

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

**REVISÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE
COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA: O VALOR RETIDO PELO
PROMITENTE VENDEDOR E A LEGALIDADE DE SEU *QUANTUM***

Andrey Barros de Carvalho Lopes

RECIFE-PE

2018

ANDREY BARROS DE CARVALHO LOPES

**REVISÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA
IMOBILIÁRIA: O VALOR RETIDO PELO PROMITENTE VENDEDOR E A
LEGALIDADE DE SEU *QUANTUM***

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em
Direito, apresentado para a obtenção de título de
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de
Pernambuco

Área de conhecimento: Direito Civil; Direito
Imobiliário; Direito do Consumidor

Orientadora: Profa. Cristiniana Cavalcanti Freire

RECIFE-PE

2018

Andrey Barros de Carvalho Lopes

**REVISÃO E EXTINÇÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA
IMOBILIÁRIA: O VALOR RETIDO PELO PROMITENTE VENDEDOR E A
LEGALIDADE DE SEU *QUANTUM***

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado em de de 2018.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Cristiniana Cavalcanti Freire

Examinador(a) I — UFPE-CCJ

Examinador(a) II — UFPE-CCJ

DEDICATÓRIA

A vida é uma unidade dialética de momentos estáticos e dinâmicos. Irremediavelmente, estaremos ou parados ou em movimento. Alçar vôos ensina como o mundo pode ser grande, complexo e vivaz, ao contrário do provincianismo a que as mentes estreitas estão fadadas. Porém, não é aonde se chega — e sim onde se decide ficar — que define nossa história. Entre estar e ficar reside o ancorar.

Na minha vida, pude ter âncoras e asas. Não pensem em um só momento que âncoras podem me puxar para baixo, pois somente elas dão segurança a um barco aportado contra a turbulência de águas caudalosas e o fado de uma vida errante. Não pensem também que asas podem me deixar longe e distante; apenas depois de voar pude conhecer o mundo e ter a certeza de onde ancorar.

Dedico este trabalho à minha âncora e à minha asa: Anna e Alberto, minha mãe e meu pai.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, à força que ordenou o caos e permitiu-nos estar onde estamos, ser quem somos e querer o que queremos. Seja lá o que isso represente para cada um.

No mais, palavras me faltam para quantificar a importância das pessoas que me cercaram nos cinco anos que culminaram com o presente trabalho.

No âmbito acadêmico, não posso deixar de prestar menções aos professores da Faculdade de Direito do Recife, que exercem o nobre múnus de nos abrir os olhos para os fatos importantes do mundo que nos cerca, sempre com pitadas de Direito. Em especial, agradeço à minha orientadora, a qual sempre mostrou-se, com a sua lhanza costumeira, disponível e atenta às minhas propostas de trabalho.

Às amigadas que fiz também rendo homenagens. Mariana Falcão, Bruno Araújo, Anna Beatriz Borges e Thiago Dueire compõem o meu Olimpo fraterno, tendo-os eu em altíssima conta. A Thiago, por sua vez, guardo aqui mais períodos, vez que, não fosse por sua sugestão, sequer estaríamos tratando do tema do presente trabalho. Ademais, como mensagens subliminares, sabe-se que nossa vida cruzou-se mais de uma vez: na primeira infância, na juventude universitária e na aurora da vida profissional, não representando tais coincidências outra coisa senão os auspícios de uma longa e valorosa parceria.

À Laís Oliveira, minha namorada, guardo lugar de destaque nestes agradecimentos. Saber que se tem pessoa de tão bom coração, de afabilidade tão particular, é saber que se têm sempre palavras doces, sinceras e sábias nas quais se apoiar em momentos de incerteza. Suas atitudes, porém, são o que a diferencia. Minha admiração por Laís — por si só — já me impulsiona a ser uma pessoa melhor, perceber a beleza nas coisas e pessoas, valorizar a simplicidade e abrir meus olhos a um mundo de maior delicadeza. A ela o meu muito obrigado. Em troca dei-lhe meu coração.

Que se dizer de minha família. Diz-se que o papel aceita tudo. Mas nem todo o papel do mundo poderia abarcar tudo que eu teria para dizer. Agradeço imensamente às minhas avós, Raquel Medeiros e Josele Veloso; ao meu avô vivo, José Mauro, cujo inusitado da vida dá sempre novas perspectivas; ao meu avô morto, Alcindo Torres, cuja memória lega exemplos, desafios e saudades de um tempo em que nunca vivi; aos meus tios e tias, em especial meus padrinhos, Carlos Romero e Sílvia Costa, exemplos de relação marital; aos meus primos e primas, em especial meus compadres, Leila e Manoel Simões, pais do meu querido afilhado, Marcelo Simões.

Adentrando o núcleo da relação familiar, agradeço ao meu irmão, Alberto Medeiros Júnior, e a sua esposa, Priscila Bastos, por contribuírem ao bem estar de nossa convivência familiar.

À minha mãe e ao meu pai, Anna e Alberto, por sua vez, todos os louros. Apenas por eles aprendi a importância dos valores familiares e da retidão ética e principiológica, sem necessidade de plateia. A virtude é a sua própria recompensa. Muito embora repetindo o que já escrevi em outra oportunidade, não posso deixar de dizer: a gratidão que eu experimento por tudo que me foi proporcionado reforça a rocha que é o meu amor filial, de modo que, se aqui pode também ser um espaço de confissão, devo dizer: vocês foram e serão, a um só tempo, minhas âncoras e minhas asas, meu intelecto e minha atitude, minha razão e minha emoção, meu cérebro e meu coração.

RESUMO

O presente trabalho contempla o relevante tema da retenção dos valores pagos pelo promitente comprador por parte do promitente vendedor, quando do desfazimento, por culpa daquele, dos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis. Para tanto, demonstra-se como ponto fulcral a atividade judicial na estipulação do percentual de retenção, tendo em vista as carentes balizas normativas e o interesse público na proteção do consumidor. Em seu primeiro capítulo, estabelece-se o liame histórico da legitimação estatal em imiscuir-se na esfera privada para alterar e revisar os contratos. Nesse sentido, demonstra-se como, hodiernamente, a revisão dos contratos pelo poder judiciário é premente quando se demonstrem suas cláusulas incompatíveis como os ditames superiores da justiça, tendo sempre como paradigmas a liberdade contratual e a função social dos contratos. No segundo capítulo, por sua vez, adentra-se objetivamente ao tema, explanando acerca do Direito Imobiliário e sua relevância como ramo autônomo do Direito Civil, sobretudo por seu relevo econômico-social. Ademais, confirma-se a plena aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, uma vez que se enquadram o vendedor e o imóvel nos conceitos claros de fornecedor e produto estabelecidos pelo citado diploma. Em seu capítulo derradeiro, o presente trabalho, além de demonstrar o que há de mais sedimentado no comportamento da jurisprudência no que pertine ao presente tema, sugere elementos objetivos para aplicação acertada do percentual de retenção. Desse modo, tenta-se escoimar incongruências que ainda persistem na prática jurisdicional, dando sentido e alcance aos valores percentuais decantados na jurisprudência. De mais a mais, expõe-se, ainda, em que passo encontra-se projeto de lei que se presta a regular o presente tema, tecendo comentários e críticas.

PALAVRAS CHAVES: Promessa de Compra e Venda. Imóveis. Resilição. Revisão Contratual. Culpa do Adquirente. Retenção de Valores Pagos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I	3
1. O fenômeno contratual pretérito e contemporâneo.....	3
1.1. O nascimento do Estado Liberal.....	3
1.2. A crise do Estado Liberal e o nascimento do Estado Social.....	7
2. A função social do contrato e seus princípios na presente quadra histórica.....	11
3. O CDC e a tutela dos direitos dos hipossuficientes.....	13
CAPÍTULO II	16
4. O Direito Imobiliário e a Promessa de Compra e Venda.....	16
5. A conjuntura econômica e a retração do mercado imobiliário.....	19
6. O CDC e a sua aplicação nos contratos de compra e venda de bens imóveis.....	21
7. Da possibilidade de rescisão contratual.....	23
CAPÍTULO III	29
8. Dos valores pagos pelo promitente vendedor na negociação do imóvel.....	29
9. Do valor a ser retido e seu comportamento jurisprudencial.....	30
10. Prazo para devolução dos valores pagos.....	36
11. <i>De lege ferenda</i> : o projeto de lei do Senado n. 774/2015.....	38
Conclusões.....	41
Referências.....	43

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Brasil experimentou uma onda de bonança no setor imobiliário. O crédito fácil, somado à pujança do setor da construção civil, incentivou o lançamento de diversos empreendimentos imobiliários, tanto empresariais quanto residenciais.

O *marketing* de tais empreendimentos contou com diversos eventos — sempre com vistas a difundir o conhecimento acerca do produto — e promoções, mormente para quem adquiria o imóvel ainda na planta, “comprando”, assim, a confiança no projeto. A expansão do setor foi enorme. Mas nada que causasse grande estranheza, tendo em vista o igualmente enorme déficit habitacional do país e a concorrente facilidade de crédito.

Com a mudança, por sua vez, da conjuntura econômica, muita coisa mudou. O que era pujança transformou-se em especulação e, posteriormente, em desconfiança. Conforme a economia dava sinais de derrocada, crescia o desemprego e, via de consequência, a inadimplência com relação aos diversos compromissos firmados à época da fatura.

Nesse contexto é que se insere o objeto de estudo deste trabalho. No presente momento, um dos principais problemas experimentados pelo comprador de um imóvel na planta diz respeito à resilição do contrato de promessa de compra e venda do imóvel.

Várias questões são levantadas no citado momento. O objeto, porém, do presente estudo, ficará circunscrito à controvérsia relacionada ao *quantum* que pode ser retido pelo promitente vendedor do imóvel quando da resilição contratual por culpa exclusiva do promitente comprador, nos contratos tidos como de consumo, ou seja, quando figure o promitente vendedor como fornecedor, nos moldes do Código de Defesa do Consumidor.

Sabe-se que a construtora/incorporadora, ao expor à venda um imóvel, possui diversos gastos. Procede ao pagamento de impostos, contribuições, corretagem e possui, ainda, a despesa com a publicidade para a venda do imóvel. Não se discute, contudo, a justeza da supracitada retenção, mas sim o seu *quantum*, ou seja, o valor percentual que a empresa pode guardar, a título de multa e como forma de compensação.

Para tanto, nessa esteira, nunca se poder perder de vista que a unidade habitacional objeto do contrato a ser resilido voltará ao mercado pelas mãos da imobiliária, muitas vezes até mais valorizada que antes. Portanto, há de se analisar o *quantum* a ser retido sempre à luz do

Código de Defesa do Consumidor e dos princípios gerais que permeiam os contratos. Assim, cumpre atingir o objetivo de dar especial tutela aos direitos da parte contratante mais vulnerável, vislumbrando, outrossim, o balanceamento da equação econômico-financeira do contrato para que este cumpra a sua função social, impedindo o enriquecimento de umas das partes como consequência da excessiva oneração da outra.

