

LEI Nº 13.786/2018 E A NOVA DISCIPLINA DAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

LAW Nº 13.786/2018 AND THE NEW DISCIPLINE OF REAL ESTATE INCORPORATIONS

Rodrigo da Guia Silva

Doutorando e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil (IBDCivil), do Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil (Iberc) e do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française (AHC-Brasil). Advogado. *E-mail:* rodrigo.daguiasilva@gmail.com.

Resumo: O presente estudo busca identificar algumas das principais inovações promovidas pela Lei nº 13.786/2018 na disciplina das incorporações imobiliárias. Sem pretensão de enfrentamento analítico dos pontos levantados, o escopo deste estudo se resume à identificação e delimitação de possíveis questionamentos dos quais provavelmente se haverá de encarregar a doutrina nacional. Com base nesse propósito, analisam-se, entre outros aspectos, a opção legislativa de tratar como inadimplemento contratual a hipótese de extinção do contrato por ato de vontade do adquirente sem respaldo em norma autorizativa da rescisão unilateral, bem como as inovações em matéria de formação, execução e inadimplemento dos contratos de aquisição imobiliária.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Inadimplemento contratual. Distrato. Direito de arrependimento. Retenção.

Abstract: The present study seeks to identify some of the main innovations promoted by Law no. 13.786/2018 in the real estate incorporations' discipline. With no pretension of analytical confrontation of the raised points, the scope of this study is limited to the identification and delimitation of possible questions of which the national doctrine will probably be entrusted. Based on this purpose, it analyzes, among other aspects, the legislative option to treat as breach of contract the hypothesis of termination of the contract by act of will of the acquirer without backing in an authorizing norm of unilateral resilience, as well as innovations in formation, execution and breach of real estate purchase contracts.

Keywords: Real estate incorporation. Breach of contract. Distract. Right of repentance. Retention.

Sumário: **1** A problemática dos chamados “distratos imobiliários” – **2** Formação dos contratos e proteção do adquirente – **3** Execução e inadimplemento dos contratos de aquisição imobiliária – **4** Considerações finais

1 A problemática dos chamados “distratos imobiliários”

Algumas¹ das mais expressivas e recorrentes controvérsias enfrentadas pela comunidade jurídica nacional nos últimos anos giram em torno da extinção dos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária. Por razões as mais variadas – que não raramente se apresentam, a um só tempo, como causa e consequência da recente crise do mercado imobiliário no Brasil –, assistiu-se a um crescimento exponencial da quantidade de hipóteses em que os adquirentes optaram por *desistir* da operação antes de vir a receber os imóveis.

Tal cenário levantou uma série de questionamentos no âmbito do direito civil e do direito do consumidor, como: o adquirente tem direito a *desistir* do contrato em meio à sua execução? O desfazimento do contrato configuraria distrato ou resolução por inadimplemento do adquirente? O adquirente tem direito à restituição dos valores já pagos? A incorporadora pode reter algum percentual no intuito de se ressarcir pelos prejuízos que houver suportado em decorrência da extinção prematura do contrato?

Diversas iniciativas buscaram fornecer respostas às questões levantadas pelo fenômeno em comento. Destaque-se, a esse respeito, o Pacto para o Aperfeiçoamento das Relações Negociais entre Incorporadores e Consumidores, firmado, em 27.4.2016, por entidades públicas e privadas relacionadas ao setor imobiliário.² Sem embargo dos louváveis esforços, não se assistiu, na prática, à almejada redução dos conflitos em torno da extinção dos contratos no âmbito da incorporação imobiliária.

Compreendem-se de antemão, assim, a atualidade e a relevância da Lei nº 13.786, de 27.12.2018, mais nova iniciativa – dessa vez, do Estado brasileiro em sua função legislativa – para o equacionamento da questão. As linhas que se seguem buscam precisamente, sem pretensão de esgotamento ou maior aprofundamento, indicar possíveis pontos de reflexão suscitados pela mencionada lei e que deverão pautar relevantes debates no âmbito da doutrina nacional.

