dados históricos, de todo modo, servem para corroborar que a *ratio* subjacente ao art. 315 consiste na adoção do valor nominal como regra e na aplicação da correção monetária, até a data do vencimento, como exceção. Ultrapassada a data prevista para o pagamento e iniciada a mora do devedor, aí sim se invertem os papéis e a atualização do valor de face por índices financeiros torna-se noção prevalente na teoria geral das obrigações. Para um relato detalhado do tratamento conferido ao assunto na tramitação do Projeto de Código Civil, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 5. t. I. p. 238-242.

configurada a mora do devedor da prestação pecuniária, por que razão impor ao adquirente do imóvel, que não está em mora, a responsabilidade por suportar a atualização monetária por índices financeiros em tempo no qual é o inadimplemento da alienante que está em vigor?

Adotando-se a solução de manter a correção monetária mesmo nesse interstício de mora do *accipiens*, acaba-se por prestigiar lógica em que o nominalismo deixa de ser prestigiado também no período, pós-vencimento, de atraso exclusivo da própria incorporadora, aplicando-se um dos efeitos do art. 395 sem que esteja preenchido seu requisito basilar e indispensável: a mora do devedor. Valorizam-se unicamente os interesses de um credor inadimplente quanto às obrigações que lhe cabem, em detrimento do interesse do sujeito obrigacional que não concorreu para a desregulação do programa contratual entabulado.

Em síntese, o princípio do nominalismo (art. 315, CC) e a norma segundo a qual o devedor em mora deve suportar a atualização monetária (art. 395, CC) confirmam, em aplicação conjunta, que a responsabilidade por manter a moeda em valor atualizado não deve ser imposta ao adquirente do imóvel que apenas deixa de quitar o saldo em função do anterior inadimplemento da incorporadora – e, portanto, em mora não está. Também por esse ângulo o saldo há de ser “congelado” entre a data prevista para o pagamento e a data, posterior, em que a alienante vier a se desonerar das obrigações que lhe incumbem.

4 Equivalência, equilíbrio e enriquecimento sem causa: diálogo aberto com os fundamentos adotados pela corrente pró-correção

Conforme detalhado ao longo do item 2, na ampla maioria das decisões relacionadas ao tema se costuma afirmar que a aplicação da correção monetária (i) “não revela ganho de capital para o empreendedor, mas sim o meio necessário para manutenção do equilíbrio contratual face a desvalorização da moeda”,⁵¹ e (ii) “sua exclusão implicaria enriquecimento sem causa dos devedores”.⁵² Entende-se que, uma vez suprimida a correção monetária, o contrato se tornaria *ipso facto* desequilibrado e o promitente adquirente ainda se enriqueceria à míngua de justa causa para tanto.

⁵¹ TJRJ, 24ª C.C. Ap. Civ. nº 0033883-97.2014.8.19.0209. Rel. Des. Wilson Nascimento Reis, j. 25.1.2017.

⁵² TJRJ, 14ª C.C. Ap. Civ. nº 0007527-70.2011.8.19.0209. Rel. Des. José Carlos Paes, j. 19.10.2016.

No já referido REsp nº 1.454.139/RJ, o Superior Tribunal de Justiça também considerou, em adição a esses dois fundamentos, que a circunstância de o vendedor se encontrar em mora quanto ao cumprimento da sua principal obrigação, a entrega do imóvel, “não justifica a suspensão da cláusula de correção monetária do saldo devedor, na medida em que inexistente equivalência econômica entre as duas obrigações/direitos”.

Em outras palavras, o STJ compreendeu que “o prejuízo decorrente do atraso na conclusão da obra não guarda correspondência com o valor da correção monetária do saldo devedor para o período de inadimplência”. Assim, paralisar a correção do saldo encerraria “clara violação do comando do art. 944 do CC/02, segundo o qual a indenização deve ser calculada com base na extensão do dano”, da mesma maneira que também afrontaria “o art. 395 do CC/02, que imputa ao contratante inadimplente a responsabilidade pelos prejuízos a que sua mora der causa”.⁵³

Cumpre-nos, nessa perspectiva, contrastar as razões já expostas com tais fundamentos normalmente invocados pela corrente que defende a permanência da correção no curso da mora.