Trata-se de tema de relevo, diante das atuais contingências, cuja análise mostra-se imprescindível ao presente momento jurídico que envolve o setor imobiliário. Ademais, é, ainda, o objeto deste trabalho, tema pouco explorado, como se observa da até agora divergente jurisprudência que se revela e da esparsa doutrina que trata a respeito. Tais fatos apenas ratificam a importância da presente análise e as alvíssaras que recaem sobre ela na presente quadra.

CAPÍTULO I

1. O FENÔMENO CONTRATUAL PRETÉRITO E CONTEMPORÂNEO

Até que ponto o Estado pode interferir em relações de cunho eminentemente privado, sobretudo nos contratos? Essa provocação guarda o que há de mais tormentoso quando se trata das relações contratuais.

1.1. O NASCIMENTO ESTADO LIBERAL

O contrato, liberal e consensual, foi o zênite de uma época em que a proteção das liberdades individuais era duramente insculpida em pedra. A passagem do antigo regime para o Estado Liberal, corolário das diversas revoluções burguesas que tomaram lugar — silenciosamente, ainda no século XVI, e estrondosamente, no século XVIII —, trouxe consigo diversas consequências.

Desde o renascimento comercial, experimentado ainda no século XVI, com a redescoberta das rotas comerciais na Europa, os comerciantes vinham destacando-se no *savoir-faire* da baixa Idade Média. Desligados do ideário aristocrático, produziam e comercializavam.

Tendo em vista a inocuidade de assim proceder no contexto autofágico do feudo, reuniram-se os mercantes em pontos estratégicos que serviam de entrepostos de rotas comerciais. Instalavam-se, assim, sobretudo nas adjacências de castelos ou mosteiros, na busca sempre da proteção institucional que tais edificações poderiam fornecer.

Alguns aldeamentos assumiram, assim, papel pioneiro nessa nova organização social: formaram os burgos. E com eles, via de consequência, vieram os burgueses. A bem aventurança dessa empresa fez com que os seus empreendedores ganhassem cada vez mais notoriedade e força nas malhas sociais.

De fato, estava em curso uma verdadeira mudança de paradigma. A interiorização, a descentralização política e o coletivismo — representado pelo regime servil —, causados pela necessidade de proteção diante das comuns invasões bárbaras, durara séculos. Da nobreza, nenhuma mudança podia-se esperar. Estamento dominante, possuía riqueza organicamente ligada à terra, motivo pelo qual nada tinha que fazer em agrupamentos urbanos.

À contramão, os burgueses traziam ideais opostos. Cada vez mais influentes — dado o crescente poderio econômico —, seu ideário era revolucionário. Com efeito, muito embora hoje seja difícil de conceber, um dia a burguesia foi revolucionária.

Buscavam, assim, os mercadores, agrupamentos sociais citadinos, vez que o maior fluxo de pessoas comungava com a dinamicidade do trato mercantil. Sendo assim, buscavam suplantar a força interiorizadora advinda da quadra feudal.

Outrossim, os burgueses tinham em mente a centralização política. A proteção institucional que buscavam quando de sua instalação nas adjacências de castelos e mosteiros mostrou-se deveras útil à mercância. A delimitação de uma área de influência protegida por autoridade central reforçava a proteção estrutural de que necessitavam os burgueses contra saques e pilhagens de outros povos e dava alguma segurança jurídica a seus negócios. Não é coincidência datar desta época a formação política dos primeiros estados nacionais, sendo certo que estes formaram-se pela união entre um forte rei — nobre legitimado à unificar um reino sob um estandarte e um exército de vassalos — e uma burguesia forte, que ao mesmo tempo possuía dinheiro e precisava de proteção.

Ademais, o individualismo era sentido como a pedra de toque das relações modernas. Esta virada de perspectiva influenciou da arte à religião; do comércio à política. Se no meio das artes o retrato torna-se particularmente importante¹, sendo este, agora, sempre assinado por seu “autor”, um dos pilares da Reforma Protestante foi o acesso individual — e sem intermediários — a Deus. Se o comerciante buscava a proteção de seu negócio particular, o Estado centralizara-se em torno de um soberano. O indivíduo, desta feita, passou a ser entendido como centro imanente de inspiração.

Nessa esteira, digno de nota é o renascimento de uma economia monetarizada, tendo em vista a reutilização do dinheiro. No ambiente autofágico do feudo, tudo que se consumia era produzido *interna corporis*, sendo desnecessária qualquer abstração cambial no trato de relações tão concretas. De mais a mais, a parca utilização de moedas nos ambientes feudais era improlífica, vez que apenas serviam no feudo em que eram produzidas, dado o seu não reconhecimento por outros feudos.

¹ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito na História: Lições Introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012. P. 166.

De sua sorte, o ambiente dinâmico do burgo tornava premente utilização de objeto fungível o bastante para que se pudesse representar satisfatoriamente equivalências entre os produtos *in natura*. Metais preciosos, assim, passaram a ser utilizados como correspondentes de equivalências entre produtos. Logo esses metais foram cunhados pela autoridade central, visto que poderiam ser rentável fonte de receita, e a fazenda monetarizou-se, plantando-se o gérmen da economia capitalista.

Nevrágico para a sedimentação de tal guinada foi, sem sombra de dúvida, o movimento reformista. De fato, não é coincidência que os países de capitalismo mais avançado sejam os de formação protestante. O centro-norte da Europa, berço do movimento, foi severamente influenciado pela nova ética que o protestantismo, apesar de suas várias denominações, buscava transmitir.

Talvez, nessa toada, o aspecto mais relevante a se salientar tenha sido a justificação moral que o protestantismo deu ao trabalho mundano, máxime por uma reinterpretação do conceito de “vocação”. Muito embora termo conhecido de outras época, a partir de Lutero ele assume significação que se conforma com as mudanças intercorrentes.

O que sob a égide do catolicismo era tido como secundário e até inútil, o trabalho secular foi, pelos protestantes, assumido como verdadeiro chamamento divino. O asceticismo monástico pregado pelos católicos não era bem aceito pelos protestantes, os quais viam, no cumprimento das obrigações impostas ao indivíduo por sua posição no mundo, a forma mais divina de moralidade².

Nesse sentido, a bem aventurança no exercício de atividade específica, para os protestantes, nada mais demonstrava que retidão no caminho proposto pelo chamamento de Deus. Era, inegavelmente, sua vocação. Portanto, ao mesmo tempo em que se trabalhava em prol da acumulação de riqueza, trabalhava-se em prol da salvação da alma.

Ocorridas todas essas mudanças, logo a então classe emergente, mais sintonizada com o espírito do tempo, tornou-se classe hegemônica. Os burgueses, assim, passaram a ser detentores dos meios econômicos que movimentavam os estados nacionais. Sem embargo, os estados que eles ajudaram a formar concederam poder absoluto à figura do monarca, haja vista as contingências da época em torno da causa unificadora. Contudo, tal necessidade esvaziou-se.

² WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Mário Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2013. P. 96.

O Absolutismo, há de se dizer, exerceu um papel fundamental no Estado Moderno e no estabelecimento das bases que permitiram o desenvolvimento da economia capitalista³. Nada obstante, o intrometimento excessivo do Estado no metier burguês cristalizou a necessidade de impor limitações ao poder estatal. Despontava aí uma vanguarda iluminista, a qual racionalizava o Estado e dava as bases à pretensa limitação de seu poder.

Nesse momento histórico é que surgem os primeiros movimentos constitucionalistas, sempre com vistas a entabular documento fundante em que se insculpissem os direitos inerentes ao indivíduo, oponíveis contra o Estado. A presença do Estado nacional, a consagração do indivíduo como ser autônomo e independente e, agora, o anseio por um texto normativo regulador da relação entre ambos constitui a formatação do arcabouço que dá ensejo à assunção dos direitos fundamentais da liberdade, da igualdade e da propriedade privada⁴.

Por razões políticas e sociais complexas, essas três condições apresentam-se reunidas somente na segunda metade do século XVIII. Nesse período, encontram-se, dos dois lados do Atlântico, textos de Declarações de Direitos que, pela primeira vez na história, enunciam e garantem direitos fundamentais.⁵

Trata-se, de fato, da transição entre o Estado Absolutista para o Estado Liberal. A Revolução Francesa, em 1789, foi justamente o fato histórico que marcou a citada transição:

(...) por elevar o indivíduo e sua vontade e promover a separação entre Estado e Sociedade a partir da premissa básica de que a liberdade dos indivíduos originava-se não do *status* nobiliárquico ou clerical, mas sim pela sua própria vontade, pela titularidade de direitos e deveres pelos indivíduos, agora sujeitos de direito.⁶

Muito embora se reconheça hoje a contradição encerrada na revolução de 1789, chegando Dimitri Dimoulis a consignar que esta adicionou novo elemento à filosofia política: a hipocrisia⁷, não se pode deixar de reconhecer o movimento como de vanguarda. Nada obstante

³ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. P. 72.

⁴ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 22-23.

⁵ *Idem, ibidem*. P. 23.

⁶ CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. P. 24.

⁷ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 26.

haver desigualdade no próprio terceiro estado, sendo tratada a maioria como *chair à canon* (“alimentação de canhões”) pela elite burguesa que detinha o poder de fato, reconhece-se em tal crise entre Estado Absolutista e Estado Liberal o paralelo da crise estabelecido por Antonio Gramsci: período em que o velho ainda não morreu e em que o novo luta para nascer. Nesse interregno, toda sorte de sintomas mórbidos sobe à superfície.

Por tais direitos — liberdade, igualdade e propriedade privada —, os quais poderiam dar a segurança então necessária às relações privadas, é que se lutou nas revoluções burguesas. Tais movimentos revolucionários gravaram em rocha a vigência de tais preceitos, tornando-os quase inquestionáveis. Deste modo, a manifestação livre da vontade de um indivíduo possibilitava-o contratar nos termos que lhe aprouvesse, dispondo de sua propriedade em pé igualdade com seus pares, visto que seria o único senhor de suas posses.

Esse caldo de mudanças, em todos os aspectos, cristalizou certas características que marcaram a época, sendo uma delas, sem dúvida, a sacralização do contrato. Para a nova classe dominante — a burguesia —, o contrato simbolizava o ponto máximo da liberdade adquirida a duras penas. Sendo assim, não se admitia qualquer ingerência sobre o contrato, tendo em vista representar disposição consciente e voluntária da liberdade reconhecida a todo indivíduo. Seguia-se, invariavelmente, a máxima romana: *pacta sunt servanda*.