Entre possíveis acertos e desacertos, merece registro, desde logo, o esforço de precisão conceitual do diploma ao delimitar o seu escopo, enunciado tanto na epígrafe quanto no art. 1º: “disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento

¹ O autor agradece ao acadêmico Diego Bellot de Oliveira pelo auxílio na pesquisa, bem como ao Prof. Rafael Mansur de Oliveira e à Dra. Lucia Maria Teixeira Ferreira pelo debate profícuo e pela revisão crítica dos originais.

² Ao propósito, v. BALDISSERA, Fábio Machado. Setor de incorporação imobiliária firma pacto global. *Conjur*, 23 maio 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-23/fabio-baldissera-setor-incorporacao-imobiliaria-firma-pacto-global>.

do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”.³

A menção à “resolução do contrato por inadimplemento do adquirente”, almeja guardar coerência com a compreensão (que parece estar subjacente ao diploma legal) de que o adquirente não tem propriamente *direito* à desistência do contrato em meio à sua execução. Sob essa perspectiva, eventual postura conducente à extinção do pacto configuraria inadimplemento contratual por parte do adquirente. Justificar-se-ia, assim, o emprego da *resolução* (nos termos dos arts. 474 e 475 do Código Civil), que consiste na “extinção do contrato motivada pelo inadimplemento absoluto da outra parte”.⁴ Cumulativamente com a resolução, verificar-se-ia a condenação do devedor inadimplente à indenização de perdas e danos causados ao credor.⁵

Uma grande dificuldade enfrentada por uma tal formulação teórica haverá de ser a justificativa da legitimidade atribuída ao devedor inadimplente para promover a resolução do contrato. Tratar-se-ia, com efeito, de solução consideravelmente ortodoxa, por retirar do credor inocente o direito a recorrer ao remédio resolutivo. Como se sabe, tradicionalmente, confere-se ao credor essa prerrogativa, justamente por se entender que seria o credor a parte legitimada a demonstrar a insubsistência do interesse útil na operação.⁶ Justamente por a presente hipótese de resolução pressupor o inadimplemento culposo do devedor, não parece singela a explicação do porquê de se atribuir ao contratante inadimplente (e não ao credor inocente) a prerrogativa de promover a resolução do contrato.

Se não parece singela, tal tarefa tampouco parece impossível, ao menos em um primeiro olhar. Poder-se-ia justificar a legitimidade do devedor precisamente na irrazoabilidade da manutenção de um vínculo contratual em hipótese de *impossibilidade* (por assim dizer) *definitiva* da prestação em decorrência da manifestação do devedor no sentido de não cumprir o contrato.

Sob outra perspectiva – diversa da que parece ter acolhido o legislador –, há quem reconheça um autêntico direito do adquirente à desistência (*rectius*: resilição unilateral)⁷ do contrato. Como esclarece a doutrina, a resilição consiste “na extinção do vínculo contratual por simples manifestação de vontade de um

³ Vale registrar que, no curso do processo legislativo, foi suprimida a menção à “desistência” do adquirente, constante da redação originária do Projeto de Lei nº 1.220/2015, expressão essa que pareceria remeter ao fenômeno da resilição contratual.

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 470.

⁵ V. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. v. 2. p. 122-123.

⁶ A destacar a prerrogativa de requerer a resolução do contrato se confere ao credor inocente, não já ao devedor inadimplente, v. GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Atualização de Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco Paulo de Crescenzo Marino. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 219.

⁷ Para uma análise acurada da resilição unilateral no âmbito do direito brasileiro, remete-se a VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ou ambos os contratantes”.⁸ Costuma-se invocar, nessa linha de argumentação, o art. 473 do Código Civil como o suposto fundamento normativo para a alegada prerrogativa do consumidor. Trata-se de construção ainda carente de maior desenvolvimento teórico, uma vez que a tradição do direito brasileiro se inclina no sentido de restringir o cabimento geral da resilição unilateral (com base na previsão do referido art. 473) aos contratos sem prazo determinado – o que não corresponde à hipótese dos contratos em incorporação imobiliária.⁹ A se acolher linha de raciocínio (o que não se está a endossar), talvez fosse o caso de se reconhecer uma autêntica inovação do legislador pela previsão de uma nova hipótese de cabimento da resilição unilateral, em superação da insegurança que poderia decorrer da criação *judicial* desse remédio extintivo do contrato por manifestação de vontade do adquirente.

