

IRRETRATABILIDADE E INEXEÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DIANTE DA LEI Nº 13.786/2018 (LEI DOS DISTRATOS IMOBILIÁRIOS)

THE IRREVERSIBILITY OF PROMISES OF SALE AGREEMENTS AND LAW N. 13.786/2018

Roberta Mauro Medina Maia

Mestre e Doutora em Direito Civil pela UERJ.
Professora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC-Rio.

Resumo: O presente artigo destina-se à análise da irretratabilidade das promessas de compra e venda diante da Lei nº 13.786/2018, que dispõe sobre os distratos deste tipo contratual em incorporações imobiliárias. Com o aumento dos casos de desistência por parte dos promitentes compradores, diante da depreciação do preço do metro quadrado a partir da crise econômica iniciada em 2014 no Brasil, é importante avaliar se a irretratabilidade impede o recurso ao inadimplemento eficiente do contrato por parte do promitente comprador ou mesmo o desfazimento imotivado do negócio.

Palavras-chave: Promessa de compra e venda. Irretratabilidade. Incorporação imobiliária. Inadimplemento eficiente do contrato. Distratos imobiliários.

Abstract: This article aims to analyse the irreversibility of promise of sales agreement regarding Law n. 13.786/2018, which addresses the dissolution of this contract type in real estate developments. With increasing cases of withdrawal by prospective purchasers, while the square meter price decreased due to the economic crisis in Brazil, it is important to understand if the irreversibility prevents the efficient breach of contract by prospective purchasers or even its unsubstantiated termination.

Keywords: Promise of sale agreement. Irreversibility. Real estate development. Efficient breach of contract. Dissolution of contract.

Sumário: Introdução – **1** A irretratabilidade como característica essencial do tipo contratual descrito pelo Dec.-Lei nº 58/37 e pelo art. 1417 do CC/2002 – **2** A irretratabilidade posta à prova: a jurisprudência do STJ e a crise no setor imobiliário – **3** A irretratabilidade das promessas de compra e venda diante das hipóteses de distrato e resolução previstas na Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários) – **4** Resolução por onerosidade excessiva e promessas de compra e venda – Conclusão

O Brasil não é para principiantes.

Tom Jobim

Introdução

Poucas figuras contratuais são tão utilizadas no país quanto a promessa de compra e venda, cujo regramento foi primeiro detalhado pelo Dec.-Lei nº 58/37. Naquela época, a principal preocupação legislativa era assegurar ao promitente comprador o direito à adjudicação compulsória do imóvel quando a promessa de compra e venda fosse irretratável, permitindo, assim, a execução específica do contrato mesmo quando o promitente vendedor se recusasse a lhe outorgar a escritura definitiva de compra e venda.

Era a irretratabilidade do negócio, portanto, a justificativa para que esta nova manifestação volitiva por parte do promitente vendedor fosse suprida pelo Poder Judiciário, garantindo-se, desse modo, a transferência do direito de propriedade ao promitente comprador. Tal providência fez-se necessária porque, quando do advento do referido decreto-lei, era comum que, em virtude da valorização do metro quadrado dos imóveis prometidos à venda, os promitentes vendedores desistissem do negócio preliminar, arcando com as perdas e danos, no intuito de alienar o mesmo imóvel por quantia mais elevada que a originalmente obtida.

Com a crise econômica que assolou o país a partir de 2014, a irretratabilidade foi posta à prova em razão do polo oposto: com a depreciação do metro quadrado após a celebração das promessas de compra e venda, diversos adquirentes de unidades autônomas fruto de incorporação imobiliária pleitearam o desfazimento do negócio não por força da ausência de condições de adimpli-lo, mas sim por não o julgar mais conveniente.

O presente artigo destina-se, por isso, a avaliar se a irretratabilidade é amarra tão apertada quanto propõe a lei ou tão frouxa quanto parecem sugerir algumas decisões judiciais. Para tanto, o próximo tópico destina-se a expor esta característica atribuída pelo legislador às promessas de compra e venda como traço típico indispensável à sua qualificação. Posteriormente, será melhor exposta a aplicação – por vezes equivocada – de conceitos básicos da teoria geral dos contratos às promessas de compra e venda pelos Tribunais, sendo esta a causa principal do advento da Lei dos Distratos Imobiliários (Lei nº 13.786/2018).

Feitas estas considerações preliminares, será então possível averiguar se a nova legislação flexibilizou de algum modo a irretratabilidade do referido contrato, ampliando as hipóteses de desfazimento do ajuste preliminar. Por fim, o último tópico será destinado à avaliação da possibilidade de se enquadrar os casos de oscilação do metro quadrado de imóveis no conceito de onerosidade excessiva.

1 A irretratabilidade como característica essencial do tipo contratual descrito pelo Dec.-Lei nº 58/37 e pelo art. 1417 do CC/2002

Definido por Darcy Bessone como o contrato por meio do qual as partes se comprometem a celebrar, mais tarde, o contrato de compra e venda,¹ o estudo da promessa de compra e venda como tipo contratual autônomo partiu, em um primeiro momento, do art. 1.589 do Código Civil francês,² segundo o qual “a promessa de compra e venda vale venda, quando haja consentimento recíproco das duas partes sobre a coisa e sobre o preço”.³ Naquele momento, em virtude da adoção, pelo *Code*, do princípio do consenso translativo como inderrogável – bastando, portanto, a manifestação de vontade para que o contrato pudesse transferir o direito de propriedade –, a possibilidade de desfazimento do negócio restava afastada.⁴

Assim, enquanto para os franceses a promessa de compra e venda seria, na prática, irrevogável, por equivaler à venda propriamente dita – em razão do respeito quase absoluto à autonomia da vontade ali consagrado –, no Brasil, a ascensão da irretratabilidade do referido contrato deveu-se a contexto jurídico e econômico consideravelmente diverso, que pode ser descrito com base em dois aspectos.

Primeiramente, conforme descrito por Barbosa Lima Sobrinho, a compra e venda definitiva não era interessante para os vendedores, que se sentiam dentro dela “desamparados, quando ainda se encontravam na fase do pagamento das primeiras prestações do preço”.⁵ Segundo o autor, a promessa de compra e venda, até então “reduzida a uma obrigação de fazer, não protegia nem os vendedores, nem os compradores, deixando todos eles à mercê de arrependimento, que podia ser exercitado até o momento da escritura definitiva”.⁶

¹ BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa e reserva de domínio*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1952. p. 35. Ana Prata desenvolve tal conceito, ainda que relativamente aos contratos-promessa como categoria (da qual a promessa de compra e venda é espécie), nos seguintes termos: “pode dizer-se que a vontade manifestada pelas partes na promessa não respeita apenas à celebração futura de um dado tipo de negócio, mas, muito mais precisamente, à ulterior celebração de um *certo negócio*, com um *certo conteúdo*. Ou seja, a vontade das partes na promessa, referindo-se desde logo ao conteúdo do contrato prometido, consubstancia, também desde logo, um acordo quanto a ele” (PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. Coimbra: Almedina, 2001. p. 70. Grifos no original).

² COSCO, Giusy. *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*. Milano: Cedam/Wolters Kluwer, 2018. p. 2.

³ “La promesse de vente vaut vente, lorsqu’il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et sur le prix”.

⁴ COSCO, Giusy. *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*. Milano: Cedam/Wolters Kluwer, 2018. p. 8.

⁵ LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976. p. 63.

⁶ LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976. p. 63.

Da possibilidade de arrependimento advinha um segundo aspecto: no cenário anterior à vigência do Decreto-Lei nº 58/37, além dos riscos de, após o desembolso de algumas prestações, os promitentes compradores se depararem com alguma penhora ou execução hipotecária –⁷ por não lhes ser, à época, conferido o *status* prioritário de titular de direito real –, diante da valorização dos imóveis durante o período no qual o preço era quitado parceladamente, o promitente vendedor optava por descumprir o pacto, alienando-o uma segunda vez por preço superior ao estipulado no contrato primitivo. Nesse caso, arcava com as perdas e danos devidos ao primeiro promitente comprador, em montante inferior ao equivalente à diferença entre o preço disposto no contrato original e aquele auferido em decorrência da celebração do segundo. O inadimplemento trazia, portanto, vantagens financeiras ao alienante.