De início, registre-se não se discordar de que “o prejuízo decorrente do atraso na conclusão da obra não guarda correspondência com o valor da correção monetária do saldo devedor para o período de inadimplência”, conforme anotado no mencionado acórdão do Superior Tribunal de Justiça. Os danos experimentados pelos adquirentes vão além e, a depender das circunstâncias, passam, v.g., pelos prejuízos suportados com o aluguel de moradia alternativa, supressão da perspectiva de lucro com o aluguel da unidade adquirida, danos extrapatrimoniais, falta de pagamento da cláusula penal prevista em contrato, entre outros.

Todos esses, no entanto, são outros prejuízos experimentados pelos adquirentes, a que a imputação de uma responsabilidade que não lhes pertence também é somada. Queremos dizer que, embora seja inegável que o dano decorrente do atraso na conclusão das obras difere do valor acrescido ao saldo durante a mora, isso não altera a circunstância de que imputar ao comprador responsabilidade que o ordenamento não lhe atribui constitui um prejuízo a mais, constitui, precisamente, um dano, porquanto verificada a lesão a um interesse juridicamente tutelado.⁵⁴ Não nos parece, assim, que se possa tratar a alegada *falta de equivalência* – entre a atualização do saldo e os outros danos decorrentes do atraso na conclusão das obras – como obstáculo à paralisação da correção.

⁵³ STJ, 3ª T. REsp nº 1.454.139/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 3.6.2014.

⁵⁴ Sobre a conceituação do dano como lesão a interesse jurídico merecedor de tutela, confira-se SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 97-102.

Em nosso modo de ver, a violação que se denota ao art. 395 caracteriza-se no fenômeno oposto, isto é, na atribuição, ao devedor que não está em mora, de um dever que, em inversão do princípio nominalista (art. 315, CC), o art. 395 do Código Civil impõe apenas ao devedor moroso, como detalhado no item 3.2 deste artigo.

Por variadas razões, também o princípio do equilíbrio contratual não deveria servir de justificativa para a atualização do saldo durante a fase de inadimplência da incorporadora.

Apesar de o princípio do equilíbrio ainda não ter encontrado uma conceituação unânime em doutrina,⁵⁵ há determinado consenso com relação a pelo menos três de seus requisitos de aplicação que importam à presente análise.

O primeiro deles está radicado na própria finalidade a que se volta o princípio. O apeço do ordenamento por contratos equilibrados não deve conduzir à exigência de *equivalência* das prestações, mas sim à repressão e prevenção de desequilíbrios tidos por excessivos, patológicos. A questão, nas palavras de Anderson Schreiber, “não é tanto de equivalência (igual valor), mas sim de equilibrar (do latim, *aequi librare*, sopesar) ou, mais precisamente, de prevenir manifestas desproporções ou desequilíbrios macroscópicos”.⁵⁶

Arelada ao princípio da proporcionalidade, a noção de equilíbrio deve ser enxergada não no sentido de impor uma igualdade de valor entre prestação e contraprestação, mas sim de vedar que entre elas se forme uma desproporção macroscópica e injustificada.⁵⁷ Entre tantos outros, também corroboram a ideia Ruy Rosado de Aguiar Junior, ao ponderar que “a equivalência deixa de existir quando há desproporção grave entre as prestações”,⁵⁸ Andrea Cristina Zanetti, para quem a aplicação do equilíbrio não deve ser presidida pela tentativa de buscar uma igualdade monetária

⁵⁵ Anderson Schreiber ilustra a divergência doutrinária fornecendo os seguintes exemplos: “Não raro, as definições do equilíbrio contratual acabam por remeter à proteção dos contratantes vulneráveis: [...]. Outras vezes, remete-se explicitamente a definição do equilíbrio contratual a outros princípios, como a boa-fé objetiva e função social do contrato: [...]. Há, ainda, aqueles autores que aludem ao equilíbrio contratual, sob essa denominação ou outra equivalente, mas não chegam a defini-lo, bem como aqueles que o abordam a partir dos efeitos reservados pelo Código Civil às hipóteses específicas que a codificação regula” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 46-48).