Outra questão teórica a ser enfrentada por essa linha de raciocínio seria o esclarecimento da adequação ou não da *retenção* de valores por parte da incorporadora.¹⁰ Isso porque o exercício regular do direito pelo adquirente talvez não houvesse de deflagrar, necessariamente, um dever de indenizar perdas e danos (ressalvadas, por exemplo, hipóteses de descumprimento ao aviso prévio razoável exigido por lei).

Sem qualquer pretensão de se reduzir a complexidade dessa controvérsia, parece possível concluir que nenhuma das referidas formulações oferece explicação para o uso, consagrado na praxis, da expressão “*distrato* imobiliário”. O *distrato* (ou resilição bilateral) é definido em doutrina como “a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo”.¹¹ Como se pode concluir, ambas as mencionadas proposições teóricas se afastam do conceito técnico de *distrato*. De uma parte, caso se vislumbre inadimplemento por parte do adquirente, o remédio adequado será a *resolução* do contrato (caminho – ao menos nominalmente – adotado pela Lei nº 13.786/2018). De outra parte, caso se reconheça o direito do adquirente à desistência, o remédio pertinente

⁸ TEPEDINO, Gustavo. Validade e efeitos da resilição unilateral dos contratos. In: NERY JR., Nelson. *Soluções práticas de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 2. p. 573.

⁹ V., por todos, PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 21. ed. Atualização de Caitlin Mulholland. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 3. p. 58-59.

¹⁰ Cumpre registrar que o presente emprego (consagrado pela prática) do vocábulo *retenção* não corresponde ao sentido técnico da retenção como exceção dilatória sobre coisa alheia. Ao propósito, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Esboço de uma teoria geral do direito de retenção à luz da unidade sistemática do ordenamento brasileiro. In: MATOS, Ana Carla Harmatiuk; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. *Direito civil, Constituição e unidade do sistema*: anais do Congresso de Direito Civil Constitucional – V Congresso do IBDCivil. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 447-449; e SILVA, Rodrigo da Guia. Notas sobre cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no direito privado. *Civillistica.com*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017. p. 7-8.

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 3. p. 129.

será a *resilição unilateral* do contrato. Em nenhuma dessas hipóteses se estará diante de *distrato*, o que não impede, por evidente, que as partes ajustem a extinção convencional do contrato, em ocorrência do distrato tal como disciplinado pelo art. 472 do Código Civil e ratificado (em manifestação de redundância legislativa) pelo novo §13 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964.

Percebe-se, então, a impropriedade no uso recorrente da expressão “distratos imobiliários”, uma vez que o núcleo dos problemas suscitados pela extinção dos contratos em incorporação imobiliária se afasta das hipóteses de extinção convencional por acordo de vontades. Andou bem o legislador, enfim, na redação da Lei nº 13.786/2018: coerentemente com a premissa da inexistência de um direito à resilição unilateral, qualificou o desfazimento por iniciativa exclusiva do adquirente como hipótese de inadimplemento, a justificar a resolução do contrato e a deflagração do dever de reparar as perdas e danos (dever esse concretizado, no mais das vezes, mediante compensação com a restituição devida ao adquirente, como se mencionará na sequência).

2 Formação dos contratos e proteção do adquirente

Como já mencionado, a Lei nº 13.786/2018 alterou tanto a normativa sobre incorporações imobiliárias (Lei nº 4.591/1964) quanto a normativa sobre parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/1979). Em atenção à brevidade da sede, as presentes considerações se limitarão à análise das modificações sofridas pela legislação referente às incorporações imobiliárias. Tais modificações consistem essencialmente no acréscimo dos arts. 35-A, 43-A e 67-A à Lei nº 4.591/1964. Entre essas inovações, passem-se em revista, inicialmente, os pontos atinentes à matéria de formação dos contratos e proteção do adquirente.

Uma primeira medida traduz, em realidade, a positivação de uma prática comum no mercado brasileiro: o destaque das principais disposições negociais em um quadro-resumo ao início do contrato. Nesse sentido, o art. 35-A, *caput*, passa a prever a obrigatoriedade do quadro-resumo, com a indicação das informações mínimas que dele deverão constar (ex.: preço total, valor referente à corretagem, forma de pagamento do preço etc.). Trata-se de louvável absorção, pelo direito positivo, de padrões contratuais outrora extraídos diretamente da cláusula geral de boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres laterais de conduta (especificamente, deveres informacionais).