Tais hipóteses revelavam exemplo, comum à época, de recurso, por parte do promitente vendedor, ao chamado inadimplemento eficiente (*efficient breach*), que representa a possibilidade de as partes “descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que arquem com os danos gerados”.⁸ No caso, o custo do cumprimento da primeira promessa de compra e venda seria a perda da diferença financeira auferida em caso de nova alienação, em montante superior ao correspondente às perdas e danos devidos pelo promitente vendedor ao primitivo promitente comprador, em virtude do inadimplemento do contrato.

Diante de tal cenário, valeu-se o legislador brasileiro da irretratabilidade como traço típico indispensável à atribuição do regime jurídico especial proposto pelo Dec.-Lei nº 58/37, especificamente no art. 22:

Os contratos, *sem cláusula de arrependimento*, de compromisso de compra e venda e cessão de direitos de imóveis não loteados, cujo preço tenha sido pago no ato de sua constituição ou deva sê-lo em uma, ou mais prestações, desde que, inscritos a qualquer tempo, atribuem aos compromissos direito real oponível a terceiros, e lhes conferem o direito de adjudicação compulsória nos termos dos artigos 16 desta lei, 640 e 641 do Código de Processo Civil.⁹

⁷ Somente após o advento do Dec.-Lei nº 58/37 a promessa de compra e venda registrada passou a ser dotada de eficácia real, prevalecendo “sobre a constituição posterior de direitos reais ou pessoais sobre o mesmo objecto” (MORAIS, Fernando Gravato. *Contrato-promessa em geral, contratos promessa em especial*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 61).

⁸ FLÚZA, César; ALMEIDA, Victor Duarte. Apontamentos acerca do inadimplemento eficaz. *Revista Meritum*, v. 12, n. 1, jan./jun. 2017. p. 346.

⁹ Serviu de inspiração ao legislador brasileiro a Lei nº 8.733/31, do Uruguai. A tramitação do projeto de lei foi interrompida no Brasil pelo Golpe de Estado de 1937. Todavia, o projeto foi posteriormente aproveitado, convertendo-se no Dec.-Lei nº 58, de 10.12.1937 (nesse sentido, v. BESSONE, Darcy. *Direitos reais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 353).

A partir de tal providência legislativa, sendo irretratável a promessa ou o compromisso de compra e venda,¹⁰ é possível perceber que, do ponto de vista do promitente vendedor, a manutenção da propriedade em seu nome serve como garantia da integralização do preço por parte do promitente comprador.¹¹ No entanto, a celebração do compromisso de compra e venda de modo irrevogável e irretratável basta para operar a efetiva transferência de todo o conteúdo de tal direito de propriedade: os poderes de uso, gozo e disposição da coisa já deixam de, neste ato, pertencer ao promitente vendedor, sendo de plano transferidos ao promitente comprador que, embora não possa ainda dispor do direito de propriedade – por não ser ainda seu efetivo titular – poderá ceder sua posição contratual a terceiros.

É, conseqüentemente, o único que pode dispor da coisa entre a celebração da promessa e a transcrição do direito de propriedade em seu favor após a quitação. Durante a execução do contrato a manutenção do domínio com o promitente vendedor em termos meramente nominais tem puro escopo de garantia, sendo uma propriedade já esvaziada: “à medida que o crédito vai sendo recebido, aquele pouco que restava do direito de propriedade junto ao compromitente vendedor, isto é, aquela pequena parcela do poder de dispor, como que vai desaparecendo até se apagar de todo”.¹²

Como a irretratabilidade manifestada no contrato produzia, portanto, efeitos tão imediatos e tão consistentes – transferência de todos os poderes inerentes ao domínio ao promitente comprador –, antes de a jurisprudência confirmar a qualificação da promessa de compra e venda como negócio preliminar, distinto do contrato definitivo de compra e venda,¹³ autores como Barbosa Lima Sobrinho chegaram a questionar tal natureza relativamente a esta modalidade contratual, embora não tenha sido esta a tese vencedora, com o passar dos anos:

¹⁰ Há quem defenda que, enquanto a promessa de compra e venda seria modalidade específica de contrato preliminar, o compromisso de compra e venda seria “o direito real dele decorrente” (nesse sentido, v. TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3. p. 847). No entanto, não adotaremos aqui tal distinção terminológica por não ser a mesma corroborada pela lei ou mesmo pela jurisprudência. O art. 1.417 do Código Civil de 2002 dispõe que, “mediante promessa de compra e venda, em que não se pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel”. Vê-se que, aqui, utiliza-se a expressão “direito real de aquisição”, direito real decorrente da promessa de compra e venda, ignorando-se a expressão “compromisso de compra e venda”. Como se não bastasse, a Súmula nº 239 do STJ encontra-se assim redigida: “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”. Vê-se que ela trata a expressão “compromisso de compra e venda” como sinônimo de promessa de compra e venda: por fazer referência a compromissos não registrados, não poderia, de modo algum, ter ali em conta o direito real da promessa decorrente, mas sim o contrato em si. Por tal motivo, as duas expressões serão aqui empregadas sinônimas.

¹¹ AZEVEDO JUNIOR, José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19.

¹² AZEVEDO JUNIOR, José Osório. *Compromisso de compra e venda*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 19.

¹³ TEPEDINO, Gustavo *et alli*. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. v. 3. p. 848.

Poder-se-ia dizer que o objetivo da promessa de venda não é a escritura definitiva, mas justamente o contrário, isto é, visa *retardar a lavratura dessa escritura definitiva*. E quando se considera os contratos de promessa de venda irretratáveis, inscritos no registro público, com o preço pago e imissão de posse, com o direito de usar, de gozar e de dispor da coisa, ou de estabelecer sobre ela ônus reais, é preciso fechar os olhos à realidade, para dizer que esse contrato visa à lavratura da escritura definitiva, que não tem nenhuma importância, no caso, não acrescenta à transação nenhum direito real e raramente se faz entre as partes que subscreveram a primeira promessa. O direito não pode ser um simples jogo de palavras, e não há como negar que a escritura definitiva se tornou elemento secundário, quase diríamos acidental, na promessa de venda irretratável e exigível; ao passo que avultam os direitos sobre a coisa, transferidos efetivamente, com a imissão de posse e a inscrição no registro de imóveis.¹⁴

De todo modo, vê-se que a intenção do legislador, à semelhança da opção adotada por outros ordenamentos jurídicos, era a de impedir a celebração de negócio imobiliário futuro, que fosse incompatível com o adimplemento do contrato anterior,¹⁵ denotando, assim, expressiva preocupação com a tutela do promitente comprador nessa modalidade contratual. E algumas décadas após a entrada em vigor do referido decreto-lei, restou claro que a verdadeira justificativa da possibilidade de execução específica não era a eficácia real conferida aos compromissos de compra e venda, mas sim a irretratabilidade: corroborando o que já era defendido em sede doutrinária há décadas,¹⁶ a Súmula nº 239 do STJ, publicada em 28.6.2000, dispôs que “O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis”.

Contrariando a Súmula nº 167 do STF, cujo teor negava o direito à adjudicação compulsória aos promitentes compradores que não ostentavam promessa de compra e venda registrada – ou seja, não dotadas de eficácia real –, a Súmula nº 239 do STJ evidenciou que o fundamento da atribuição do regime jurídico disposto

¹⁴ LIMA SOBRINHO, Alexandre José Barbosa. *As transformações da compra e venda*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1976. p. 77.

¹⁵ COSCO, Giusy. *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*. Milano: Cedam/Wolters Kluwer, 2018. p. 27.