Esse panorama geral, na seara contratual, teve como principal característica o movimento codificador civil, cujo expoente maior é o Código Napoleão, de 1804; e, no Brasil, o Código Civil de 1916. Tais códigos positivavam a preocupação dos burgueses com as relações privadas, dando previsibilidade ao trato civil e, via de consequência, segurança jurídica.

Tal é o modelo liberal do contrato, o qual tem encontro marcado com as críticas ainda no fim do século XIX início do século XX, devido a diversos movimentos que davam maior nitidez às profundas desigualdades econômicas e sociais que o modelo liberal estava a gerar. Tudo isso já representava uma grita contra individualismo excessivo, os direitos absolutos de propriedade e o emprego desmedido da liberdade contratual.

1.2. A CRISE DO ESTADO LIBERAL E O NASCIMENTO DO ESTADO SOCIAL

Como já foi bem dito por outros, a crise do Estado Liberal, com a intervenção do Estado na atividade privada, marcou também a crise das codificações liberais e da própria concepção

pretérita de contrato, tida como clássica.⁸ Trata-se, de fato, da passagem do Estado Liberal para o Estado Social.

O novo contexto social presente na Europa em fins do século XIX e início do século XX, dos movimentos sociais operários, do avançado processo de industrialização e da massificação dos meios de produção e de distribuição de produtos, os quais contribuíram para a corrida imperialista que desaguou na Primeira Guerra Mundial, foi o matiz da mudança. O direito civil europeu viu-se fortemente questionado, ao passo que as novas circunstâncias demandavam respostas positivas do Estado, que se tornou ator ativo nas novas relações sociais.

Deste modo, tornou-se premente a intervenção do Estado na economia, de modo a regular e criar um ambiente propício e sem distorções, sadio à prática da mercancia. Nessa toada, o Estado passa a imiscuir-se em ambientes em que outrora era rechaçado. Tratava-se de ambientes regulados, em outros tempos, somente pelo Código Civil, mas que agora reconheciam a presença do Estado como necessária.

De fato, tratou-se do reconhecimento, frente às contingências do tempo, de que a ideia de um código estanque, que regulasse, a todo momento, todo o tipo de atividade, era uma quimera. Um texto normativo, por mais completo que possa ser, será sempre limitado por seu tempo e lugar, de modo que não se pode querê-lo eterno.

Daí porque tal crise do Estado Liberal também é chamada de crise do movimento codificador. Muito embora se reconheça a importância dos códigos, ocorre que se percebeu, já longe de seu afa, que sua limitação era palpável frente à ebulição social que marcou a virada do século XIX para o século XX.

Sendo assim, a partir das desigualdades econômicas geradas nesse processo de mudanças sociais, com a consequente necessidade de intervenção do Estado, entendeu-se o Estado Social como sendo a síntese do Estado Liberal. Tratou-se, em verdade, do aproveitamento dos direitos conquistados pelos burgueses, somados à atividade estatal, sempre com o intuito de evitar as vis distorções que a economia capitalista pode causar quando totalmente desregulada e completamente nas mãos dos donos dos meios de produção.

A igualdade formal, conquistada pelos burgueses em suas revoluções, dava lugar, diante dos novos turbilhões sociais, à busca por uma igualdade material. Tal busca, intensificada pelas

⁸ *Idem, ibidem*. P. 45.

pressões populares advindas do processo de industrialização nas emergentes potências europeias no último quarto do século XIX, trouxe a reboque referências à solidariedade e à existência de direitos sociais.⁹

A jusante desse processo é que surge o chamado Estado Social. De fato, o primeiro texto constitucional a prever a existência de direitos sociais, os quais deveriam ser prestados positivamente pelos estados, com vistas a garantir certos padrões mínimos de dignidade, foi a Constituição Mexicana de 1917. Em seu primeiro capítulo encontram-se presentes direitos sociais que pouco se dissociam dos que são previstos na Constituição da República de 1988.

Apenas um ano antes, em 1916, o Brasil promulgava o seu primeiro Código Civil. Antes dele, as relações privadas ainda eram reguladas pela Consolidação das Leis Civis, de Teixeira de Freitas. Nada obstante a movimentação crítica frente ao modelo liberal e a já em marcha assunção do Estado Social, o Código Privado de 1916 consagrou o que havia de mais vetusto, sendo influenciado, diretamente, ainda pelo Código Napoleão, de 1804.

Mas tais movimentações não passariam pelo mundo jurídico sem deixar moça nem bossa em terras brasileiras. Por essa razão, Gustavo Tepedino divide em três fases a intervenção do Estado na atividade privada brasileira. A primeira fase é apontada como sendo exatamente posterior à promulgação do código de 1916, consistindo em leis esparsas e setoriais que, muito embora não neguem a contingência do Código Civil, preveem intervenções estatais n'algumas relações privadas específicas.¹⁰

A segunda fase dá-se a partir da década de 1930, mormente pela ideia geral estatizante da Era Vargas, por meio da qual se via o Estado como fio condutor de qualquer proposta de desenvolvimento nacional. Sendo assim, a perspectiva começa a mudar, podendo-se observar textos normativos que, a despeito de qualquer ideia emergencial, setorial ou conjuntural¹¹, disciplinam matérias para além do previsto no Código Civil, e, em muitos casos, sob o pálio estatal.

⁹ DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 22-23.

¹⁰ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado - RDE, abr./jun. 2006. Ano I, n. 2: 37-53.

¹¹ *Idem, ibidem*.

(...) surgindo assim, ao lado do Código Civil, leis especiais, ou seja, já passava a existir, ao lado do direito comum, um direito especial, o que confrontava justamente o ideal de completude e exclusividade acima exposto.¹²

Estribado em tais textos normativos, o Estado passou a ser protagonista em políticas assistenciais, que visavam à integração da população marginalizada pelo descontrole da atividade econômica desregulada, em contraponto à política liberal do século anterior¹³.

E mais: por essa época, verificou-se também a introdução, nas constituições, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada, restando demarcados os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle de bens.¹⁴

Observa-se, com efeito, a partir daí, o ponto de inflexão da passagem do Estado Liberal clássico para o Estado Social na realidade brasileira, tornando-se, a olhos vistos, o Estado, promotor assíduo de políticas públicas sociais e econômicas, em prol do bem comum social.

Já a terceira fase corresponde à coroação de tal mudança que de fato ocorreu na sociedade. Muito embora desde a constituição de 1946 se pudesse observar tímidas convergências para o modelo que se inaugurou em 1988, não se pode negar que foi a atual Constituição da República que deu vigência estrutural a tal modelo de Estado.

O arcabouço de direitos e princípios fundamentais prescritos no texto-mor fez com que houvesse mudanças em todos os códigos então vigentes. A observância a tais direitos e princípios mitigou a aplicação direta do Código Civil, que teve de se readaptar devido à reverência que deveria prestar ao novo texto constitucional. A dignidade da pessoa humana, a proteção à parte mais fraca, a função social dos contratos e a proibição do abuso de direitos tornaram-se planos interpretativos indissociáveis das novas relações privadas. Não se estranha que, a partir daí, surgiram estatutos jurídicos pensados justamente à consagração desse novo arcabouço principiológico-normativo, cujo expoente é, sem sombra de dúvidas, o Código de Defesa do Consumidor — CDC, de 1990.

¹² CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. P. 44.

¹³ *Idem, ibidem*. P. 44.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado - RDE, abr./jun. 2006. Ano I, n. 2: 37-53.

2. A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E SEUS PRINCÍPIOS NA PRESENTE QUADRA HISTÓRICA

Toda a crise na concepção clássica dos contratos adveio da percepção da desigualdade que um ambiente desregulado pode ocasionar. O *pacta sunt servanda*, levado até suas últimas consequências no auge das codificações, prestou-se a gerar fortes distorções na malha social, dando ao direito privado um jaez privatista e patrimonialista, ou seja, tornando-se, em verdade, instrumento em favor de elites econômicas.

A autonomia da vontade, a igualdade e a disposição consciente do patrimônio foram percebidos sob uma ótica excessivamente formalista, cabendo a áridos aspectos objetivos de manifestação da vontade aferi-los. Presente e seguido o receituário legal, tudo estaria conforme o direito, contra o que não se poderia levantar qualquer dúvida, vez que o rito havia sido respeitado.

Fácil era, nessa esteira, o abuso, pela parte mais forte, dos direitos encartados de maneira absoluta pelas codificações civis. Percebeu-se, com o tempo, que foi prolífica a luta de outrora contra a ingerência do Estado no âmbito disponível do patrimônio de um súdito, rendendo, sem embargo, frutos e espinhos. Os espinhos, de sua sorte — as distorções que já eram percebidas a olhos vistos pelos cada vez mais comuns desequilíbrios contratuais —, assumiram sua face mais crua quando do advento da segunda Revolução Industrial, na segunda metade do século XIX, o que representou a aurora de uma sociedade de consumo, cada vez mais massificada, com uma cada vez maior classe de vulneráveis.

Sendo assim, notou-se que a inércia do Estado em regular tais situações de injustiça, de modo a proporcionar a igualdade prestacional de todo contrato, também era uma ingerência, nesse caso, negativa. O Estado, a partir daí, passou a estabelecer limitações ao direito de contratar, imiscuindo-se de maneira positiva na manifestação das vontades do contratantes, tanto de forma legal, *a priori*, como de forma judicial, *a posteriori*. Surge, desta feita, o dirigismo contratual, conceito que observa um cada vez maior interesse público nos atos privados, fato que atrai, naturalmente, o poder público. Nesse contexto:

O dirigismo contratual tem lugar historicamente pela percepção das desigualdades econômicas entre as partes e dos desequilíbrios contratuais, e pela percepção da insuficiência, e mesmo despreocupação, da lei de outrora para combater tais fatores. Em

outras palavras, tem lugar em virtude de uma crise da concepção liberal do contrato, já existente.¹⁵

O Estado, assim, numa tentativa de contemporizar as novas contingências da sociedade e seus conflitos emergentes, por meio de leis, edita normas de ordem pública as quais não visam apenas a garantir a correta e escoreita manifestação da vontade, mas que de fato regulam em que termos se pode contratar.¹⁶ Tudo isso na busca incessante da justiça e do equilíbrio contratual.¹⁷

A tônica excessiva do Código Civil em torno do sujeito de direito cede à atenção do legislador especial para com as atividades, seus riscos e impacto social, e para a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado.¹⁸

Se a autonomia da vontade rendeu apenas a alguns indivíduos uma concentração de riqueza aviltante, premente era a presença do Estado — por meio da formulação de leis —, com vistas a compensar a desequilibrada balança da autonomia da vontade, coxeada pelo poder econômico. Isso é a formatação do Estado Social, que visa à satisfação de interesses muitas vezes estranhos às partes, porém invariavelmente úteis à coletividade, conformando o interesse social.