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 58.

⁵⁷ É o que diz Pietro Perlingieri quanto ao princípio da proporcionalidade, associando-o ao equilíbrio contratual: “Per quanto attiene al rapporto tra diritti ed obblighi, il principio di proporzionalità vige nel senso non di imporre una equivalenza delle prestazioni, ma di vietare una sproporzione macroscopica e ingiustificata tra queste” (PERLINGIERI, Pietro. *Equilíbrio normativo e princípio de proporcionalità nei contratti*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 12, out./dez. 2002. p. 143). Em tradução livre: “No que diz respeito à relação entre direitos e obrigações, o princípio da proporcionalidade vige não no sentido de impor uma equivalência das prestações, mas de proibir uma desproporção macroscópica e injustificada entre elas”.

⁵⁸ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 150, em nota de rodapé.

estrita,⁵⁹ e Karl Larenz, que adverte: “A relação de equivalência se destrói tão somente quando o desequilíbrio das prestações seja tão grande que não se possa falar de uma *contraprestação*, de um *equivalente*”.⁶⁰

Transpondo a lição para a análise que ora se desempenha, vê-se que, já sob a ótica desse primeiro requisito, o princípio do equilíbrio não deveria ser invocado para impedir o congelamento do saldo. Apenas a título de exemplo, leve-se em consideração que a variação acumulada do INCC (Índice Nacional de Custo da Construção) e também do IGP-M (Índice Geral de Preços do Mercado) para um período de dois anos e meio (julho de 2015 a dezembro de 2017) foi de aproximados 12%. Para um exercício de apenas um ano (julho de 2015 a julho de 2016), a variação desses mesmos índices girou ao redor de 6%.

Nesse cenário, mesmo se deixados de lado os outros dois requisitos que serão tratados adiante, e mesmo se fosse adotada a lógica puramente matemática, a providência de paralisar a incidência da correção e deixar de transpor essas oscilações para o valor do crédito da incorporadora não teria aptidão para tornar desequilibrado o contrato.⁶¹ A discussão, reconhece-se, poderia ganhar contornos matemáticos diversos caso se estivesse a tratar de oscilações bruscas, tais quais as verificadas em época de inflação galopante. Não é, no entanto, o que se tem verificado nos últimos anos.

A intervenção no regime do contrato por alegado desequilíbrio também pressupõe, como segundo requisito, que o evento superveniente seja (i) extraordinário e imprevisível e (ii) alheio à vontade das partes.⁶² A intervenção no programa negocial a pretexto de reequilibrá-lo somente se justifica se sobrevinda circunstância inesperada e realmente externa à esfera de atuação dos contratantes.

Como se pode perceber, esses dois requisitos também não estão preenchidos na hipótese. A flutuação do valor real da moeda é fenômeno inteiramente

⁵⁹ “O princípio do equilíbrio é o preceito jurídico que visa evitar a falta de equidade nas relações contratuais em geral e sobretudo nas sinalagmáticas, o que faz com base na normatização e em colaboração com outros princípios vigentes no sistema. Não se trata, no nosso sentir, de buscar uma igualdade monetária estrita” (ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 175).

⁶⁰ Em tradução livre. No original: “La relación de equivalencia se destruye tan sólo cuando el desequilibrio de las prestaciones sea tan grande que no pueda hablarse de una <contraprestación>, de un <equivalente>” (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*. Granada: Comares, 2002. p. 137).