¹⁶ A tese foi exaustivamente defendida por Darcy Bessone em mais de uma oportunidade, devendo ser aqui transcrita passagem na qual cita autores que lhe fizeram coro: “A doutrina afastou-se dessa óptica, todavia, como se pode ver em resenha feita por Mário Aguiar Moura após reproduzir tópicos de livro nosso a respeito da matéria: ‘Nos autores mais modernos, a tese da prescindibilidade do registro encontra eco. A maioria absoluta esposa o ponto de vista de que não é do registro que há de advir o direito à adjudicação, mas do contrato sem cláusula de arrependimento e da quitação do preço’” (BESSONE, Darcy. *Da compra e venda, promessa e reserva de domínio*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1952. p. 356).

no Dec.-Lei nº 58/37, qual seja, o recurso à execução específica, decorria da identificação da irretratabilidade como traço típico da figura contratual ali prevista, bem como da quitação do preço e, apesar dela, da recusa do promitente comprador em cumprir a obrigação previamente ajustada. Em outras palavras, quando não houvesse irretratabilidade, o contrato seria outra coisa: compromisso (ou promessa) de compra e venda não haveria de ser.¹⁷

Consequentemente, ao contrário do legislador francês, que propunha relação umbilical entre a promessa de venda e a compra e venda, o legislador brasileiro preocupou-se em evidenciar a função – diversa – de cada um dos dois pactos: a promessa de compra e venda teria como objeto a celebração futura do contrato definitivo, impondo um controle sobre fatos supervenientes,¹⁸ enquanto a escritura definitiva de compra e venda seria destinada apenas à transferência do direito de propriedade após a efetiva quitação do preço.¹⁹

E relativamente ao primeiro pacto, a despeito das críticas dirigidas ao Código de 2002, por ter supostamente perdido a oportunidade de unificar o regime jurídico das promessas de compra e venda –²⁰ aplicáveis aos imóveis loteados, não loteados e aos que decorrem de incorporação imobiliária –, o fato é que a codificação brasileira em vigor, no art. 1.417, elegeu a irretratabilidade como a característica comum a ser observada nos contratos de promessa de compra e venda sobre bens imóveis em geral, independentemente das especificidades destes. É a partir desse traço peculiar à referida modalidade contratual que o Código atribui o direito à adjudicação compulsória (art. 1.418) aos promitentes compradores que quitam o preço pactuado no contrato e deparam-se, ainda assim, com a recusa do promitente vendedor em outorgar a escritura definitiva.

E antes mesmo do advento do Código de 2002, quando o legislador preocupou-se em incluir o direito real de aquisição decorrente de promessas de compra e venda levadas a registro no rol de direitos reais (art. 1225, VII), a Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79) também mencionava a irretratabilidade como característica dos contratos de promessa de compra e venda, em

¹⁷ Apenas para fins de registro histórico, vale mencionar que a Súmula nº 412 do STJ, de 8.7.1964, fazia menção expressa aos compromissos de compra e venda com cláusula de arrependimento, como se houvesse duas figuras contratuais com efeitos distintos, em decorrência de sua natureza diversa: aqueles que eram irretratáveis e os que não eram irretratáveis. A referida súmula previa que “no compromisso de compra e venda com cláusula de arrependimento, a devolução do sinal, por quem o deu, ou a sua restituição em dobro, por quem o recebeu, exclui indenização maior, a título de perdas e danos, salvo os juros moratórios e os encargos do processo”.

¹⁸ MUSIO, Ivana; SCARPA, Antonio. *Dal preliminare alla compravendita immobiliare*. Roma: Dike, 2019. p. 6.

¹⁹ MUSIO, Ivana; SCARPA, Antonio. *Dal preliminare alla compravendita immobiliare*. Roma: Dike, 2019. p. 6.

²⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras*. p. 723. Disponível em: www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc36.pdf?d?=636808166395003082. Acesso em: 15 jul. 2019.

seu art. 25: “São irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros”. De igual modo, no âmbito das incorporações imobiliárias, a Lei nº 4.591/64 dispõe, no art. 32, §2º:

Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão, ou promessa de cessão de unidades são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

Resta claro, portanto, seja no art. 22 do Dec.-Lei nº 58/37, nos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil, no art. 32, §2º da Lei nº 4.591/64 ou no art. 25 da Lei nº 6.766/79, que a intenção legislativa manifestada nas referidas oportunidades era a de assegurar o direito à execução específica (adjudicação compulsória) apenas aos contratos celebrados em caráter irrevogável, sendo este o traço típico capaz de qualificar o pacto como promessa de compra e venda e assegurar-lhe o regime jurídico próprio desta figura contratual.

E quando aqui se fala em “traço típico”, é relevante mencionar que os tipos jurídicos são espécie de conceito classificatório, cuja finalidade é possibilitar um juízo de inclusão ou de exclusão de certa figura em determinada classe.²¹ Tipicidade, na esfera jurídica, representa a presença de modelos pré-constituídos que devem ser observados²² para que o efeito legalmente previsto quando da adoção do tipo específico seja de fato alcançado. Assim, relativamente à opção esposada pelo legislador, resta claro que os pactos que não forem irretratáveis não podem ser qualificados como promessa ou compromisso de compra e venda, independentemente da nomenclatura que lhes seja atribuída pelas partes signatárias.

Importante reforçar, ainda, que a irretratabilidade é, também, a verdadeira justificativa do cabimento de execução específica nessa modalidade contratual, pois, uma vez manifestada a vontade, sem que fosse dado espaço à possibilidade de arrependimento, há aqui um juízo de valor legislativo relativo à força inquebrantável de tal manifestação volitiva, por inadmitir-se exercício futuro da autonomia

²¹ VASCONCELOS, Pedro Pais. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 2002. p. 27. Poucos são os tipos jurídicos que decorrem exclusivamente da criatividade legislativa.

²² BEDUSCHI, Carlo. A proposito di tipicità ed atipicità dei contratti. *Rivista di Diritto Civile*, ano XXXII, n. 1. p. 351. Poucos são os tipos jurídicos que decorrem exclusivamente da criatividade legislativa. Conforme exposto por Karl Lorenz, “a maior parte deles, tais como todos os tipos de contratos obrigacionais, devem seu surgimento ao tráfego jurídico” (LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 663).

da vontade incompatível com o anterior. Daí a preocupação do legislador em assegurar que, independentemente de desejos ulteriores e conflitantes com o originalmente manifestado, por parte do promitente vendedor, a outorga da escritura definitiva por ele possa ser suprida, em caso de recusa, por sentença judicial que produzirá os efeitos deste contrato não celebrado.²³

Desse modo, uma vez firmada a promessa de compra e venda, em caráter irrevogável e irretratável, a autonomia da vontade é bastante reduzida, por ser o inadimplemento a única porta de saída possível, como se verá. Todavia, sobre tal aspecto, é importante observar que a irretratabilidade se impõe a ambas as partes, não produzindo efeitos apenas sobre o promitente vendedor. Isso significa que, se o legislador optou aqui por afastar dessa modalidade contratual a possibilidade de inadimplemento eficaz (*efficient breach*), impedindo alienações subsequentes do imóvel que se mostrassem mais vantajosas que a original, também o fez em relação ao promitente comprador, impedindo-o de não efetivar a aquisição no futuro apenas por, após fazer contas, concluir que sairia mais barato inadimplir o contrato e arcar com as perdas e danos do que executá-lo e ultimar a compra. Trocando em miúdos, como ensinaram nossos avós, “pau que bate em Chico, bate em Francisco”.

2 A irretratabilidade posta à prova: a jurisprudência do STJ e a crise no setor imobiliário

Enquanto o sistema de direitos reais destina-se à alocação de recursos, os contratos são instrumentos jurídicos destinados à alocação de riscos. Quando de sua celebração, dispendo de cláusulas adequadas para tanto, as partes se lançam ao exercício – por vezes frustrante – de tentar prever as soluções possíveis diante de qualquer problema que, a partir daquela data, possa inviabilizar ou atrapalhar aquele que é, em tal momento, o objetivo maior de ambas: a perfeita execução do contrato.