Outrora ampla e irrestrita, epitomizando a conquista dos direitos da burguesia de bem contratar e fazer circular riqueza, a autonomia da vontade é restringida e estreitada, de modo a encerrar em si mesma também os projetos coletivos. Como se popularizou dizer, no Estado Social tem-se uma *autonomia regradada da vontade*.

Estando a autonomia da vontade mitigada em favor do interesse social, é bem possível dizer que também o estão todos os princípios dela derivados e que também regem as relações contratuais clássicas, como a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos e a relatividade de seus efeitos apenas às partes. No lugar desses princípios pode-se observar a permuta pela

¹⁵ CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. P. 51.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado - RDE, abr./jun. 2006. Ano I, n. 2: 37-53. P. 40.

¹⁷ CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. P. 52.

¹⁸ TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado - RDE, abr./jun. 2006. Ano I, n. 2: 37-53. P. 42.

principiologia da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e da equivalência material das prestações contratuais.¹⁹

Nesse espeque, por conseguinte, pode-se vislumbrar uma nova principiologia contratual, a qual manteve os princípios clássicos, somando a esses, contudo, novos atores que vieram a dar-lhes maleabilidade. Desta feita, à autonomia da vontade somou-se a supremacia da ordem pública — seu limite natural; à obrigatoriedade da convenção, a boa-fé; à relatividade da convenção, a sua função social.²⁰

Em apertada síntese, tem-se que a crise do Estado Liberal para Estado Social trouxe consigo, com efeito, verdadeira mudança de paradigma. Sob tal ótica, passou-se da autonomia da vontade pura para o regramento da lei; da transubstanciação dos princípios liberais para os sociais; do contrato focado no indivíduo para o contrato focado na coletividade. O contrato tornou-se, portanto, instrumento de interesse do Estado, tornando-se o *leitmotiv*, não somente no que tange ao desenvolvimento econômico, mas também no que tange ao desenvolvimento social.

3. A CONSTITUIÇÃO, O CDC E A TUTELA DOS DIREITOS DOS HIPOSSUFICIENTES

A Constituição de 1988 coroou a era social dos contratos. Anteriormente, limitando-se a previsão de direitos especiais por legislação extravagante contingente, a constituição previu em seu texto direitos fundamentais que limitam a autonomia da vontade, representando a opção do legislador pelo Estado Social. Ademais, como corolário da ampla intervenção na atividade privada, o projeto de utilização do contrato como instrumento da construção econômica e social de uma sociedade mais justa encontra guarida no capítulo sobre a ordem econômica e social.

Muito embora ainda vigesse o vetusto Código Civil de 1916, este teve de reinventar-se diante do rol de direitos previstos pelo texto magno. Tendo em vista o patente anacronismo do código privado, foram-se disseminando os “estatutos”, que verdadeiramente subtraíram do Código Civil diversas competências normativas. Assim foi a Lei de Locações, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, o qual marcou a nova forma de contratar

¹⁹ CUNHA, Wladimir Alcibiades Marinho Falcão. **Revisão Judicial dos Contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002**. São Paulo: Método, 2007. P. 53-54.

²⁰ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 316.

observando-se o desequilíbrio contratual diante de relações pautadas pela vulnerabilidade do consumidor.

Tal desequilíbrio contratual decerto traria reflexos no conteúdo dos contratos firmados nas relações de consumo — todas aquelas em que há vínculos contratuais ligando um consumidor a um profissional fornecedor de produtos ou serviços. Daí surge a necessidade de o direito regular tais relações contratuais de modo a assegurar o justo fiel da balança de direitos e obrigações das partes, harmonizando as forças do contrato através de uma regulamentação especial.²¹

Observa-se, com efeito, que, na experiência brasileira, a intervenção estatal nas relações privadas ocorreu sobretudo em face da positivação do Código de Defesa do Consumidor, tratando-se, em verdade, da defesa do consumidor como um dever do Estado e um direito de todos. Tudo isso com a chancela da Constituição, a qual, em seu art. 5, que define os direitos e garantias fundamentais, inciso XXXII, insculpiu que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

De mais a mais, não se pode deixar de pontuar a presença da defesa do consumidor também matizando a ordem econômica, como se observa no art. 170, inciso V, da Constituição da República, a saber:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

V - defesa do consumidor.

Tal disposição constitucional, mormente quando presente no capítulo que trata da ordem econômica, deixa clara a intenção do constituinte de fazer com que o Estado intervenha no conteúdo material dos contratos com fito de reequilibrar e harmonizar as relações de consumo tomadas entre consumidores e fornecedores. Tem-se, com já dito alhures, o contrato como um instrumento de desenvolvimento econômico e social.

²¹ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. P. 269.

Confirmando o caráter constitucionalmente adequado do Código de Defesa do Consumidor — CDC, tem-se em seus dispositivos uma ratificação do que a constituição propugna, senão veja-se, logo em seu artigo inaugural:

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

(...)

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: (Redação dada pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

II - ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

a) por iniciativa direta;

b) por incentivos à criação e desenvolvimento de associações representativas;

c) pela presença do Estado no mercado de consumo;

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho.

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

(...)

Nitidamente verifica-se a intenção estatal de compensar a hipossuficiência do consumidor pela hipersuficiência do próprio Estado, agindo este sempre como equalizador de forças. Vê-se, portanto, uma verdadeira tentativa de contrabalançar o poder econômico privado por meio da intervenção do poder público. No que tange ao conceito de consumidor e fornecedor de bens e/ou serviços, não se observa grande controvérsia, tendo em perspectiva a conceituação expressa do CDC, em seus artigos 2 e 3.

Tendo em vista o exposto, observa-se que em boa hora tratou a Constituição da República de insculpir em seu texto magno disposições atinentes à limitação ao direito de contratar

e à função social do contrato, as quais coadunam com a atual quadra histórica. Trata-se de fato natural, que apenas reconhece na evolução histórica dos contratos e consagra a sociedade como um organismo vivo e complexo, não contingenciada por leis ou códigos que se presumem completos e atemporais.

Como corolário de tal assunção, houve a proliferação de estatutos que reconheceram a necessidade de tratamento especial a diversas searas sensíveis, sendo o mais simbólico deles o Código de Defesa do Consumidor, que representou tal virada de perspectiva acerca das relações privadas. Mesmo o Código Civil de 2002 deu eco a tal movimento renovador, reconhecendo a presença de uma função social que todo contrato tem a desempenhar, ratificando ser ele, de fato, instrumento, tanto privado quanto público, que se presta ao desenvolvimento tanto econômico quanto social.

CAPÍTULO II

5. O DIREITO IMOBILIÁRIO E A PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Presentemente, não é grande a discussão acerca de ser o direito imobiliário ramo especial do Direito Civil. Nada obstante as mais diversas tentativas de conceituar tal ramo especial, nenhum conceito consegue contingenciar todas as particularidades que envolvem o direito imobiliário, haja vista sua extrapolação do mundo jurídico e invasão das ciências sociais, econômicas e das políticas públicas habitacionais.

Deste modo, há de se aceitar que, de fato, o direito imobiliário merece estudo autônomo, sobretudo em face dos princípios constitucionais que tratam acerca do direito à moradia, fato que impõe certa abordagem social ao tema e que tem na escassez habitacional um dado constante.²²

O contrato, instrumento privilegiado das trocas de bens ou de serviços a título oneroso, caracteriza-se, na qualidade de categoria jurídica, por seu elemento subjetivo - o acordo de vontades; e por seus elementos objetivos - a utilidade e a justiça. Da finalidade *utilidade* deduzem-se os princípios subordinados de segurança jurídica e cooperação. Da finalidade de *justiça* deduz-se

²² RÊGO, Werson. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 47.

a procura de igualdade das prestações pelo respeito a um procedimento contratual efetivamente equitativo.²³

Tomando de empréstimo o conceito filosófico formulado por Kant²⁴ — a autonomia da vontade — e enxertando-o no trato do direito privado, construiu-se um conceito de contrato que, a um só tempo, torna-o exercício de uma liberdade e alienação voluntária de liberdade. Por tal fato, ninguém é obrigado a contratar. Cabe a cada um o exercício de balanceamento entre obrigação e proveito, procedendo-se a um juízo de equalização entre partes de modo a viabilizar a relação contratual. Caso uma das partes considere desinteressante a proposta tratada, não se realiza a relação contratual e, via de consequência, não há obrigação entre as partes.

A título excepcional, não se pode deixar de mencionar — mormente em uma sociedade moderna — a existência dos contratos *necessários*, acerca dos quais pelo menos uma das partes não manifestou intenção imediata de convencená-los. Muito embora soe como um contrassenso aos princípios contratuais insculpidos pelo liberalismo, vale dizer que a manifestação da vontade constitutiva do vínculo é decorrência obrigatória de prévia declaração contratual voluntária. Dá-se como exemplo de tais contratos os que ensejam serviços de energia elétrica e água, o seguro obrigatório DPVAT e o contrato de depósito de quem contrata a hospedagem. Se não há vontade livre para contratar o contrato necessário, era-o quando se optou por contratar o voluntário que o deriva.²⁵

O direito de contratar é, portanto, forte no artigo 5º, inciso II, da Constituição da República, ato de vontade por meio do qual os contratantes livremente se obrigam ao cumprimento das obrigações entabuladas no pacto. Forma-se, portanto, a partir das obrigações às quais se cingem os contratantes, um vínculo recíproco entre as partes, sendo tal liame juridicamente qualificado no sentido de cada uma delas titularizar o direito de exigir da outra o cumprimento de uma prestação.²⁶

Nessa esteira e adentrando mais especificamente ao objeto do presente estudo, a compra e venda, sem pestanejar, é o contrato mais importante de todos, vez que, dentre os mais diversos

²³ ALLAND, Denis (org.). RIALS, Stéphane (org.). BENEDETTI, Ivone Castilho (trad.). **Dicionário da Cultura Jurídica**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012. P. 311.

²⁴ KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes**. Trad. Clélia Aparecida Martins [primeira parte]; Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof [segunda parte]. Petrópolis: Vozes, 2017. P. 76 e 77.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol. 3: Contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 74 - 75.

²⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 17.

contratos, é o que produz consequências mais evidentes. É a compra e venda de bem imóvel espécie do gênero negócio jurídico imobiliário. Sua influência socioeconômica é inestimável, fazendo circular riquezas e bens, influenciando o comércio e gerando empregos.²⁷

Como toda compra e venda, trata-se a de bem imóvel de contrato por meio do qual o vendedor se obriga a transferir o domínio de certa coisa e o comprador de prestar-lhe contrapartida em dinheiro ou valor fiduciário equivalente. Por prever obrigações a ambas as partes — de um lado de dar e de outro, pagar —, trata-se de contrato *bilateral*. Ademais, é *consensual*, visto que a compra e venda, quando pura, considera-se obrigatória e perfeita desde que as partes tenham acordado no objeto e no preço.²⁸

No direito imobiliário, vale dizer que, talvez tão comum quanto a compra e venda, seja o contrato de promessa de compra e venda. Trata-se de modalidade especial de contrato preliminar de compra e venda de bem imóvel. Tal espécie de contrato preliminar tornou-se típica pelo seu vasto uso, convertendo-se em contrato nominado e inteiramente autônomo por força de lei.²⁹ Por esta modalidade contratual se transfere a utilidade — *jus utendi*, e a fruição ou direito de gozo — *jus fruendi*, relativos ao imóvel que é objeto do contrato. Uma vez pago o preço estipulado, está o promitente vendedor obrigado a transmitir o domínio ao promitente comprador.

Apenas pelo contrato, como se sabe, não se transfere o domínio de coisa alguma. Trata-se o vínculo gerado de vínculo pessoal, o qual, muito embora perfeito e acabado com o acordo de vontades, não se encontra aperfeiçoado, tendo em vista não possuir, por si só, o condão de transladar o domínio da coisa. Há, portanto, do firmamento do contrato, apenas vínculo obrigacional. Aperfeiçoa-se, desta forma, a compra e venda, com a tradição, para os bens móveis, e com a transcrição do título translativo no registro de imóveis, quando se trata de bens imóveis.

Urge destacar, portanto, que a transferência da propriedade de um bem imóvel é circundada por algumas particularidades. Além da já citada, mencione-se a celebração — salvo raríssimas exceções — através de instrumento público. A *solenidade*, desta feita, é também uma das características do contrato de compra e venda de bem imóvel.

²⁷ *Idem, ibidem*. P. 60.

²⁸ RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. **Compra e venda de imóveis e ação “ex empto”**: estudo sobre os artigos 500 e 501 do novo código civil. 4.ed. Franca: Lemos & Cruz, 2015. P. 29.

²⁹ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 371.

A compra e venda de imóveis, bem como sua promessa, vincula a partes contratantes. Segundo o ilustre mestre Orlando Gomes, quem contrata deve honrar a palavra empenhada e conduzir-se conforme prometeu. Sendo assim, devido a força vinculante, característica dos contratos em geral e assim também dos de compra e venda de imóveis, seria característica sua a *irretratabilidade*.³⁰ Uma vez perfeito e acabado, só poderia o contrato ser desfeito por outro acordo de vontades que se sobrepusesse ao inicial — o distrato (ou rescisão bilateral). Muito embora haver exceções, tal regra se impõe.

Assim como não pode ser desfeito por vontade de uma das partes, não pode também o contrato ser alterado de forma unilateral. Não é aceito, portanto, modificação de conteúdo que não resulte de mútuo consenso. Trata-se do princípio da *intangibilidade* ou *inalterabilidade*, correspondente necessário do princípio da irretratabilidade. Se o contrato apenas é retratável via mútuo consenso, por meio de distrato, também assim é a alteração do contrato, que deve se dar por aditamento.³¹

Vale dizer, ainda, que o contrato apenas produz efeitos entre as partes, ou seja, apenas vincula os contratantes. Nada obstante possa o contrato firmado entre duas partes influenciar a esfera de interesse de terceiros, em regra nunca resultam em lesão a seus direitos.

Tendo introduzido tanto o direito imobiliário como a compra e venda de imóveis e sua promessa, parte-se para a análise objetiva do contexto em que se inserem os contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis.

6. A CONJUNTURA ECONÔMICA E A RETRAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO

De 2007 a 2011, o setor da construção civil voltado ao mercado imobiliário viveu os seus melhores momentos. Apenas na cidade de São Paulo, as incorporadoras ofertaram cerca de 36,4 mil unidades/ano e, desse número, venderam, em média, 33,8 mil/ano³². Tratou-se de um fato

³⁰ GOMES, Orlando. **Direito Reais**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 161.

³¹ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 350.

³² **Anuário do Mercado Imobiliário - 2015**. SECOVI-SP. Pág. 03. Disponível em: <<http://old.secovi.com.br/files/Downloads/anuario-do-mercado-imobiliario-2015-v2pdf.pdf>>. Acesso em: 06/11/2017.

que se deu na contramão do mercado mundial, que amargava dissabores com a crise dos derivativos bancários que eclodiu em 2008, nos Estados Unidos, e abalou o mundo.

A despeito da crise econômica internacional, com os diversos programas de incentivo à casa própria patrocinados pelo governo federal, o mercado imobiliário continuou em intenso crescimento, tendo em vista as particulares circunstâncias presentes no mercado brasileiro, como o déficit habitacional, a disponibilidade de crédito e o pleno emprego. A partir de 2012, por sua vez, a economia brasileira sentiu os sinais da debacle.

Desde 1929 o mundo não experimentava uma crise das proporções da de 2008. Nada obstante a demora em atingir as economias emergentes, cujas matrizes mercantis são pouco ligadas ao mercado financeiro, a conta tardou mas chegou. Dada a retração da demanda dos países centrais — pelo seu empobrecimento —, as *commodities*, vez que menos procuradas, perderam valor e, via de consequência, empobreceu os que a exportavam.

A aposta de superação da crise no mercado de consumo interno imprimiu na economia desonerações e isenções fiscais, que trouxeram à reboque alta na inflação. Na tentativa de sua contenção, por sua vez, vendo-se a população com o dinheiro corroído, aumentou-se, diversas vezes, a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, que baliza os juros praticados no mercado. Em apenas dois anos, a taxa SELIC, que estava no patamar de 7,5% a.a. em 2013, chegou a 14,25% a.a. em 2015³³. O Brasil, nessa toada, viu-se gravemente atingido.

No mercado imobiliário, tal fato afastou pretensos compradores e motivou a resilição por parte daqueles que já haviam adquirido imóvel, em uma proporção, ressalte-se, muito maior do que se esperava. A quantidade de investimentos no setor imobiliário decaiu e o crédito, com a elevação da taxa de juros, tornou-se restritivo, de modo que se dificultou o outrora fácil financiamento da casa própria. Quem já havia pactuado a compra dos imóveis, seja para realizar o sonho da casa própria ou para investir num mercado extremamente promissor, no mais das vezes, desistiu da compra.

Tal efeito dominó, que afetou sobremaneira as taxas praticadas para financiamento imobiliário, fez com que vários cidadãos adiassem o sonho da casa própria e resilissem os seus contratos. Somou-se a isso à instabilidade política, que provocou efeitos deletérios, como saques maciços das cadernetas de poupança, principal ativo dos financiamentos habitacionais.

³³ Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Pec/Copom/Port/taxaSelic.asp>>. Acesso em: 06/11/2017.

Diante deste cenário de retração econômica, não só o comprador deixou de celebrar os contratos de promessa de compra e venda, ante a dificuldade em acessar crédito, como também passou esse promitente comprador a resilir muito mais, em razão de se tornar economicamente insuportável arcar com as parcelas fixadas. Tal fato acarretou para o construtor/incorporador a devolução das parcelas pagas pelo imóvel ao promitente comprador, havendo a legal — porém não regulamentada — retenção de percentual que cobrisse as despesas com a unidade habitacional transacionada.

Ocorre que a proporção de ocorrência de tais resilições aumentou sobremodo diante do novo contexto econômico. O que se tratava como excepcionalidade tomou contornos consideráveis, fato que recrudesceu a discussão acerca do *quantum* a ser retido pelo construtor/incorporador. Se é certo que ele não pode reter tudo, tendo em vista a proibição de cláusula de decaimento, expressamente vedada pelo art. 53 do Código de Defesa do Consumidor — CDC, a legislação foi silente acerca de *quantum* específico.

7. O CDC E A SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BENS IMÓVEIS

Embora considerando o direito imobiliário como sendo ramo especial do Direito Civil e, portanto, autônomo, isso não conduz à sua análise clivada de outras áreas jurídicas. Relaciona-se o direito imobiliário com outras vertentes do direito, mormente com o Direito do Consumidor.

Na atual quadra histórica, é desnecessário lembrar as incontáveis relações jurídicas que se desenvolvem de maneira que o vendedor de um bem imóvel é enquadrado com fornecedor de bens e serviços como previsto no CDC. Trata-se de um mercado de consumo já bem desenvolvido e em pleno vapor, sem embargo das inconstâncias do economia nacional. Em lição esclarecedora do professor Werson Rêgo, tem-se que:

A crescente e necessária expansão do mercado imobiliário no país, a grande demanda por moradia, as dificuldades econômicas da população, a complexidade das transações imobiliárias, muitas instrumentalizadas em contratos de adesão, o desequilíbrio entre os contratantes, a vulnerabilidade e a hipossuficiência do consumidor, fazem com que, conscientes da dimensão social da matéria, sejam buscadas formas que coíbam abusos e explorações.³⁴

³⁴ RÊGO, Werson. **O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, a nova concepção contratual e os Negócios Jurídicos Imobiliários**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 48.

Como formas de coibir os abusos cometidos em tais relações de consumo, têm-se instrumentos importantes, como a revisão contratual feita em juízo, por meio de que o magistrado tenta recompor o equilíbrio de uma relação jurídica que, por abusividade inicial ou pelo advento de circunstâncias posteriores e alheias às vontades das partes, desequilibraram a relação. Vale dizer que o bem imóvel e direitos correlatos estão compreendidos na definição de produto, contida no art. 3º, parágrafo 1º, do CDC.

Tendo em vista a impossibilidade da realização espontânea — no mundo dos fatos — dos elementos necessários a todo e qualquer contrato, citados alhures, o advento do Código de Defesa do Consumidor veio trazer o balanceamento das relações privadas. Mormente no tange ao elemento contratual justiça, o CDC procurou, de fato, conformar igualdade de prestações às partes contratantes, na medida de suas envergaduras, sempre com escopo na realização da justiça no caso concreto.

Ademais, o CDC reforçou o elemento autonomia da vontade, vez que relativizou ou reconheceu como abusivas certas cláusulas presentes nos chamados contratos de adesão. Sabe-se que, neste tipo contratual, há reduzida ou nenhuma deliberação por parte do consumidor, que apenas opta por sujeitar-se, contratando, ou não pactuar, limitando-se.

E tal proteção à parte mais fraca, de fato, é invariável na maioria dos textos normativos modernos, os quais estão sempre focados em um procedimento verdadeiramente equitativo, procedendo a previsões legais positivas no sentido de sua realização. Nesse espeque, vide o vigente Código Civil de 2002, que desde a virada do milênio previu que os contratos iriam cumprir a sua função social, sendo esta previsão uma ode ao seu elemento objetivo utilidade.