⁶¹ Anderson Schreiber lembra que, na antiga *laesio enormis* do direito romano, reclamava-se um descompasso superior a 50% para que ficasse caracterizado o desequilíbrio originário. O autor também desenvolve pormenorizada análise jurisprudencial acerca da onerosidade excessiva e conclui, quanto à fixação matemática de parâmetros, que “o resultado [da discricionariedade que o Código Civil outorga ao intérprete] é um conjunto de precedentes inteiramente disforme. Variações de 500% já foram consideradas, entre nós, inaptas a configurar excessiva onerosidade” (SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 175).

⁶² ZANETTI, Andrea Cristina. *Princípio do equilíbrio contratual*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 181.

esperado e, mais que isso, se desequilíbrio houvesse, ele não teria sido perpetrado por circunstância alheia, desligada da atuação dos sujeitos do contrato. Ao contrário, o desequilíbrio nasceria justamente da atuação desidiosa da incorporadora, cuja mora funcionaria como a razão pela qual o vínculo teria se desregulado.

Portanto, ainda que fosse superado o argumento matemático, demonstrativo por si só da inviabilidade de invocação do princípio do equilíbrio, não estariam preenchidos outros dois pressupostos indispensáveis, o da extraordinariedade e imprevisibilidade do evento desequilibrante, bem assim o da necessidade de a alteração superveniente não ter sido causada pela atuação das próprias partes contratantes.

Finalmente, para além de o evento não poder ter sido *provocado* pelo contratante, basta, em rigor, a configuração de sua mora para extirpar a possibilidade de o suposto prejudicado invocar o desequilíbrio.

É segura em doutrina a noção de que, “se a parte estiver em mora ou inadimplente, a superveniência de acontecimento que acarrete desequilíbrio contratual em seu desfavor não a exonera do cumprimento do avençado”, na medida em que a configuração da mora é entendida como espécie de imputabilidade indireta da conduta da parte para a verificação da onerosidade excessiva.⁶³ Trata-se de “consequência do princípio geral segundo o qual o devedor em mora suporta todos os riscos que se concretizam no período da mora”,⁶⁴ como de resto já preveem os arts. 395 e 400 do Código Civil.⁶⁵

São, enfim, inúmeras as razões que impedem a invocação do princípio do equilíbrio contratual como fundamento para manter a atualização do saldo devedor durante o período de inadimplemento da credora alienante. O princípio do equilíbrio não encontra campo de aplicação quando, além de não se verificar qualquer desproporção macroscópica, está-se a tratar de evento (i) esperado, previsível, (ii) *provocado* pelo contratante que invoca a onerosidade, e (iii) sobrevivendo no período de sua mora exclusiva, principalmente quando existentes dispositivos legais que atribuem ao contratante moroso os riscos de seu inadimplemento.

⁶³ DIAS, Antônio Pedro Medeiros. *Revisão e resolução do contrato por excessiva onerosidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 98.

⁶⁴ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 156.

⁶⁵ Para Aline de Miranda Valverde Terra, “embora a regra seja o relativo equilíbrio econômico, nada impede que, no caso concreto, uma das partes assuma, deliberada e justificadamente, o risco de um desequilíbrio manifesto” (TERRA, Aline de Miranda Valverde. Autonomia contratual: da estrutura à função. *Revista Jurídica Eletrônica da Universidade Federal do Piauí*, Teresina, v. 2, n. 2, 2015. p. 95). Apesar de a autora se referir, nessa passagem, à assunção negocial do risco justificada pela existência de interesse legítimo da própria parte aparentemente prejudicada, o raciocínio pode ser adaptado para se afirmar que, quando injustificadamente deixa de cumprir a prestação no tempo e modo pactuados, o contratante atrai para a esfera de sua posição subjetiva o risco do desequilíbrio superveniente da relação, por força de lei.