Assim, antes de adentrar no problema que serviu de justificativa à promulgação da Lei dos Distratos Imobiliários (Lei nº 13.786/2018), é importante lembrar alguns destes recursos dos quais dispõem os contratantes diante de hipóteses nas quais as coisas não saem conforme planejado.

Como se viu no tópico anterior, uma vez celebrada a promessa de compra e venda em caráter irrevogável e irretratável, o vínculo contratual só poderá ser

²³ COSCO, Giusy. *Il contratto preliminare ad esecuzione anticipata: una proposta ricostruttiva di un fenomeno complesso*. Milano: Cedam/Wolters Kluwer, 2018. p. 12.

desfeito, em tese, diante das hipóteses de inadimplemento absoluto, que terá lugar, na lição de Aline de Miranda Valverde Terra “quando a prestação devida, após o nascimento da obrigação, não puder mais ser realizada ou, podendo sê-lo, não mais interessar ao credor. A prestação é, portanto, irrecuperável”.²⁴

Em virtude dos fins propostos neste artigo, as próximas linhas serão destinadas à espécie de promessa de compra e venda atrelada à atividade de incorporação imobiliária, ou seja, quando há a alienação antecipada de apartamentos de um edifício a ser construído ou de frações ideais de terreno a serem vinculadas a unidades autônomas posteriormente edificadas, nos termos da Lei nº 4.591/64 (Lei de Condomínio e Incorporações).

Nessa modalidade contratual, sendo o contrato de adesão ou não, é comum estipular-se que, uma vez inadimplido o ajuste pelo adquirente, uma parte das parcelas por ele pagas será retida. Tal previsão tem a natureza de cláusula penal, definida por Viviane Silveira Abílio como:

estipulação acessória de convenção específica, vinculada a um pacto principal, segundo o qual os contratantes estabelecem que, no caso de descumprimento (que pode ser relativo ou absoluto) da obrigação avençada, a parte inadimplente se obriga a determinada prestação previamente pactuada.²⁵

No cenário pré-crise, os incorporadores conseguiam repassar a terceiros as unidades objeto de inadimplemento com relativa facilidade, pois, na ausência de purga da mora após ter sido o devedor notificado, aplicava-se a cláusula resolutiva expressa. Esta cláusula, que, nos termos do art. 474 do Código Civil, opera de pleno direito, tem por fundamento a autonomia privada, atribuindo às partes a liberdade de estipular em que hipóteses o vínculo contratual poderá ser desfeito, “desde que conduzam à incapacidade de a relação obrigacional promover o resultado útil programado”.²⁶ A consequência de sua aplicação, do ponto de vista da parte lesada pelo inadimplemento, é a possibilidade que esta terá de, nos termos do art. 475 do Código Civil, optar por pedir a resolução do contrato ou exigir o seu cumprimento, sendo-lhe atribuída indenização por perdas e danos em qualquer uma das duas hipóteses.

²⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 98.

²⁵ ABÍLIO, Viviane da Silveira. *Cláusulas penais moratória e compensatória*. Rio de Janeiro: Fórum, 2019. p. 23.

²⁶ TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 47.

Uma vez resolvido o contrato –,²⁷ estando em ascensão o valor do metro quadrado no contexto anterior à crise iniciada em 2014, o incorporador depositava em juízo o valor das parcelas pagas pelo adquirente, se necessário fosse, após delas deduzir o montante a ser retido em virtude da cláusula penal, e, na sequência, alienava a unidade a terceiro. No entanto, a partir de 2014, com o início da crise econômica no país, de modo generalizado, o mercado imobiliário desaqueceu, e o valor do metro quadrado desvalorizou-se. Com isso, diversos adquirentes de unidades autônomas, mesmo adimplentes, optaram por desistir do negócio, por não mais considerá-lo economicamente vantajoso, impondo aos incorporadores que com eles celebrassem o distrato de tais unidades – ou seja, novo pacto, destinado ao desfazimento do anterior.²⁸

Todavia, é importante ressaltar que os desafios impostos à efetiva irretratabilidade das promessas de compra e venda não tiveram origem na crise econômica que devastou o mercado imobiliário, mas sim na evolução jurisprudencial acerca da revisão judicial do contrato, que, a partir de 2002, se encontra assim positivada no art. 317 do Código Civil: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

Embora o artigo pareça referir-se à hipótese bastante específica, mesmo antes da entrada em vigor do Código já era possível identificar que a revisão judicial do contrato era utilizada para fins mais amplos. E em razão de crises e abalos econômicos anteriores, esta ajudou, sem dúvida, a pavimentar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de o promitente comprador pleitear o desfazimento do ajuste, quando não mais tivesse condições de adimplir o contrato, valendo transcrever um dos primeiros precedentes nesse sentido:

Promessa de Venda e Compra. Resilição. Denúncia pelo promissário comprador em face da insuportabilidade no pagamento das prestações. Restituição.

²⁷ Sobre a resolução, vale transcrever as lições de Anderson Schreiber: “A resolução é o meio de extinção do contrato fundado no seu descumprimento. O direito à resolução do contrato surge, para a parte inocente, a partir do inadimplemento absoluto da contraparte. Se o inadimplemento é meramente relativo – por restar conservado o interesse útil do credor no recebimento da prestação –, não surge o direito à resolução, verificando-se apenas os efeitos da mora, já estudados em capítulo anterior. Só o inadimplemento absoluto autoriza a resolução pela parte inocente” (SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 473-474).

²⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 277.

O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas.²⁹

Duas observações devem ser feitas a respeito do julgado acima transcrito: primeiramente, é importante observar que a hipótese envolvia inadimplemento absoluto, ou seja, o adquirente não mais tinha condições de arcar com o pagamento das parcelas. Além disso, embora a Corte tenha optado por empregar o termo “resilição” na ementa, deve-se observar que a hipótese não envolve resilição propriamente dita, mas sim resolução por iniciativa da parte inadimplente, sendo, a esse respeito, essencial transcrever a distinção exposta por Francisco Eduardo Loureiro:

A distinção fundamental entre a *resilição* e a *resolução*, por expressa opção do legislador, encontra-se na causa da extinção do contrato, a primeira fundada na vontade, e a segunda, no inadimplemento ou na onerosidade excessiva. São figuras inconfundíveis entre si, nas suas estruturas, requisitos e efeitos.³⁰

A resilição representa manifestação volitiva direcionada à extinção do contrato. Quando for bilateral, ou seja, envolver o consenso entre as partes, será chamada de distrato.³¹ A resilição unilateral, por sua vez, envolve hipóteses nas quais a lei permite “a desistência da avença por um ou por ambos os contratantes, conforme previsão legal ou contratual previamente estabelecida”.³² O art. 473 do Código Civil de 2002 restringe a resilição unilateral aos casos em que a lei expressa ou implicitamente permita, o que faz dela, portanto, “uma hipótese excepcional, na medida em que a vontade de apenas um dos contratantes não tem, em regra, a aptidão de desfazer o vínculo criado com base na vontade de ambos”.³³ Vê-se, portanto, que este “direito potestativo autorizado por lei ou pelo próprio contrato” –³⁴ chamado de resilição unilateral ou denúncia – não se aplica às promessas de compra e venda, que, como se viu, tem sua irretratabilidade imposta por lei.

²⁹ STJ, 2ª Seção. EREsp nº 59.870/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, p. em 9.12.2002.

³⁰ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras*. p. 713-714. Disponível em: www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc36.pdf?d?=636808166395003082. Acesso em: 15 jul. 2019. Grifos no original.

³¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil – Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018. p. 272.

³² MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil – Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018. p. 273.

³³ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 472.

³⁴ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito civil – Contratos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018. p. 272.