Preocupado em assegurar a efetividade desse comando, o §1º do referido art. 35-A estabelece:

Identificada a ausência de quaisquer das informações previstas no *caput* deste artigo, será concedido prazo de 30 (trinta) dias para aditamento

do contrato e saneamento da omissão, findo o qual, essa omissão, se não sanada, caracterizará justa causa para rescisão contratual por parte do adquirente.

Da leitura desse dispositivo surgem algumas dúvidas, a começar pela natureza jurídica da “rescisão” (por “justa causa”) a que faz menção a lei, especialmente por se saber que “rescisão” é um termo de acentuada polissemia no direito brasileiro.¹²

Cumpra indagar: trata-se de (i) resolução do contrato por inadimplemento da incorporadora, (ii) rescisão unilateral do contrato em razão de justa causa para a denúncia cheia ou (iii) pronúncia de invalidade? Na primeira hipótese (resolução por inadimplemento), a recusa da incorporadora em sanar a omissão configuraria inadimplemento absoluto, a justificar a resolução do contrato; na segunda hipótese (rescisão unilateral), a omissão da incorporadora constituiria a justa causa para a denúncia cheia (i.e., a rescisão dependente do atendimento a certo requisito legal);¹³ na terceira hipótese (pronúncia de invalidade), para além da dúvida sobre a qualificação da hipótese de invalidade (se nulidade ou se anulabilidade),¹⁴ estar-se-ia diante de inusitada estipulação de prazo durante o qual o legitimado não poderia postular a pronúncia judicial da invalidade do negócio jurídico.

Digna da nota, ainda, a circunstância de que não foi acrescentada à Lei nº 4.591/1964 qualquer previsão específica a respeito da operatividade judicial ou extrajudicial da extinção do contrato na hipótese do referido §1º do art. 35-A – omissão essa que se verifica, em realidade, a propósito das variadas causas extintivas previstas no diploma normativo. Diante da ausência de tratamento exposto pelo legislador, há de se indagar: a implementação da extinção do contrato se perfaz pelo exercício do direito extintivo em sede extrajudicial ou, ao revés, depende de prévia manifestação judicial?

¹² “É antiga a distinção entre rescisão e resolução. [...] A prática advocatícia consagra, ainda, o termo rescisão, que, advindo historicamente de formas específicas de extinção do contrato por *laesio enormis* no direito romano, acabou se generalizando como expressão empregada nos instrumentos contratuais para designar qualquer forma de extinção por iniciativa das partes” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 470).

¹³ “A denúncia é negócio jurídico unilateral. Não importa se há de haver circunstâncias que tornem possível a denúncia (denúncia cheia), ou se a líbrito do figurante do negócio jurídico ficou a prática do ato denunciativo (denúncia, se quer, e basta que o queira). A lei é que pode estabelecer a necessidade da denúncia cheia. Mas também somente há denunciabilidade sem enchimento (denúncia vazia) se a lei permite. A denúncia, cheia ou vazia, criada no próprio negócio jurídico, que ela pode atingir, supõe que a lei admita tal cláusula” (MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Gustavo Tepedino. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 31. p. 83).

¹⁴ Para uma análise minuciosa da distinção funcional entre nulidade e anulabilidade, v. SOUZA, Eduardo Nunes de. *Teoria geral das invalidades do negócio jurídico*: nulidade e anulabilidade no direito civil contemporâneo. São Paulo: Almedina, 2017.

Outra relevante inovação na matéria diz respeito ao §10 do art. 67-A, que assegura ao adquirente o direito de arrependimento nas hipóteses de contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador. Tal direito deve ser exercido dentro do prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem. O termo inicial do referido prazo é a data da postagem de carta registrada, com aviso de recebimento, imputando-se ao adquirente o ônus de demonstrar a tempestividade do exercício do seu direito de arrependimento (art. 67-A, §11). Transcorrido *in albis* o aludido prazo, vigorará a irretratabilidade do contrato (art. 67-A, §12).