Há de se perceber, contudo, que a realização da justiça no caso concreto não significa resguardar os direitos apenas da parte mais fraca. É verdade que foi o polo mais fraco da relação jurídica que ensejou a proteção ora discutida, de modo a equalizar a luta jurisdicional, mas isso não se dá a despeito dos direitos da outra parte.

Metaforicamente, está-se buscando a retidão de uma balança, cujo fiel, naturalmente, pende para um lado. Cabe, portanto, ao intérprete legislativo, de posse de tais “instrumentos equalizadores”, fazer com que a balança torne-se reta. Afinal, incorrer-se-ia no mesmo erro fazê-la pender para o outro lado. Seria um paradoxo: desequilibrar uma relação desequilibrada; algo como condenar com base na Lei da Anistia.

Ante o aduzido, há de se interpretar as questões atinentes à presente discussão sempre sob o pálio do Código de Defesa do Consumidor e do contrato firmado entre as partes, porquanto este é, no direito privado, o exercício-mor de todas as liberdades.

8. DA POSSIBILIDADE DE RESILIÇÃO CONTRATUAL

Dentre os argumentos mais recorrentes entre as construtoras/incorporadoras para sustentar excessiva retenção de valores pagos está o fato de serem os contratos de promessa de compra e venda de imóveis *irretratáveis* e *irrevogáveis*, de modo a impossibilitar a sua extinção por mero arrependimento de quaisquer das partes. Com efeito, trata-se a irrevogabilidade (ou irretratabilidade) de princípio geral de todas as figuras contratuais, sendo excepcionais as que se comportam de forma contrária.³⁵

Pressupõe-se que a dissolução do contrato, tal qual o seu nascimento, apenas pode ocorrer de forma consensual. Admite-se, nada obstante, que tal rompimento pode ocorrer de forma unilateral, nascendo daí uma presunção de culpa.³⁶

De fato, pode-se encontrar expressamente tais termos na Lei 4.591/64 — Lei de Condomínios e Incorporações Imobiliárias. Contudo, há de se interpretar tal dispositivo normativo conforme o CDC e com o que há de mais moderno na doutrina jurídica atinente ao tema. Aplica-se, portanto, ao contrato de Incorporação, a Lei 4.591/64, sendo certo que esta aplicação se dá sempre sob os auspícios do digesto consumerista. Há, sem embargo, ao menos um ponto de concórdia: trata-se o vínculo contratual de relação de consumo. Disso, pelo que se vê, não há dúvidas. Nos dizeres do eminente professor Sérgio Cavalieri Filho, aduz-se:

Não há como negar que o incorporador/construtor é um fornecedor de produtos ou serviços à luz dos conceitos claros e objetivos constantes dos artigo 3º do CDC.

(...)

Se não bastasse, o artigo 12 do CDC refere-se expressamente ao construtor, e o artigo 53, ao vedar a cláusula de decaimento - perda total das prestações - menciona os contratos de compra e venda de imóveis, tudo a revelar o claro propósito de legislador de submeter a

³⁵AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 348.

³⁶AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 349.

incorporação/construção à disciplina do Código do Consumidor por se tratar de um dos segmentos mais estratégicos e nevrálgicos do mercado de consumo.³⁷

De mais a mais, não se pode perder de perspectiva o fato de a Lei 4.591/64 ter nascido em uma época em que não havia preocupação com a defesa do consumidor. O Código de Defesa do Consumidor — CDC — apenas veio a deslindar um quarto de século depois, mudando drasticamente a visão que se possui sobre tais contratos.

Por sua vez, quando há insuportabilidade financeira por caso fortuito, insta salientar, não se trata de arrependimento, tampouco há culpa por parte do promitente comprador. Trata-se, de fato, de motivo de força maior, o qual torna a compra do imóvel economicamente insustentável. Por circunstâncias alheias e posteriores ao nascimento do vínculo contratual, há um desequilíbrio que tornou as prestações entabuladas excessivamente onerosas para uma das partes.

Acontece que, para que se reconheça a ausência de culpa do promitente comprador e, via de consequência, admita-se a resolução do contrato por onerosidade excessiva, há de se percorrer hipóteses bastante específicas. Como bem ensina Pedro Elias Avvad:

Os requisitos indispensáveis são os seguintes: (a) o contrato a ser revisado ou resolvido deve ser comutativo, de execução periódica ou continuada, ou diferida. De algum modo, deve depender de acontecimento futuro; (b) deve se originar de acontecimento extraordinário e imprevisível à época da celebração do contrato, mas ocorrido após a sobredita celebração, provocando grave desequilíbrio; (c) o desequilíbrio seja de tal maneira excessivo que acarrete um pesado ônus ou dificuldade extrema para uma das partes, e que isto beneficie, com vantagem exagerada e de modo desproporcional, à outra parte; e (d) finalmente, que tal contratante não tenha concorrido culposamente para os acontecimentos.³⁸

Muito embora se possa tentar perscrutar a presença ou ausência de culpa quando da dissolução do vínculo contratual, fato é que nunca poderá o promitente vendedor reter todos os valores já pagos pelo promitente comprador. Independentemente de culpa, o imóvel objeto do contrato será posto novamente a venda pelo vendedor, muitas vezes mais valorizado, não havendo maiores perdas.

³⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor. Revista da EMERJ, v. 1, n. 3, 1998. P. 84-93.

³⁸ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. P. 383

Sem embargo, na prática contratual, as construtoras /incorporadoras inserem em seus contrato cláusulas que preveem, em eventual dissolução do vínculo, percentual de retenção manifestamente abusivo. Não se discorda que se pode estabelecer cláusula penal frente a quebra da expectativa gerada pela palavra empenhada. Tampouco se discorda que os gastos tidos com a comercialização unidade devam ser razoavelmente ressarcidos. Ocorre que muitos promitentes compradores, se não preveem perda total dos valores pagos, muitas vezes entabulam devoluções mínimas, como de 20 ou 30% dos valores pagos.

Por meio da judicialização e da revisão das cláusulas contratuais, tais disposições são consideradas abusivas, tendo como estribo, no mais das vezes, o art. 51, inciso IV, do CDC, vez que colocam o consumidor em desvantagem exagerada.

Vale lembrar, ainda, que tais tipos de contratos podem ser considerados de adesão, ou seja, aqueles em que não há alça de manobra acerca da negociação de seus termos, optando o consumidor a aderir aos termos pré-existentes, sujeitando-se; ou não contratar, limitando-se. Alinhando-se a tudo o que até o momento foi dito, diversos são os precedentes, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO (RESILIÇÃO) PELO PROMITENTE COMPRADOR. CLÁUSULA CONTRATUAL DE RETENÇÃO DE VALORES. **PERCENTUAL EXCESSIVO FIXADO SOBRE O VALOR DO IMÓVEL. ABUSIVIDADE RECONHECIDA NA SENTENÇA. ONEROSIDADE EXCESSIVA. SUBSTITUIÇÃO PELA MULTA DE 10% (DEZ) POR CENTO SOBRE O VALOR PAGO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO**

1. É cediço que o exame dos fatos deve fundar-se nos parâmetros do sistema consumerista, porquanto, no caso vertente, a relação jurídica sob exame se amolda nos exatos termos do art. 3º § 2º, do Código de Defesa do Consumidor. **Ademais, o contrato em questão é o que se denomina “contrato de adesão”, no qual o consumidor se sujeita a condições previamente estabelecidas.**

2. A teoria do risco do negócio ou atividade é a base da responsabilidade objetiva do Código de Defesa do Consumidor, a qual harmoniza-se com o sistema de produção e consumo em massa, protegendo a parte mais frágil da relação jurídica.

3. Celebrado contrato de promessa de compra e venda de imóvel, não pretendendo mais o promitente comprador manter-se no contrato, é possível a rescisão (resilição) contratual. Neste caso, é admitida a retenção pela promitente vendedora de parte das parcelas pagas, a título de ressarcimento pelas despesas operacionais. No entanto, é abusiva a cláusula contratual que fixa esse percentual de modo excessivo. Precedentes jurisprudenciais.

4. A retenção compensatória, desde que efetivada em percentual razoável e não abusivo, encontra fundamento lógico na necessidade de se recompor os prejuízos suportados pelo

promissário vendedor, ante a frustrada execução do contrato, precocemente resolvido por força da desistência do consumidor.

5. O art. 6º do Código de Defesa do Consumidor autoriza a modificação de cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ao consumidor. Na mesma direção, a redução da cláusula penal pelo juiz, como se deu no caso concreto, pois constatado o excesso, está autorizada, nos moldes da previsão contida no art. 413 do Código Civil. **No caso vertente há previsão de retenção excessiva no caso de rescisão unilateral por iniciativa do promitente comprador, razão por que foi adequadamente substituída na sentença pela retenção de 10% (dez) por cento sobre os valores pagos, em linha com o entendimento jurisprudencial dominante.**

6. Apelo da parte ré CONHECIDO e DESPROVIDO. Sentença mantida.³⁹

Se, na prática, pode ser difícil a comprovação da ausência de culpa por parte do promitente comprador que quer resilir, invocando-se motivo de força maior, há de se pontuar que a assunção efetiva da culpa pela inexecução do contrato apenas demanda que se arque com a cláusula penal prevista. No precedente retro colacionado, observa-se que o julgador, reconhecendo como ato de liberalidade do promitente comprador resilir, apenas importou como consequência o pagamento de multa contratual prevista (cláusula penal), revisando-a, vez que originalmente excessiva.

Não se questiona que, de fato, haja valor a ser retido pela rescisão do contrato, afinal de contas, da assinatura de um contrato nasce uma expectativa de sua extinção pela regular execução. Aliás, porquê existe tal cláusula penal admite-se que, a qualquer tempo, a parte promitente compradora poderá resilir, desde que arque com a referida disposição. Nada obstante, percebe-se a prática, pelas construtoras/incorporadoras, de percentuais de retenção manifestamente abusivos, os quais não encontram guarida em precedentes consolidados. Tais situações ensejam, quando da judicialização de tais processos resilitórios, em revisões judiciais das cláusulas que preveem tais multas.

Vê-se que a alegação de que o ora discutido contrato é irrevogável e irretroatável, não podendo ser resilido, não merece subsistir. Ademais, quando se opta por não permanecer na relação contratual, há apenas a incorrência no pagamento de multa contratualmente prevista. Vê-se que se circunscreve ao pagamento de tal multa o que os tribunais vêm repetidamente decidindo como sendo o ressarcimento da construtora/incorporadora pelos gastos tidos com a unidade habitacional negociada.

³⁹ TJ-DF - APC: 20140710019065, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 09/03/2016, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 18/03/2016 . Pág.: 138.