A resolução, por sua vez, é termo ligado ao inadimplemento ou à impossibilidade de cumprimento, podendo, ainda, com base no art. 478 do CC/2002, ser pleiteada pelo contratante que suporta eventual onerosidade excessiva.³⁵ Todavia, há casos especiais nos quais a resolução será pleiteada pelo devedor por culpa do credor, quando este deixa, por exemplo, de fornecer a documentação indispensável à celebração da escritura definitiva de compra e venda ou à obtenção de financiamento pelo adquirente junto à instituição financeira,³⁶ ou quando a incorporadora atrasa a entrega da obra por prazo superior a cento e oitenta dias.³⁷

E paralelamente à pavimentação da orientação jurisprudencial segundo a qual a resolução do contrato poderia dar-se por iniciativa do promitente comprador em virtude de seu inadimplemento, com base no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que considera nulas de pleno direito as cláusulas que estabelecem a perda de todas as parcelas pagas em caso de inadimplemento do devedor (art. 53), o Superior Tribunal de Justiça firmava seu entendimento no sentido de admitir a retenção, pelo credor, de percentual que variava entre 10 (dez)³⁸ a 25% (vinte e cinco por cento)³⁹ das parcelas pagas, em média, até o advento da Súmula nº 543 da referida Corte que, publicada em 31.8.2015, apresenta o seguinte teor:

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

Embora a referida súmula, conforme redigida, deixe claro que a devolução das parcelas pagas teria lugar diante de hipóteses de resolução do contrato de promessa de compra e venda, ou seja, as decorrentes de inadimplemento ou

³⁵ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 494.

³⁶ LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras*. p. 714. Disponível em: www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/cc36.pdf?d?=636808166395003082. Acesso em: 15 jul. 2019.

³⁷ A esse respeito, vale ressaltar que a Lei dos Distratos Imobiliários (Lei nº 13.786/2018) introduziu na Lei de Condomínios e Incorporações (Lei nº 4.591/64) o art. 43-A, segundo o qual “A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para a conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador”.

³⁸ Exemplificativamente, v. STJ, 4ª Turma. REsp nº 51.019/SP. Rel. Min. Barros Monteiro, p. em 13.3.1995.

³⁹ A título de exemplo, v. STJ, 4ª Turma. AgRg no REsp nº 927.433/DF. Rel. Min. Maria Isabel Galotti, p. em 28.2.2012.

onerosidade excessiva,⁴⁰ a explosão de distratos imobiliários a partir de 2014, que justificou a promulgação da Lei nº 13.786/2018, deveu-se, em muitos casos, à hipótese diversa. É que com a depreciação do valor do metro quadrado dos imóveis, experimentada a partir da crise econômica que assolou o país nos últimos anos, os adquirentes – e não mais os promitentes vendedores, como ocorria antes do advento do Dec.-Lei nº 58/37 – optaram pelo inadimplemento eficaz do contrato, deixando de cumpri-lo.

Em diversas ocasiões, portanto, tal opção não se pautava na ausência de condições financeiras para adimplir a obrigação assumida, mas sim na “conta” feita pelos adquirentes que compravam os imóveis como investimento, e não para fins de moradia ou uso pessoal. Em outras palavras, reduzida a expectativa de auferir lucro com o negócio, era mais conveniente distratá-lo, perdendo até 25% (vinte e cinco por cento) das parcelas pagas em benefício da incorporadora (promitente vendedora), do que ultimar a aquisição do imóvel, suportando a depreciação do metro quadrado e assumindo o custo de condomínio e IPTU de unidade que provavelmente ficaria desocupada: em razão da crise, o estoque de imóveis vagos subiu consideravelmente, fato que contribuiu também para a redução do valor dos aluguéis.

Mas, diante do problema, se a promessa de compra e venda tem sua irretratabilidade imposta por lei, e se a Súmula nº 543 do STJ se restringe às hipóteses de resolução, até que ponto os adquirentes poderiam impor às incorporadoras a celebração de um distrato (resilição bilateral), sem comprovar a ausência de recursos para adimplir o vínculo contratual? Em tese, não haveria brecha jurídica para tanto se, como se viu, as hipóteses de resolução contratual pleiteada pelo adquirente estariam, com base nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, restritas à ausência de recursos para quitar o preço pactuado no contrato. No entanto, a mesma Corte já admitiu como possível, em mais de uma oportunidade, a resolução contratual do compromisso de compra e venda “por simples desistência dos adquirentes”,⁴¹ adotando entendimento contraditório com o esposado em outras decisões, nas quais admite a irretratabilidade do referido vínculo, ainda que apenas tangenciando o tema.⁴²

⁴⁰ Os casos de resolução decorrentes de onerosidade excessiva serão abordados em tópico específico. Por ora, basta dizer que a hipótese decorre do art. 478 do Código Civil de 2002, assim redigido: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”.

⁴¹ STJ, 2ª Seção. REsp nº 1.008.610/RJ. Rel. Min. Aldir Passarinho Filho, p. em 3.9.2008. No mesmo sentido, v. STJ, 4ª T. AgRg no REsp nº 927.433/DF. Rel. Min. Maria Isabel Galotti, p. em 28.2.2012.

⁴² Nesse sentido, v. STJ, 3ª T. REsp nº 667.242/PR. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, p. em 22.10.2007 e STJ, 3ª T. REsp nº 1.617.652/DF. Rel. Min. Nancy Andrighi, p. em 29.9.2017.

Para além da atecnia observada nos acórdãos, que eventualmente referem-se à rescisão quando, na verdade, a hipótese envolveria resolução, ou mesmo misturam, no mesmo caso, os conceitos de resolução e desistência, é temerário ignorar que a promessa de compra e venda é irrevogável por imposição legal. O legislador não deu brechas à rescisão na referida modalidade contratual: ou bem são irrevogáveis, ou promessas de compra e venda não serão.

E, se mesmo antes que a crise econômica provocasse uma explosão no número de distratos no setor imobiliário a tolerância relativa às hipóteses de “desistência” no âmbito das promessas de compra e venda já provocaria insegurança jurídica, com a crise, esta ganhou contornos dramáticos.

A afirmação não é exagerada quando se leva em consideração que a Lei nº 4.591/64, além de proteger terceiros que adquiriam imóveis objeto de incorporação imobiliária, tinha o escopo de fomentar a construção civil e criar mecanismos capazes de evitar que as empresas do ramo se tornassem pouco sólidas. Exemplo claro disso é o direito potestativo, atribuído ao incorporador, de desistir da incorporação dentro de prazo de carência fixado por meio de declaração levada a registro juntamente com o memorial de incorporação, nos termos dos arts. 32, “n”, e 34 do referido diploma legal.

Assim, havendo prazo de carência estipulado contratualmente, que não poderá ultrapassar o termo final do prazo de validade do registro da incorporação ou da revalidação deste (art. 34, §2º da Lei nº 4.591/64), caso o percentual mínimo de promessas de compra e venda a serem efetivadas dentro do referido período não for alcançado, tem então o incorporador o direito de cancelar o registro do memorial de incorporação, reembolsando integralmente aqueles que tenham firmado com ele o contrato entre a data do lançamento da incorporação e o fim do prazo de carência. Tal possibilidade revela a intenção legislativa de livrar o mercado consumidor da execução de projetos inviáveis, que não despertaram o interesse do público, evitando, com isso, que as financeiras das incorporadoras restassem abaladas.

Desse modo, quando se atingia o percentual mínimo de adquirentes para que a execução do projeto se mostrasse viável, as incorporadoras, obviamente, não cancelavam o registro do memorial no registro de imóveis e seguiam com a incorporação, contraindo financiamento bancário no intuito de custear a obra, contratando funcionários, adquirindo materiais etc. Mobilizava-se, com isso, atividade de porte considerável para que, já próximos da entrega das unidades, os promitentes compradores, cientes da desvalorização do metro quadrado, percebessem que o adimplemento compensaria menos que o inadimplemento, recusando-se a quitar o preço e pleiteando o desfazimento do negócio.