Importante, a essa altura, um destaque final: as razões alinhadas até aqui são também bastantes para rechaçar a tese de que haveria enriquecimento sem causa do promitente adquirente caso não arcasse com a correção monetária do saldo na mora da vendedora. Além de contestável a afirmação de que há *enriquecimento* nessas hipóteses,⁶⁶ decerto não se poderá dizer que, se existente, ele teria se operado à revelia de causa.

No terreno das obrigações restitutórias,⁶⁷ considera-se que o enriquecimento carece de causa “quando o direito o não aprova ou consente, porque não existe uma relação ou um facto que, de acordo com os princípios do sistema jurídico, justifique a deslocação patrimonial; sempre que aproveita, em suma, a pessoa diversa daquela a quem, segundo a lei, deveria beneficiar”.⁶⁸ Exige-se, assim, que o enriquecimento nasça e viva sob os princípios e valores do sistema, obediente à máxima segundo a qual ninguém pode obter uma vantagem alijada de uma razão aceita pelo direito.⁶⁹

Considerando-se, portanto, que no ordenamento jurídico existem regras predefinidas de alocação de riscos que imputam ao contratante inadimplente os prejuízos oriundos da mora, não parece razoável dizer que a providência de poupar o contratante inocente da responsabilidade por manter a moeda em valor atualizado caracterizaria enriquecimento sem causa, a atrair a aplicação do direito restitutivo.

A opção do ordenamento consiste em atribuir os prejuízos decorrentes da mora ao contratante inadimplente, e é por isso que a incorporadora, e não o comprador, é quem há de suportar os riscos do pagamento da prestação pecuniária realizado fora de tempo. Enriquecimento ilegítimo, ao revés, é o que se configuraria na hipótese de se realizar a distribuição de riscos e responsabilidades em contrariedade à orientação legal.

⁶⁶ A depender de cada caso concreto, pode-se cogitar da existência de razões matemáticas de mercado reveladoras de que, para o promitente comprador, seria economicamente mais vantajoso que a contratação do financiamento bancário se fizesse à época prevista para o vencimento do saldo, a exemplo da prática de juros menores naquele período. A lógica matemática dessas operações financeiras não é cartesiana como à primeira vista pode aparentar ser.

⁶⁷ No direito restitutivo, vale lembrar, *restituir* não comporta o significado de *devolver o objeto da prestação*, como por vezes se supõe; significa, em vez disso, *promover o retorno do patrimônio do enriquecido a seu estado anterior*, pois ausente causa legitimadora para o enriquecimento experimentado. Ou, ainda: “A vedação ao enriquecimento sem causa visa à restauração do patrimônio ao estado em que estaria acaso não ocorrido o fato gerador de enriquecimento injustificado” (SILVA, Rodrigo da Guia. Contornos do enriquecimento sem causa e da responsabilidade civil: estudo a partir da diferença entre lucro da intervenção e lucros cessantes. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 2, 2016. p. 7).

⁶⁸ COSTA, Mário de Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 457.

⁶⁹ CASTRO NEVES, José Roberto de. O enriquecimento sem causa: dimensão atual do princípio de direito civil. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (Coord.). *Princípios de direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 186.

5 Conclusão

No presente artigo propôs-se examinar a legitimidade da incidência de correção monetária sobre o tradicionalmente denominado *saldo devedor*, quando, após celebrar promessa de compra e venda de imóvel ainda “na planta”, o promitente comprador se vê impossibilitado de adimplir o débito final em razão da mora anterior da própria titular do crédito, a incorporadora com quem contratou. A partir da análise desenvolvida, foi possível alcançar as constatações e conclusões enumeradas a seguir.