A análise da nova redação da Lei nº 4.591/1964 nessa matéria suscita também uma relevante reflexão: o mencionado direito de arrependimento restringe-se às relações de consumo ou deve ser assegurado em todos os contratos de incorporação imobiliária (mesmo que se trate de relação civil comum ou empresarial)? Terá o legislador expandido o direito de arrependimento até então atribuído limitadamente aos consumidores pelo art. 49 do Código de Defesa do Consumidor?

A dúvida se afigura especialmente delicada porque a nova redação da Lei nº 4.591/1964 indica possíveis orientações divergentes: por um lado, o art. 35-A, VIII, ao tratar dos requisitos do quadro-resumo, faz menção expressa ao “direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor)”, o que poderia levar a crer que o direito de arrependimento previsto pela nova lei seria exatamente aquele já tradicionalmente consagrado pelo CDC; por outro lado, o art. 67-A, §10, não faz qualquer menção expressa ao CDC ou às figuras do consumidor e do fornecedor, o que poderia vir a ser entendido como uma opção pela ampliação das hipóteses de cabimento da aludida prerrogativa para além das relações de consumo.

3 Execução e inadimplemento dos contratos de aquisição imobiliária

Fez-se menção, até este ponto, a algumas inovações acrescentadas à Lei nº 4.591/1964 pela Lei nº 13.786/2018, destacadamente em matéria de formação dos contratos e proteção do adquirente. Analisaram-se, entre outros pontos, a positivação da exigência do quadro-resumo e a estipulação do direito de arrependimento em favor do adquirente nas hipóteses de contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador. Passa-se, doravante, a analisar inovações expressivas da nova disciplina das incorporações imobiliárias em matéria de execução e inadimplemento dos contratos regulados pela novel legislação.

O art. 43-A, *caput*, vai ao encontro da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça e positiva a legitimidade da previsão contratual sobre o prazo de tolerância de 180 dias de atraso para a entrega do imóvel.¹⁵ Assim, caso pactuado pelas partes, esse prazo isenta a incorporadora da responsabilidade pelos efeitos da mora e impede a resolução do contrato por inadimplemento. Um aspecto digno de nota diz respeito à previsão da legitimidade da tolerância contratual pelo prazo de 180 dias “*corridos* da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento”. Ao falar em dias *corridos*, o legislador parece ter se afastado de recente decisão do STJ que concluía pela validade da previsão contratual que fixava em dias úteis o limite de 180 dias.¹⁶

Nada obstante a estipulação contratual de prazo de tolerância tenha recebido acolhida tanto pela Lei nº 13.786/2018 quanto pelo antecedente entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, não se trata de conclusão imune a críticas no âmbito das relações de consumo. Com efeito, não se pode prescindir da análise da compatibilidade da nova legislação com o texto da Constituição Federal, sobretudo no que diz respeito ao imperativo de defesa do consumidor (art. 5º, XXXII). A partir de uma tal ordem de análise, não há de ser diminuto o ônus argumentativo da interpretação favorável à legitimidade do dispositivo legal em comento, que estabelece (ao menos, neste ponto) um regime contratual mais protetivo ao fornecedor do que ao consumidor.¹⁷

Uma possível explicação para a legitimidade do prazo de tolerância talvez seja a dificuldade de previsão das vicissitudes de cada incorporação imobiliária, ainda que atribuídas ao risco da incorporadora.¹⁸ Caso se entenda ter sido essa a razão inspiradora do art. 43-A, a sua aplicação provavelmente encontrará menor resistência nos casos em que o instrumento contratual haja previsto hipóteses específicas legitimadoras da tolerância contratual. Na eventualidade, ainda, de se concluir pela inadequação geral do regime tal como posto, poder-se-ia cogitar da viabilidade da sua manutenção com a extensão ao consumidor, por analogia, da prerrogativa de afastamento ou atenuação dos efeitos da sua mora por um prazo único de tolerância de 180 dias. Toda a questão é complexa e merece mais detida reflexão.

¹⁵ V., ilustrativamente: STJ, 3ª T. REsp nº 1.582.318/RJ. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12.9.2017.

¹⁶ STJ, 3ª T. REsp nº 1.727.939/DF. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 11.9.2018.