Assim, se no cenário pré-crise era até conveniente para os incorporadores aceitarem o distrato porque não era difícil transferir as unidades distratadas a

terceiros em seguida – evitando, com isso, litígios e execuções – após 2014, a intenção do Professor Caio Mário da Silva Pereira – autor do projeto convertido na Lei nº 4.591/64 – de afastar do mercado incorporações inviáveis, que não tivessem suas finanças em dia, tornou-se uma quimera. Pois uma vez ultrapassado o prazo de carência sem desistência do incorporador, este deveria arcar com duas obrigações incompatíveis: quitar o financiamento bancário destinado à execução da obra e devolver a diversos adquirentes uma média de 80% (oitenta por cento) de todos os valores por eles pagos, sem conseguir repassar as unidades a terceiros e assumindo, portanto, o custo do estoque. Diz-se incompatíveis porque, nesse caso, tem-se conta impossível de fechar.

Com isso, a prática dos distratos, contando com o respaldo da evolução jurisprudencial que partiu da admissão, pelo Superior Tribunal de Justiça, da resolução e revisão do contrato a requerimento da parte inadimplente e chegou aos casos de desistência, mobilizou, de maneira temerária, enorme cadeia econômica. Trouxe, ainda, grave ameaça às finanças de empresas que, fiando-se no percentual mínimo atingido para o prosseguimento seguro da incorporação, tiveram tal expectativa frustrada quando já era tarde demais para exercer o direito à denúncia e ao consequente cancelamento do registro do memorial de incorporação.

Diante deste cenário caótico, e passados quatro anos do início de uma crise econômica que seguia afetando pesadamente o mercado imobiliário, foi promulgada a Lei dos Distratos Imobiliários (Lei nº 13.786/2018), no intuito de conferir uniformidade aos percentuais de restituição nos casos de resilição bilateral, além de outros objetivos. Assim, além de breve análise da nova lei, o próximo tópico se destina a avaliar se ela modificou a irretratabilidade das promessas de compra e venda, permitindo a desistência em hipóteses diversas das de resolução por inadimplemento ou onerosidade excessiva.

3 A irretratabilidade das promessas de compra e venda diante das hipóteses de distrato e resolução previstas na Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários)

Para o tema proposto neste artigo, os dispositivos da Lei dos Distratos que merecem análise mais detalhada são os arts. 35-A e 67-A, atualmente parte integrante da Lei nº 4.591/64. O art. 35-A determina que os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes da incorporação imobiliária serão iniciados por quadro-resumo que, entre outras informações, deverá conter, nos termos do inc. VI:

as consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de distrato, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do incorporador, com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente.

Da redação ali disposta, extrai-se que o desfazimento do negócio poderá ocorrer em duas situações distintas: por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do incorporador ou por meio de distrato. Nesse último caso, é importante recordar que, por se tratar de hipótese de rescisão bilateral, deve haver consenso entre as partes relativamente à intenção de desfazer a promessa de compra e venda anteriormente celebrada. Não se vislumbra aqui, portanto, o direito potestativo assegurado ao contratante ao qual foi dada, por lei ou por contrato, a opção de rescindir unilateralmente. Conforme já observado por Melhim Chalhub, “a lei exclui qualquer possibilidade de rescisão unilateral”.⁴³

O art. 67-A corrobora tal entendimento, dispondo:

caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente: [...] II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.

Como se vê, são essas as únicas hipóteses de desfazimento do negócio, não sendo possível falar-se em desistência ou direito à rescisão unilateral com fulcro na nova lei. Ademais, esta revela, ainda, preocupação legislativa considerável com a estabilidade financeira das incorporações imobiliárias, sobretudo as que são objeto de patrimônio de afetação. Este instituto, criado com o escopo de proteger os terceiros adquirentes dos riscos de falência do incorporador, impõe a segregação do conjunto de obrigações e direitos que compõe uma incorporação imobiliária do restante do patrimônio da empresa.⁴⁴ Isso permite que outros negócios conduzidos por ela sejam apartados da incorporação afetada, devendo as

⁴³ CHALHUB, Melhim Namen. *Incorporação imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 409.

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namen. *Incorporação imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85.

quantias pagas pelos adquirentes serem integralmente revertidas ao custeio da obra.⁴⁵

Tal preocupação explica o fato de o legislador ter elevado o patamar da pena convencional, nos casos nos quais se instituiu patrimônio de afetação, para o montante de até 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo adquirente (art. 67-A, §5º). A iniciativa deve ser elogiada, pois, caso se estimulasse a prática de distratos, sobretudo quando a motivação reside no fato de o adquirente considerar vantajoso pleitear a resilição bilateral por considerar insuficiente a valorização do metro quadrado no período, diversos outros adquirentes da mesma incorporação, que precisam receber suas unidades para morar ou trabalhar, seriam prejudicados.

Isso ocorreria porque, se, nas incorporações afetadas, os recursos dos adquirentes devem ser integralmente revertidos à consecução da obra, eventual profusão de distratos no seu curso impediria a sua conclusão, pois se parte considerável do dinheiro arrecadado deverá ser restituída aos adquirentes distratantes, não será possível, obviamente, revertê-la à obra, que restaria deficitária. Daí o desestímulo a tal prática por meio da elevação da penalidade imposta ao adquirente, em caso de desfazimento do contrato.

Como se vê, a Lei dos Distratos não altera de modo algum a irretratabilidade das promessas de compra e venda, que continua a impedir o recurso ao inadimplemento eficaz nessa esfera contratual. Não é dado, portanto, aos adquirentes, desistir do ajuste apenas porque o investimento feito não se mostrou tão rentável quanto esperado, dada a desvalorização no preço do metro quadrado durante o período de recessão econômica. E, embora esse seja o único entendimento passível de se extrair do que consta em lei, os Tribunais estaduais ainda apresentam divergências sobre a possibilidade de desistência, como se pode extrair dos seguintes julgados:

[...] A promessa de compra e venda irretratável e irrevogável gera ao comprador o direito à adjudicação do imóvel. Por outro lado, por isonomia e equilíbrio contratual, deve garantir ao vendedor a impossibilidade de resilição unilateral do contrato pelo adquirente que não mais tem interesse econômico na ultimate da avença. No caso concreto, o Autor solicitou a rescisão do contrato de compra e venda na planta, justificando seu pedido, no suposto aumento desenfreado do saldo devedor, por conta do reajuste do INCC, entretanto, não logrou êxito em comprovar a redução de suas condições financeiras, que

⁴⁵ CHALHUB, Melhim Namen. *Incorporação imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 85.

justificassem a impossibilidade de continuidade do pagamento das parcelas avençadas.⁴⁶

Nesse caso específico, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro manifestou-se pela impossibilidade de desistência imotivada por parte do promitente comprador, só sendo possível superar a irretratabilidade “mediante consenso entre as partes e preexistência de cláusula contratual autorizativa”. Todavia, em sentido diametralmente oposto, vale transcrever julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo, ainda que envolvendo hipótese de loteamento, e não incorporação:

Apelação cível. Rescisão contratual. Compra e venda de lote. Sentença de parcial procedência, determinando-se às rés a devolução de 80% dos valores pagos pelo autor. Insurgência das rés. Cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Alegação das vendedoras de impossibilidade de desfazimento do negócio em razão da existência de cláusula contratual nesse sentido que não tem o condão de impedir o desfazimento do negócio. Parte adquirente que não pode ser obrigada a permanecer vinculada a negócio em que não possui mais interesse, em manifesto confronto com o preceito da boa-fé que deve nortear as relações contratuais regidas pelo Código de Defesa do Consumidor. Rescisão que, no caso, mostra-se viável. Percentual de retenção. Majoração do percentual para 25% das quantias pagas pela parte autora. Percentual que se mostra adequado, considerando-se o valor quitado pelo comprador, bem como a cláusula contratual nesse sentido. Valores que deverão ser devolvidos de uma só vez. Juros legais. Incidência apenas do trânsito em julgado. Recurso parcialmente provido.⁴⁷

Ora, caso houvesse comportamento atentatório à boa-fé, este não decorreria da irretratabilidade da promessa de compra e venda, mas sim da violação da expectativa, gerada no promitente vendedor, de que o contrato seria irrevogável, e não passível de desistência imotivada, bem como da intenção reprovável de fazer recair absolutamente todos os riscos da avença sobre os ombros de apenas uma das partes, escorando-se em interpretação equivocada da legislação consumerista.