Outros são os tempos, novas normas adentraram ao ordenamento e vive-se, hoje, outra realidade. Deve-se reverência à Constituição da República de 1988, ao Código de Defesa do Consumidor e ao Código Civil de 2002, todos textos normativos que vieram a flexibilizar o *pacta sunt servanda*, sempre balanceando relações que onerariam gravemente apenas um dos lados. Assim reconhece o eminente ex-ministro Ruy Rosado, do Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

INCORPORAÇÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. LEI 4.591/64. CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, e regido pela lei que lhe é própria (lei 4.591/64), mas sobre ele também incide o código de defesa do consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva.

2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do codecon) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente a resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado.

3. Porém, não viola a lei o acordão que examina fatos e contratos a luz do codecon e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há de cuidar da devolução das prestações pagas.

Recurso não conhecido (sumulas 5 e 7).⁴⁰

Ainda no sentido da mitigação do *pacta sunt servanda*, há de se trazer à baila o seguinte aresto do Egrégio Tribunal de Justiça de Sergipe, a saber:

APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - CONTRATO DE EMPRÉSTIMO CREDI-SALÁRIO - TESE DE IMPOSSIBILIDADE DA TEORIA DA REVISÃO - OFENSA AO ATO JURÍDICO PERFEITO - TESE RECHAÇADA - POSSIBILIDADE - MITIGAÇÃO DO PACTA SUNT SERVANDA - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Existindo cláusulas flagrantemente abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, pode o juiz do feito, com amparo no disposto nos arts. 6º, inc. V, e 51, todos do Código de Defesa do Consumidor e em atenção aos princípios da boa-fé e da função social do contrato, consagrados pelo Código Civil, atenuar o princípio da Pacta Sunt Servanda, de modo a revisar ou anular tais cláusulas.⁴¹

Continuando à colação de precedentes, apresenta-se o seguinte julgado, o qual corrobora o fato de ser possível a rescisão contratual quando financeiramente insuportável ao

⁴⁰ REsp 80.036/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 12/02/1996, DJ 25/03/1996, p. 8586

⁴¹ TJSE; Apelação Cível: 2612/2012; Relator: DES. Osório de Araújo Ramos Filho; Julgado em: 03/07/2012.

promitente comprador — muito embora não se reconheça a ausência de culpa por motivo de força maior —, tornando certa, também, a possibilidade de redução, pelo juiz, de valor exorbitante previsto a título de retenção:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESILIÇÃO PELO PROMITENTE COMPRADOR. INSUPOORTABILIDADE FINANCEIRA. CLÁUSULA CONTRATUAL. RETENÇÃO VALORES. PERCENTUAL EXCESSIVO. ABUSIVIDADE RECONHECIDA. SUBSTITUIÇÃO. RETENÇÃO DE DEZ POR CENTO SOBRE VALORES PAGOS. ADEQUAÇÃO. VÍCIO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRETENSÃO À REDISSCUSSÃO DE MATÉRIA EXAUSTIVAMENTE DEBATIDA. MÉRITO. IMPOSSIBILIDADE. REITERAÇÃO DE MATÉRIA SUFICIENTEMENTE APRECIADA DE FORMA CLARA E FUNDAMENTADA NO ACÓRDÃO EMBARGADO. IMPERTINÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Nos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração se caracterizam como um recurso de fundamentação vinculada, mostrando-se imprescindível que a parte demonstre a existência de contradição, omissão, dúvida ou obscuridade.

2. Se sob a alegação de omissão e contradição, que na realidade inexistem, objetiva-se a modificação do julgado, não há como ser acolhidos os embargos declaratórios. Certo é que a discordância da parte quanto à interpretação dada pelo Órgão Julgador não caracteriza vício passível de ser elidido pela via aclaratória, sendo incabíveis os embargos declaratórios com o fim de reexame da matéria já apreciada.

3. No caso vertente, não há contradição frente à tese reiterada pela embargante, que foi efetivamente apreciada e refutada, consolidando-se o entendimento no sentido da redução do percentual de retenção dos valores decorrentes da resilição contratual pela parte consumidora a dez por cento sobre o valor pago, mantendo o definido na sentença, em vez de percentual bem superior, e sobre o valor do contrato, porque flagrante a abusividade da previsão contratual nesse caso.

4. Se a embargante não concorda com a fundamentação expendida no acórdão embargado, afinal, as decisões judiciais nem sempre satisfazem os interesses daqueles que procuram o Judiciário, e já que a questão não comporta solução pela via estreita e bem definida dos embargos de declaração, deve a irresignação, ser deduzida por meio da via processual adequada à reapreciação do julgado.

5. Inexistindo qualquer vício a ser sanado, e considerando que a via dos embargos de declaração não servem ao efeito infringente pretendido, nem mesmo à rediscussão da matéria, rejeitam-se os embargos interpostos.

6. Recurso de embargos de declaração conhecido e rejeitado.⁴²

⁴² TJ-DF - EMD1: 201401101014491 Apelação Cível, Relator: ALFEU MACHADO, Data de Julgamento: 20/05/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 25/05/2015 . Pág.: 207.

Sendo assim, há de se desmistificar o fato de serem os contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis *irrevogáveis* e *irretratáveis*, vez que não se trata de verdade absoluta. Como se observa, é possível a rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóvel, mormente quando frente à excessiva onerosidade a uma das partes. Tal assunção importa justamente o que se busca proteger nas relações de consumo, seguindo o que há de mais moderno na doutrina e jurisprudência atinentes ao tema.

CAPÍTULO III

9. DOS VALORES PAGOS PELO PROMITENTE VENDEDOR NA NEGOCIAÇÃO DO IMÓVEL

Nada obstante a possibilidade de se desfazer o pacto, há de se pontuar que, com efeito, o promitente vendedor, sendo construtor ou incorporador de empreendimento imobiliário, quando da comercialização de imóvel, incorre em diversos gastos. Pode-se mencionar despesas tributárias, como Imposto de Renda Pessoa Jurídica, PIS e COFINS, além de despesas de operação, como o valor despendido com a publicidade do empreendimento e com o corretor que aproxima as partes contratantes.

Deste modo, eventual desfazimento do vínculo contratual importaria a assunção dos mesmos gastos, tendo em vista a recolocação no mercado da unidade objeto do contrato desfeito. A cláusula penal de retenção de valores pagos serviria, em tese, para fazer frente aos gastos operacionais e tributária já assumidos pelo promitente vendedor e repassados no preço ao promitente comprador.

Nessa toada, mostra-se justa a retenção de certo valor, tanto para fazer frente a valores que promitente comprador terá de arcar novamente, como também para desestimular ações de completo desrespeito à palavra empenhada em vínculo contratual. Acontece que, muitas vezes, abusivos são os percentuais incidentes sobre o valor já pago a título de retenção. Em tese, percentuais elevados importariam enriquecimento injustificado de uma das partes. Por isso, em casos concretos procede-se à revisão dos contratos, anulando ou reestruturando cláusulas abusivas.

De outro lado, em alguns casos, ocorre que o percentual incidente, estipulado posteriormente à revisão contratual, não consegue fazer frente aos dispêndios assumidos pelo promitente vendedor. Tal fato importaria a assunção de valores maiores que o esperado pelo construtor/incorporador.

10. DO VALOR A SER RETIDO E SEU COMPORTAMENTO JURISPRUDÊNCIAL

O que mais se observa da análise jurisprudencial é a aplicação, pelos magistrados, de percentual de retenção entre 10 e 25%. Nesses patamares, os precedentes grassam. De norte a sul, leste a oeste, segue-se tal parâmetro já bastante sedimentado. Para se começar pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se que:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. **PROMESSA. COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA. PROMITENTE COMPRADOR. VALORES PAGOS. RESTITUIÇÃO. RETENÇÃO. 25% (VINTE E CINCO POR CENTO).** JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DECISÃO JUDICIAL. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Não é deficiente em sua fundamentação o julgado que aprecia as questões que lhe foram submetidas, apenas que em sentido contrário aos interesses da parte.

2. A desistência do promitente comprador, embora admitida por esta Corte, rende ao promitente vendedor o direito de reter até 25% (vinte e cinco por cento) dos valores por aquele pagos a qualquer título, desde que não supere o contratualmente estipulado.

3. 'Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão.⁴³

CIVIL E PROCESSUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA. DISTRATO. **AÇÃO PRETENDENDO A RESCISÃO E A RESTITUIÇÃO DAS IMPORTÂNCIAS PAGAS. RETENÇÃO DE 17% EM FAVOR DA VENDEDORA, COMO RESSARCIMENTO DE DESPESAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, ARTS. 51, II, 53 E 54. CÓDIGO CIVIL DE 1916, ART. 924.** DIVERGÊNCIA NÃO DEMONSTRADA INTEIRAMENTE.

I. Não é possível a demonstração do dissídio jurisprudencial sem a juntada dos inteiros teores dos acórdãos divergentes ou a indicação do repositório autorizado.

⁴³ STJ - REsp 1008610/RJ, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/03/2008, DJe 03/09/2008.

II. A C. 2ª Seção do STJ, em posição adotada por maioria, admite a possibilidade de resilição do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, se este não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações avançadas com a empresa vendedora do imóvel (REsp n. 59.870/SP, Rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 09.12.2002, p. 281).

III. O desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém não em sua integralidade. Percentual de retenção fixado em 17%, atendendo ao próprio pedido da construtora-ré, abaixo do percentual usualmente fixado para casos que tais.

IV. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, provido.⁴⁴

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DISTRATO. DEVOLUÇÃO ÍNFIMA DO VALOR ADIMPLIDO. ABUSIVIDADE. RETENÇÃO DE PERCENTUAL SOBRE O VALOR PAGO. SÚMULA 7 DO STJ.

1. "O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato" (art. 472 do Código Civil), o que significa que a resilição bilateral nada mais é que um novo contrato, cujo teor é, simultaneamente, igual e oposto ao do contrato primitivo. Assim, o fato de que o distrato pressupõe um contrato anterior não lhe desfigura a natureza contratual, cuja característica principal é a convergência de vontades. Por isso, não parece razoável a contraposição no sentido de que somente disposições contratuais são passíveis de anulação em virtude de sua abusividade, uma vez que "onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito".

2. A lei consumerista coíbe a cláusula de decaimento que determine a retenção do valor integral ou substancial das prestações pagas por consubstanciar vantagem exagerada do incorporador.

3. Não obstante, é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador.

4. No caso, o Tribunal a quo concluiu, de forma escoreita, que o distrato deve render ao promitente comprador o direito à percepção das parcelas pagas. Outrossim, examinando o contexto fático-probatório dos autos, entendeu que a retenção de 15% sobre o valor devido seria suficiente para indenizar a construtora pelos prejuízos oriundos da resilição contratual. Incidência da Súmula 7 do STJ.