1. Durante algum tempo, até os idos de 2013 e 2014, a controvérsia “congelamento do saldo devedor” revelava-se acirrada, e as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em fenômeno que se replicava nos outros Tribunais do país, polarizavam-se muitas delas em extremos opostos: ao passo que algumas desde então já defendiam a manutenção da correção durante o período de mora da promitente vendedora, outras sustentavam, com vigor, a ilegalidade da prática adotada pelas incorporadoras.
2. A uniformização somente começou a ganhar espaço nos Tribunais estaduais em meados de 2014, quando sobreveio o primeiro precedente colegiado do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto (REsp nº 1.454.139/RJ, relatado pela Ministra Nancy Andrighi e julgado em 3.6.2014). Considerando que nessa oportunidade a Corte se filiou à corrente pró-correção – ressalvando, apenas, a necessidade de substituir o índice praticado no contrato por outro de menor alíquota –, a até então bifurcada jurisprudência ajeitou seu prumo, e poucos foram os órgãos que se mantiveram no bloco defensor da paralisação da correção após o início da mora da promitente vendedora.
3. Foram sistêmicos os efeitos produzidos pelo precedente de 2014 do STJ e pelos cerca de quatro julgados posteriores da Corte que a ele se reportaram. Seu reflexo é bem exemplificado pelo exame estatístico da jurisprudência do Tribunal de Justiça fluminense. De aproximadamente 287 decisões proferidas em segundo grau de jurisdição entre 2015 e 2017, (i) 170 afirmaram a legalidade da incidência da correção monetária mesmo durante a mora da incorporadora, (ii) 103 chancelaram a atualização, mas ordenaram a substituição do índice contratual por outro considerado “menos agressivo”, enquanto (iii) isoladas 14 decisões (5% da massa de julgados analisados, portanto) determinaram o expurgo dos acréscimos correspondentes à correção aplicada no período de mora da alienante.
4. No entanto, questões de direito que nos parecem relevantes não chegaram a ser apreciadas nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça e,

de igual forma, também não têm sido discutidas nas decisões dia a dia proferidas pelos Tribunais locais. Tais questões justificam, na nossa percepção, que se chegue à solução oposta à que atualmente prevalece na jurisprudência, acolhendo-se a tese de que o saldo devedor deve, sim, ser “congelado” até que a incorporadora credora, responsável pela quebra do programa contratual, desonere-se das obrigações que condicionam a viabilidade do pagamento por parte do promitente comprador.

5. O primeiro fundamento para paralisar a correção, geralmente não abordado nas decisões sobre o tema, forma-se a partir da associação dos institutos da exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC) e da mora *accipiendi* (art. 400, CC). Reunidas as premissas desenvolvidas no curso do trabalho, tem-se que: (i) se é logo o não cumprimento das obrigações assumidas pela incorporadora vendedora que obsta a celebração do negócio de financiamento pelo adquirente, impossibilitando-o de quitar o saldo devedor na forma prevista na promessa de compra e venda; (ii) se, nessas condições, a conformação da exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC) conduz também à configuração da mora *accipiendi* da incorporadora quanto ao recebimento do preço que lhe é devido (art. 400, CC); (iii) se a correção monetária encerra meio de recomposição do valor aquisitivo da moeda, conservando-a contra a corrosão provocada pelo processo inflacionário; e (iv) se, entre os efeitos da mora *accipiendi*, prevê-se que é o próprio credor moroso, e não o devedor, quem deve suportar a responsabilidade pela conservação da coisa (art. 400, 1ª parte, CC), da mesma forma que tem de “recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação” (art. 400, 3ª parte, CC), conclui-se, reunidas tais considerações, que é a incorporadora inadimplente quem deve suportar os riscos de sua mora e a responsabilidade por conservar a moeda em valor atualizado.
6. O segundo fundamento que igualmente não tem sido examinado pela jurisprudência arranca, por sua vez, da combinação do princípio do nominalismo (art. 315, CC) com a norma extraída do art. 395 do Código Civil. O princípio do nominalismo, que prevê o pagamento das dívidas pecuniárias pelo valor nominal da moeda, e a regra segundo a qual apenas o devedor *em mora* deve suportar a atualização monetária (art. 395, CC) confirmam, em aplicação conjunta, que a responsabilidade por manter a moeda em valor atualizado não deve ser imposta ao adquirente do imóvel que apenas deixa de quitar o saldo em razão do anterior descumprimento do contrato pela incorporadora – e, portanto, em mora não está.