Inexiste embasamento legal para que o intérprete afaste a irretratabilidade das promessas de compra e venda em casos que não envolvam resolução ou

⁴⁶ TJRJ, 25ª C.C. Ap. Cível nº 0486971-27.2014.8.19.0001. Rel. Des. Werson Franco Pereira Rêgo, j. em 3.7.2019. No mesmo sentido, v. TJRJ, 25ª C.C. Ap. Cível nº 0008920-15.2016.8.19.0028. Rel. Des. Werson Franco Pereira Rêgo, p. em 20.2.2019.

⁴⁷ TJSP, 2ª C.D.Priv. Ap. Cível nº 1013716-71.2018.8.26.0576. Rel. Des. José Joaquim dos Santos, j. em 28.5.2012.

distrato. Mas essa última hipótese, que representa a rescisão bilateral, não pode, de modo algum, ser imposta pelos Tribunais. Distrato envolve o consenso entre as partes, é o desfazimento do negócio por meio da celebração de outro, voltado justamente para este fim. Portanto, não há que se falar na possibilidade de o promitente comprador resilir o contrato unilateralmente, sem a anuência da parte contrária. E ainda que a revisão do contrato pelo Poder Judiciário seja admitida, esta deveria estar circunscrita à hipótese prevista no art. 317 do Código Civil, não devendo abarcar casos nos quais o promitente comprador pretende desistir do negócio apenas por não mais o julgar vantajoso. A irretratabilidade é imposta por lei a ambas as partes, e qualquer entendimento diverso feriria a isonomia contratual.

É correto, portanto, o entendimento esposado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo o qual deve se exigir do adquirente que pleiteia a resolução da promessa de compra e venda a prova de que não tem condições financeiras de adimplir o vínculo. Ou, não sendo esta a hipótese, é indispensável que o pleito deduzido pelo promitente comprador tenha respaldo na culpa do promitente vendedor, como já se viu, ou na onerosidade excessiva, como se verá.

4 Resolução por onerosidade excessiva e promessas de compra e venda

Poucos setores da economia são tão cíclicos quanto o imobiliário, por serem muitos os fatores a impor certa oscilação no preço do metro quadrado. A cidade do Rio de Janeiro serviu, inclusive, na última década, de ótima ilustração a tal assertiva: escolhida em 2009 como sede das Olimpíadas de 2016, e também como palco da final da Copa do Mundo de 2014, o valor dos imóveis em áreas próximas das futuras instalações olímpicas ou dos equipamentos urbanos necessários à viabilidade dos eventos disparou. A expectativa em torno da expansão da rede metroviária e da revitalização de bairros antes degradados fez com que tanto adquirentes quanto incorporadores especulassem: como tinha gente disposta a comprar, acreditando sempre que o investimento imobiliário é seguro e conservador, as empresas seguiam lançando novas incorporações.

No entanto, quando a Olimpíada finalmente chegou, em 2016, o preço dos imóveis já havia despencado. E o problema, no âmbito das incorporações imobiliárias, era agravado pelo fato de que tais contratos são de longa duração, pois, entre o lançamento e a entrega das unidades autônomas, ao menos três anos, em média, terão se passado.⁴⁸ Assim, inexistia, por parte dos adquirentes, quando do

⁴⁸ Vale considerar que, antes da celebração do contrato de promessa de compra e venda, passível de ser firmado somente após o registro do memorial de incorporação, o incorporador já perdeu tempo

lançamento, expectativa acerca da possibilidade de, nos anos seguintes, o valor revertido à aquisição do metro quadrado naquela ocasião ser superior à quantia necessária para o mesmo fim à época da entrega das unidades.

Veja-se, portanto, que a situação era oposta à justificativa usada como fundamento para a edição do Dec.-Lei nº 58/37: enquanto naquela ocasião a irretratabilidade impediria o promitente vendedor de desistir do negócio em virtude da intenção de se beneficiar da valorização do metro quadrado no curso da execução do contrato, com a crise econômica que atingiu o país a partir de 2014, a questão era saber se o promitente comprador poderia desistir do negócio em virtude da desvalorização do metro quadrado.

Como se viu anteriormente, as hipóteses de desfazimento do negócio se restringem à resolução por inadimplemento ou ao distrato, quando há consenso nesse sentido, por ser a irretratabilidade imposta a ambas as partes. No entanto, o Código Civil prevê ainda a possibilidade de resolução contratual por onerosidade excessiva, assim definida no art. 478 do Código Civil:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato.

Conforme exposto por Ricardo Lira, a onerosidade excessiva terá lugar “quando uma prestação de obrigação contratual, em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível no momento da formação do contrato, se torna, no momento da execução, notadamente mais gravosa do que era quando surgiu”,⁴⁹ daí pleitear-se a sua resolução. Este conceito, atrelado aos contratos bilaterais, envolve casos nos quais “não existe falta da prestação correspondente, mas a sua presença é apenas aparente, pois estará sensivelmente esvaziada de valor”.⁵⁰

Segundo Anderson Schreiber, o fundamento dessa hipótese de resolução não é o inadimplemento, mas sim o “desequilíbrio superveniente do contrato”.⁵¹ Em outras palavras, uma das partes deveria beneficiar-se de tal equilíbrio, enquanto a outra seria prejudicada. O que releva, portanto, para a avaliação da

considerável viabilizando a aquisição do terreno, o desenvolvimento e a aprovação do projeto e o estudo de sua viabilidade. Desse modo, é forçoso reconhecer que o desenvolvimento completo de uma incorporação imobiliária dificilmente se desenrolará por menos de cinco anos.

⁴⁹ LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 159, jan./mar. 1985. p. 11.

⁵⁰ LIRA, Ricardo Pereira. A onerosidade excessiva nos contratos. *Revista de Direito Administrativo*, v. 159, jan./mar. 1985. p. 11.

⁵¹ SCHREIBER, Anderson. *Manual de direito civil contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 476.

presença ou não de onerosidade excessiva em certo ajuste contratual é se e “em que medida uma alteração superveniente à formação do contrato pode afetar seu efeito vinculante”.⁵²

A grande questão, na esfera dos contratos de promessa de compra e venda em incorporações imobiliárias, é que a crise econômica não trouxe benefício aos incorporadores em detrimento dos adquirentes de unidades. Com efeito, se o estudo de viabilidade para o desenvolvimento da incorporação teve por base o valor médio do metro quadrado no período anterior à crise, o custo de aquisição do terreno onde seria desenvolvido o projeto certamente baseou-se neste patamar, sendo a sua depreciação prejudicial também para o incorporador, e não apenas para o adquirente.

Assim, se levarmos em consideração que a crise, por si só, não diminuiria o custo da obra, e o cálculo do Valor Geral de Vendas (VGV) – ou seja, tudo o que seria arrecadado se todas as unidades fossem vendidas – seria fatalmente reduzido porque o preço dos imóveis se depreciaria no curso da incorporação, não há como sustentar a existência extrema vantagem em favor dos incorporadores (promitentes vendedores).

E a respeito da extrema vantagem, cuja presença, em tais hipóteses de resolução, é exigida pelo legislador, esta serviria, novamente na lição de Anderson Schreiber, “para alertar o intérprete de que, diante de contratos bilaterais, a avaliação da excessiva onerosidade superveniente sofrida por uma das partes não pode ser realizada sem consideração sobre o benefício econômico” que advém à outra em contrapartida.⁵³ Assim, a análise da presença de desequilíbrio contratual – pressuposto da hipótese de resolução prevista no art. 478 do CC/2002 – depende da existência de um sacrifício econômico excessivo em contraposição a benefício econômico correspondente.⁵⁴

⁵² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 140.

⁵³ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 235.