¹⁷ A ilustrar a linha crítica à admissibilidade do prazo de tolerância: v., por todos, TARTUCE, Flávio. *Direito civil: direito das coisas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 553; e CARVALHO, George Barbosa Jales de. Da abusividade das cláusulas de tolerância nos contratos imobiliários de promessa de compra e venda. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, n. 65, 2014. p. 249.

¹⁸ Assim relata REIS JÚNIOR, Antonio dos. *A promessa de compra e venda de imóveis*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 130.

O art. 43-A, §1º, legitima o adquirente inocente a promover a resolução do contrato na hipótese de a entrega do imóvel ultrapassar o supramencionado prazo de tolerância. Assegura-se-lhe, ainda, o direito à devolução da integralidade de todos os valores pagos, bem como o direito ao recebimento da “multa” (ora entendida como autêntica cláusula penal compensatória) estabelecida no contrato.

A partir da conjugação do *caput* e do §1º do art. 43-A, pode-se observar que o prazo de 180 (cento e oitenta) dias acaba por desempenhar uma dúplici função. Por um lado, funciona como prazo de tolerância, de modo a afastar os encargos da mora e impedir a configuração do inadimplemento absoluto da incorporadora. Por outro lado, funciona como espécie de período de graça (*Nachfrist*, na experiência alemã), de modo a autorizar a resolução contratual imediatamente após o seu decurso, sem necessidade de discussão casuística sobre a subsistência ou não do interesse útil do credor;¹⁹ justifica-se, assim, a resolução extrajudicial do contrato após o término do prazo, tal como sucede, em geral, com a cláusula resolutiva expressa *ex vi* do art. 474 do Código Civil.²⁰

Ressalve-se, por oportuno, que o aparente rigor da previsão contida no §1º do art. 43-A deve ser compatibilizado com a exigência geral de imputabilidade do inadimplemento.²¹ Assim, a resolução poderá ser obstada caso a incorporadora comprove adequadamente, por exemplo, a existência de caso fortuito ou força maior pelos quais não haja se responsabilizado. A se entender diversamente, atribuir-se-ia ao adquirente a prerrogativa de resolver o contrato mesmo que não restasse configurado inadimplemento (absoluto) imputável à incorporadora, o que não parece ter sido a *ratio legis*.

Na sequência da disciplina, o art. 43-A, §2º, estabelece que, caso o adquirente não opte pela resolução, o contrato será mantido e “será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato”. Positivou-se, assim, hipótese de indenizabilidade de dano decorrente da privação do uso,²² na esteira da jurisprudência do STJ que já vinha reconhecendo o direito do adquirente à indenização por lucros cessantes pelo retardo na entrega de imóvel objeto

¹⁹ Para uma análise detida do *período de graça* no direito brasileiro, v. SOUZA, Amanda Guimarães Cordeiro de. *Período de graça*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁰ Recomenda-se, ao propósito, a leitura de TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

²¹ Ao propósito, v., por todos, MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de direito privado*. Atualização de Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Nelson Nery Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. 26. p. 58.

²² Ao propósito dos danos decorrentes da privação do uso, seja consentido remeter a SILVA, Rodrigo da Guia. Danos por privação do uso: estudo de responsabilidade civil à luz do paradigma do dano injusto. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 107, set./out. 2016.

de contrato de compra e venda.²³ Vale destacar, ademais, que uma semelhante previsão foi acrescentada ao art. 67-A, §2º, III, ao indicar a responsabilidade do adquirente, em caso de resolução ou de distrato, pelo “valor referente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*”.

O art. 43-A, §3º, estabelece que a “multa” (*rectius*: indenização) prevista no §2º do artigo em comento, “referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no §1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação”. Um esclarecimento se impõe: a vedação enfática à cumulação visa a impedir a cobrança cumulativa de duas parcelas indenizatórias distintas tendo por referência o mesmo suporte fático. Disso não se pode extrair, contudo, uma vedação à cobrança das duas parcelas indenizatórias com referência a suportes fáticos e períodos temporais distintos. Com efeito, são plenamente cumuláveis a indenização pela mora (art. 43-A, §2º) com a indenização pelo inadimplemento absoluto (art. 43-A, §1º), considerando-se a diversidade de períodos temporais de referência e, portanto, a ausência de similitude entre hipóteses de incidência.