O contrário significaria adotar solução em que o nominalismo deixa de ser prestigiado também no período, pós-vencimento, de atraso exclusivo da própria incorporadora, aplicando-se um dos efeitos do art. 395 sem que esteja preenchido seu requisito basilar e indispensável: a mora do devedor. Também por esse ângulo, o saldo há de ser “congelado” entre a data prevista para o pagamento e a data, posterior, em que a alienante vier a adimplir as prestações que lhe incumbem.

7. Ao contrário do que decidiu o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.454.139/RJ, não nos parece que se possa elevar à qualidade de obstáculo à paralisação da correção a alegada *falta de equivalência* entre a atualização do saldo e os outros prejuízos decorrentes do atraso na conclusão das obras. Embora seja inegável que os danos suportados com o atraso na entrega do imóvel não guardam equivalência com o valor acrescido ao saldo devedor durante a mora da incorporadora, isso não altera a circunstância de que imputar ao comprador uma responsabilidade que o ordenamento não lhe atribui constitui um prejuízo a mais, constitui, precisamente, mais um dano, porquanto verificada a lesão a um interesse juridicamente tutelado.
8. Por pelo menos três razões, o princípio do equilíbrio contratual também não merece ser invocado como justificativa para a atualização do saldo durante a fase de inadimplência da promitente vendedora.
 - 8.1 Primeiro, o princípio do equilíbrio do contrato não traduz exigência de *equivalência* das prestações, mas sim repressão e prevenção a desequilíbrios tidos por excessivos, macroscópicos. Demonstrou-se, por outro lado, que, ressalvadas situações excepcionais, a providência de paralisar a incidência da correção e deixar de transpor as oscilações para o valor do crédito da incorporadora não teria aptidão, mesmo em termos matemáticos, para tornar desequilibrado o contrato.
 - 8.2 Em segundo lugar, a intervenção no regime do contrato por alegado desequilíbrio também pressupõe, entre os seus requisitos, que o evento superveniente seja (i) extraordinário e imprevisível, e (ii) alheio à vontade das partes. Ainda que desproporção matemática houvesse, nenhum desses requisitos estaria preenchido. A flutuação do valor real da moeda é fenômeno esperado e, mais que isso, eventual desequilíbrio nasceria justamente da atuação da incorporadora, culpada pelo atraso.
 - 8.3 Como terceira razão, tem-se que, para além de o evento não poder ter sido provocado pelo contratante, basta a configuração de sua

mora para afastar a possibilidade de o sujeito contratual que se diz prejudicado invocar o desequilíbrio. Trata-se, afinal, de consequência da regra segundo a qual o contratante inadimplente suporta todos os riscos que se concretizem no período de seu inadimplemento, como preveem os arts. 395 e 400 do Código Civil.

9. Por último, deve-se rechaçar a tese de que haveria enriquecimento sem causa do promitente adquirente caso não arcasse com a correção monetária do saldo no período de mora da vendedora. Além de contestável a afirmação de que há enriquecimento nessas hipóteses, decerto não se poderia dizer que ele teria se operado à revelia de causa jurídica. Considerando-se que no ordenamento existem regras predefinidas de alocação de riscos e que a opção do sistema é por atribuir os riscos da mora ao contratante moroso, deve a incorporadora, e não o comprador, suportar os prejuízos oriundos do seu atraso. Enriquecimento ilegítimo, ao contrário, é o que se verificaria na hipótese de se realizar a distribuição de riscos e responsabilidades em contrariedade às normas legais.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SALGADO, Bernardo. Atraso na entrega de imóveis e o “congelamento do saldo devedor”: ampliando as fronteiras de um debate frequente na rotina dos tribunais. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, p. 153-182, out./dez. 2018.