⁵⁴ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 235. Esta não é a posição esposada por Ruy Rosado de Aguiar Filho, como se extrai da seguinte passagem: “Além disso, não faz parte do conceito de onerosidade excessiva, e nunca fez, o requisito da vantagem exagerada da outra parte. A onerosidade excessiva justifica uma modificação do contrato ou a sua extinção desde que uma das partes sofra de forma insuportável; pouco interessa se a outra tenha com isso uma vantagem, que poderá não ter. Assim, a redação do Código Civil, nesse ponto, pecou ao introduzir duas condições para a onerosidade excessiva que não deveriam ali constar, daí por que há de se aplicar à relação de consumo o disposto no Código de Defesa do Consumidor” (AGUIAR FILHO, Ruy Rosado de. O novo Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor (pontos de convergência). *Revista EMERJ*, v. 6, n. 24, 2003. p. 23). Todavia, relativamente a tal posição, é importante observar que a solução apontada pelo Código Civil – a resolução do contrato – é mais favorável ao consumidor que a descrita no CDC, que prevê apenas a possibilidade de modificação de cláusulas contratuais ou a sua revisão judicial, mas não impõe a resolução (nesse sentido, v. art. 6º, V, da Lei nº 8.078/90).

Ao contrário do disposto no Enunciado nº 365, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, realizada em 2006 pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal,⁵⁵ a extrema vantagem não é “elemento acidental da alteração de circunstâncias”, mas sim reflexo da onerosidade excessiva: “verificado que esta última incide sobre um dos contratantes, o outro contratante estaria *ipso facto* diante de uma extrema vantagem, na medida em que estaria na iminência de obter uma prestação naquele momento, à luz das condições de mercado”.⁵⁶

As promessas de compra e venda firmadas no bojo de incorporações imobiliárias antes da desvalorização do metro quadrado tornaram-se desvantajosas, portanto, para ambas as partes. De um lado, se era ruim para o adquirente saber que adquiriu imóvel por preço superior ao assimilado pelo mercado no presente, por outro, para os incorporadores, restavam duas opções, igualmente indigestas para o resultado final da incorporação: ou bem vendiam os imóveis em estoque por preço inferior ao praticado à época do lançamento da incorporação, ou assumiam o custo das referidas unidades prontas, até que o preço do metro quadrado oscilasse positivamente, aproximando-se dos patamares anteriores à crise.

E no caso das unidades prometidas à venda antes da crise, é importante observar que a opção de algumas incorporadoras de, diante da desvalorização do metro quadrado, aditar o contrato para assegurar ao promitente comprador um abatimento no preço está em consonância com o disposto no art. 6º, V do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), segundo o qual é direito básico do consumidor a modificação das cláusulas contratuais ou sua revisão em virtude de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas. A ressalva é relevante por estarem as promessas de compra e venda de unidades objeto de incorporação sujeitas também às regras pertinentes às relações de consumo.

Diante de tais circunstâncias, é forçoso refletir, ainda, sobre um outro aspecto abordado pelo legislador ao dispor, no art. 478, sobre a resolução contratual por onerosidade excessiva: a presença de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, que ocasionaram o problema. Para os fins aqui propostos, portanto, é imperioso indagar se a oscilação do metro quadrado pode ser considerada um evento extraordinário e imprevisível.

Caso a resposta fosse positiva, o principal benefício do promitente comprador – a possibilidade de parcelar o preço – poderia tornar inviável, na prática, a execução de diversos contratos de promessa de compra e venda, para além dos

⁵⁵ Enunciado nº 365: “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como um elemento acidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

⁵⁶ SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Jur, 2018. p. 181.

firmados com incorporadoras. Assim, imagine-se que o contrato tenha sido firmado quando da instalação, pela Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, de uma Unidade de Polícia Pacificadora (UPP) na Favela da Rocinha, próxima ao apartamento prometido à venda. Suponha-se que, anos depois, ainda no curso da execução do contrato, a referida unidade tenha sido desmobilizada, tornando mais perigosa a região e, conseqüentemente, desvalorizando o imóvel.

Fatos como o narrado acima acontecem o tempo todo, de modo corriqueiro, fazendo com que o metro quadrado em determinadas áreas oscile para mais ou para menos, todos os anos. A diferença, no caso de crises econômicas, é que a desvalorização ocorre de modo mais uniforme, afetando, como já se disse, também as promitentes vendedoras. Conseqüentemente, se tal variação valorativa é até esperada – dando margem à inequívoca especulação, à qual frequentemente recorrem as partes em tal nicho mercadológico –, não seria razoável considerá-la um evento imprevisível e extraordinário, a não ser que tal oscilação fosse muito expressiva, talvez superior a 50% (cinquenta por cento) do valor original em pouco tempo. Ademais, é importante recordar que a oscilação do metro quadrado foi o fato responsável por despertar a preocupação legislativa que provocou o advento do Dec.-Lei nº 58/37, não sendo razoável, portanto, considerá-la imprevisível e imponderável.⁵⁷

De todo modo, é forçoso admitir que a intenção do legislador, ao impor a irretratabilidade da promessa de compra e venda em mais de uma oportunidade, era impedir justamente que a variação de valor do metro quadrado, uma realidade em negócios do gênero, pudesse servir de justificativa às mudanças de humor ou de interesse das partes envolvidas. Portanto, esta característica essencial do tipo contratual aqui estudado segue mantendo as rotas de fuga bastante restritas, a despeito dos efeitos nefastos da crise econômica iniciada em 2014 no mercado imobiliário.

Conclusão

A irretratabilidade das promessas de compra e venda foi a justificativa encontrada pelo legislador brasileiro para evitar o recurso, pelas partes, do chamado inadimplemento eficiente do contrato, quando a oscilação do metro quadrado tornasse o descumprimento do negócio consideravelmente vantajoso para uma das partes.

⁵⁷ A hipótese é bastante diversa, portanto, daquela que, *e.g.*, envolve o aumento exponencial das prestações a serem pagas pelo promitente comprador em virtude de planos econômicos que imponham mudanças nos índices de atualização monetária, onerando excessivamente o saldo devedor.

Todavia, a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito da possibilidade de a resolução do contrato ser pleiteada pela parte inadimplente desvirtuou-se, a partir de certo ponto, confundindo os conceitos de resolução por inadimplemento e desistência, que são na verdade bastante distintos. Como foi possível averiguar, a lei, ao impor a irretratabilidade, afasta das promessas de compra e venda o direito à rescisão unilateral.

Diante do cenário confuso perante os Tribunais, a Lei dos Distratos Imobiliários (Lei nº 13.786/2018) representa nova manifestação legislativa no sentido de considerar a resolução por inadimplemento ou o distrato como únicas hipóteses legais de desfazimento do negócio. Nesse último caso, é forçoso considerar ser imprescindível o consenso entre as partes, não sendo possível que apenas uma imponha à outra o desejo de desfazer o negócio.

Portanto, se, durante a crise imobiliária no Brasil, muitos promitentes compradores optaram por desistir do negócio por não mais considerá-lo vantajoso, em virtude da oscilação negativa do metro quadrado, é importante observar que a irretratabilidade das promessas de compra e venda impede tal conduta, pois se impõe a ambas as partes. Consequentemente, é correta a orientação jurisprudencial, esposada pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual deve se exigir do promitente comprador a prova de que a execução do contrato é inviável, seja por falta de condições financeiras, seja por força de inadimplemento imputável ao promitente vendedor.

Por fim, foi possível concluir, ainda, que não é razoável considerar a oscilação do metro quadrado como evento imprevisível e extraordinário capaz de caracterizar hipótese de onerosidade excessiva, tendo em vista ser tal fator uma realidade nos negócios imobiliários, com a qual as partes não apenas lidam, mas, como se viu, também especulam.

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

MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 22, p. 73-97, out./dez. 2019. DOI:10.33242/rbdc.2019.04.005.

Recebido em: 17.10.2019

1º parecer em: 25.10.2019

2º parecer em: 27.10.2019