Assim, caso o exercício do direito à resolução não ocorra imediatamente com a configuração do prazo de 180 dias, a indenização do §2º recairá sobre o lapso temporal verificado entre o fim do prazo e a data do efetivo exercício do direito extintivo, momento em que incidirá a “multa” do §1º. A conclusão se assemelha com aquela já alcançada pela civilística nacional em matéria de cláusulas penais, a destacar que as penais moratória e compensatória podem ser cumuladas desde que guardem relação com suportes fáticos distintos – a penal moratória se refere ao período de inadimplemento relativo (mora), ao passo que a penal compensatória se refere ao período de inadimplemento absoluto.

Uma última inovação a que se fará menção diz respeito ao art. 67-A, *caput*, I, e §5º, que estabelecem os percentuais máximos da *retenção* a ser promovida pela incorporadora – 25% ou 50%, conforme a incorporação não esteja ou esteja, respectivamente, submetida ao regime do patrimônio de afetação. Os referidos limites, especialmente nas hipóteses que envolvem o regime do patrimônio de afetação, divergem sobremaneira dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (de 10% a 25%),²⁴ o que já suscitou motivadas críticas por parte de entidades de defesa do consumidor.

²³ V., ilustrativamente: STJ, 4ª T. AgInt no AREsp nº 978.237/MG. Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.3.2017.

²⁴ V., ilustrativamente: STJ, 3ª T. AgInt no REsp nº 1.715.903/RS. Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 8.10.2018.

4 Considerações finais

Como se vê, a nova legislação é farta na suscitação de dúvidas e pontos de reflexão para a comunidade jurídica nacional. Sem o adequado desenvolvimento da matéria, portanto, dificilmente poderá a Lei nº 13.786/2018 promover o almejado ideal de segurança nas relações jurídicas no âmbito das incorporações imobiliárias.

No âmbito desses esforços a cargo da civilística, buscou-se, inicialmente, precisar o enquadramento dogmático dos chamados “distratos imobiliários” no quadro geral de causas extintivas dos contratos, bem como destacar alguns pontos relevantes da novel disciplina das incorporações imobiliárias em matéria de formação dos contratos e proteção do adquirente. Analisaram-se, na sequência, algumas novidades da legislação no que tange à execução e ao inadimplemento dos contratos em incorporação imobiliária.

Por fim, impõe-se um epílogo inconclusivo: não bastassem essas e todas as demais reflexões de direito civil e do consumidor suscitadas pela Lei nº 13.786/2018, o debate haverá de ser pautado, ainda, por uma necessária investigação sobre a aptidão ou não da nova legislação para reger o controle de validade dos contratos em incorporação imobiliária. Em síntese essencial, o questionamento se resumirá a saber: a lei nova incide sobre os contratos celebrados anteriormente à sua entrada em vigor? A invalidade das cláusulas penais compensatórias dos contratos pretéritos pode ser aferida à luz da nova lei?²⁵ Devem ser diferenciadas as hipóteses de contratos resolvidos antes ou depois da vigência da lei? Trata-se de questões tormentosas, como sói acontecer com as leis que estabelecem modificações de relevo em regimes contratuais. As reflexões se afiguram, portanto, determinantes para o almejado efeito positivo da reforma legal sobre a disciplina das incorporações imobiliárias no Brasil.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SILVA, Rodrigo da Guia. Lei nº 13.786/2018 e a nova disciplina das incorporações imobiliárias. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 25, p. 259-269, jul./set. 2020.

²⁵ Já se teve oportunidade de se sustentar a necessidade de resposta negativa a esses questionamentos, a partir do reconhecimento de que o controle de validade dos contratos deve ser pautado pela legislação vigente à época da sua celebração. Ao propósito, v. SOUZA, Eduardo Nunes de; SILVA, Rodrigo da Guia. Como funciona o controle de validade dos contratos de aquisição imobiliária? As mudanças com o advento da Lei 13.786/2018. *Jota.info*, jan. 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/como-funciona-o-controle-de-validade-dos-contratos-de-aquisicao-imobiliaria-31012019. Acesso em: 24 fev. 2019.