5. Recurso especial não provido.⁴⁵

⁴⁴ STJ - REsp: 686865 PE 2004/0138085-6, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 28/08/2007, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 05.11.2007 p. 269

⁴⁵ STJ - REsp: 1132943 PE 2009/0063448-6, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 27/08/2013, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/09/2013

Tratando dos Tribunais de Justiça dos Estados, a situação é a mesma, seguindo-se o que há de mais decantado na jurisprudência no que tange ao percentual de retenção, senão veja-se:

E M E N T A – RECURSO DE APELAÇÃO – RESCISÃO DE CONTRATO CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS – COBRANÇA DA COMISSÃO DE CORRETAGEM – INOVAÇÃO RECURSAL – NEGÓCIO JURÍDICO DESCONSTITUÍDO POR CULPA DO COMPRADOR – FRUIÇÃO – PERÍODO DE INCIDÊNCIA – PERCENTUAL DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS – CLÁUSULA ABUSIVA – RETENÇÃO DA QUANTIA CORRESPONDENTE AOS TRIBUTOS – IMPOSSIBILIDADE – CONFIGURAÇÃO DO BIS IN IDEM.

1 – Recurso de apelação não conhecido em relação às matérias não suscitadas e discutidas em primeiro grau de jurisdição, por configurar inovação recursal, vedada pelo ordenamento jurídico em vigor.

2 – Fruição é espécie de cláusula penal e incide quando há rescisão do contrato por culpa do promitente comprador no período em que permaneceu no imóvel sem pagar as prestações contratadas.

3 – No contrato de promessa de compra e venda de imóvel, é abusiva a cláusula que estabelece a retenção dos valores pagos pelo comprador às construtoras, até a rescisão do contrato por inadimplência, em percentual superior a 25%.

4 – Existindo previsão no contrato da cláusula penal compensatória, consistente na prefixação dos prejuízos, é vedada retenção das quantias referentes aos tributos incidentes sobre o imóvel até a data da efetiva devolução e a comissão de corretagem, sob pena de configurar bis in idem em desfavor da promitente compradora. Recurso parcialmente conhecido e não provido.⁴⁶

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – RESCISÃO CONTRATUAL – PROMESSA DE COMPRA E VENDA – CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR – PERCENTUAL DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS – ABUSIVIDADE CONTIDA NO CONTRATO – PEDIDO SUBSIDIÁRIO – DEVOLUÇÃO DE 75% DOS VALORES QUITADOS – IMPOSSIBILIDADE – SENTENÇA MANTIDA.

1. A culpa do comprador pela rescisão do instrumento particular não implica a devolução total dos valores pagos, tampouco a restituição prevista no contrato, o qual, neste caso, estabelecia a devolução de apenas 40% do montante quitado.

2. No contrato de promessa de compra e venda de imóvel, é abusiva a cláusula que estabelece a retenção dos valores pagos pelo comprador às construtoras, até a rescisão do contrato por inadimplência, em percentual superior a 25%.

⁴⁶ TJ-MS - APL: 08025749620138120001 MS 0802574-96.2013.8.12.0001, Relator: Des. Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 23/08/2017, 2ª Câmara Cível.

3. Não há razão para diminuir o percentual a ser devolvido ao promitente comprador quando não há demonstração dos prejuízos suportados pelas vendedoras, diante quebra do contrato. Percentual fixado na sentença mantido. Recurso conhecido e não provido.⁴⁷

DIREITO CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLENTO CONFESSO. **REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS, DE 100% PARA 20%. RAZOABILIDADE.**

a) A cláusula resolutória expressa estipulada pelos contratantes não afasta a possibilidade do pedido de rescisão contratual por outro motivo juridicamente relevante, como é o inadimplemento confesso.

b) Considerando as características do caso concreto, a redução do percentual previsto na cláusula penal compensatória de 100% para 20% do valor das prestações pagas afigura-se razoável e suficiente, inexistindo razão para reduzir-se ainda mais a compensação devida ao Autor-Apelado pelo desfazimento do negócio, por culpa do Réu-Apelante.⁴⁸

RECURSO DE APELAÇÃO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. EXTINÇÃO DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. **PEDIDO DE MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS DE 20% PARA 30%. INDEVIDO.**

1. A retenção de 30% pela construtora das prestações pagas pelo consumidor nos casos de extinção de contrato de promessa de compra e venda é uma prática abusiva, vedada pelos incisos "II" e "IV" do art. 51 do CDC.

2. O percentual de retenção de 20% fixado pelo juízo de primeiro grau mostra-se adequado à jurisprudência brasileira e afigura-se razoável no caso concreto.

3. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0001610-73.2009.8.05.0001, Relator (a): Carmem Lucia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, Publicado em: 28/09/2016)⁴⁹

PROCESSO CIVIL, DIREITO CIVIL E CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. CLÁUSULA PENAL. **REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE RETENÇÃO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE.**

⁴⁷ TJ-MS 08126268320158120001 MS 0812626-83.2015.8.12.0001, Relator: Des. Vilson Bertelli, Data de Julgamento: 10/05/2017, 2ª Câmara Cível.

⁴⁸ TJ-PR - AC: 2601901 PR Apelação Cível - 0260190-1, Relator: Leonel Cunha, Data de Julgamento: 28/09/2004, Primeira Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 15/10/2004 DJ: 6726.

⁴⁹ TJ-BA - APL: 00016107320098050001, Relator: Carmem Lucia Santos Pinheiro, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 28/09/2016.

1. A jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça firmou o entendimento de que é permitida a redução de cláusula penal abusiva para 10% dos valores pagos pelo promitente comprador, por ser montante suficiente para ressarcir a vendedora pelos prejuízos decorrentes da prematura rescisão do contrato.

2. Apelação conhecida, mas não provida. Unânime.⁵⁰

Entende-se, de fato, como sendo balizas razoáveis os patamares estabelecidos pela jurisprudência das cortes pátrias. A retenção entre 10 e 25% dos valores pagos possui plasticidade suficiente para lidar com as diversas contingências que podem ocorrer no caso concreto, não concedendo retenção mínima ao promitente vendedor, tampouco devolução iníqua ao promitente comprador. Vale salientar que tal retenção, entendida como pena convencional, possui dupla função: a de desestimular o desfazimento dos contratos firmados e a de indenizar o promitente vendedor por suas perdas e danos referentes aos desfazimento do contrato.

O que, por sua vez, continua turvo e não foi pacificado pelos egrégios tribunais nacionais foi como se dará, no caso concreto, a escolha do percentual dentro do quadro proposto. Ora, trata-se de ponto fulcral, uma vez que a variação entre um décimo e um quarto dos valores pagos é considerável.

Observa-se, com fim de estabelecer parâmetro decisório para o problema levantado, alguns aspectos a serem levados em consideração. O primeiro deles — mais importante — é a quantidade de parcelas adimplidas pelo promitente comprador. Tendo em perspectiva que os gastos assumidos pelo promitente vendedor para comercializar o imóvel são fixos, ressarcir-los dependerá do índice percentual aplicado sobre os valores até então pagos pelo promitente comprador.

Quanto maior o montante pago, menor deverá ser o índice percentual aplicado sobre ele para que haja o ressarcimento do promitente vendedor. Quanto menor o montante, por sua vez, maior deverá ser a alíquota, sempre respeitando o limite de 25%, amplamente aceito pela jurisprudência. Deste modo, defende-se aqui aplicação escalonada das balizas percentuais sedimentadas pela jurisprudência, seguindo uma ordenação decrescente conforme se executa os pagamentos previstos contratualmente na promessa de compra e venda.

⁵⁰ TJ-DF - APC: 20140111226612, Relator: FÁTIMA RAFAEL, Data de Julgamento: 22/07/2015, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/08/2015 . Pág.: 237.

Dividindo-se a execução do pagamento contratual por quatro, poder-se-ia aplicar, no primeiro quarto, percentual de retenção de 25% — o máximo — vez que a alíquota incidiria sobre valor reduzido. No segundo quarto da execução do contrato, por sua vez, aplicar-se-ia percentual de 20%, sendo a incidência do terceiro quarto de 15% e, por derradeiro, no último quarto, de 10%.

De tal maneira dá-se racionalidade e segurança jurídica à prática contratual nessa seara. Assegura-se ressarcimento razoavelmente justo aos dispêndios assumidos pelo promitente vendedor no momento da comercialização, como também assegura que no mínimo 75% dos valores gastos com o contrato serão devolvidos ao promitente vendedor, caso o vínculo contratual se desfça por culpa sua.

Outro ponto de extrema importância a se levar em consideração é a respeito dos gastos assumidos pelo promitente vendedor ao alienar o imóvel. Tendo em perspectiva o aspecto penal e indenizatório da retenção, as perdas e danos hão de ser comprovadas. Ou seja, a decisão acerca de qual percentual de retenção incidirá sobre o caso concreto também dependerá do que o promitente vendedor consegue comprovar que gastou.

Deste modo, acaso o promitente vendedor não consiga comprovar qualquer gasto que teve com o imóvel — o que é raríssimo —, independentemente de quantas parcelas o promitente comprador haja adimplido, dever-se-á aplicar percentual de 10% — mínimo — vez que não se provou quaisquer perdas e danos, apenas restando o caráter penal da retenção. Caso, contudo, consiga-se provar os diversos gastos que ocorrem com a alienação de um imóvel, aplicar-se-á o percentual de retenção segundo a inteligência do escalonamento, até o limite de gastos comprovados pelo vendedor e, independente disto, até o teto de 25% dos valores pagos.

Dessa maneira impõe-se dever de organização administrativa e financeira dos promitentes vendedores, que haverão de comprovar os gastos atinentes às vendas das unidades imobiliárias, sob pena de não se verem ressarcidos. Com a clareza na informação dos gastos arcados, dá-se clareza à negociação, fato que beneficia tanto o vendedor, que poderá ver-se ressarcido de eventual desfzimento do contrato por culpa do adquirente, quanto o comprador, que pode observar de modo límpido os gastos que deverá ressarcir quanto da opção por não levar o contrato a termo.

Nota-se a importância, portanto, de se trazer à baila os dois fatores citados — o número de parcelas adimplidas pelo comprador e os valores efetivamente pagos pelo vendedor — para que se proceda a julgamento equânime. Assim, estar-se-ia dando solução que tenta equalizar ambos os anseios, dando a esmerada proteção ao consumidor, polo mais fraco da relação, bem como garantindo segurança ao construtor/incorporador, que não arcará com todos os ônus para devolver a unidade ao comércio. Coaduna-se, assim, a presente solução, tanto com que há de mais moderno no que tange à proteção do consumidor, como com os princípios que regem a atividade comercial, não impondo nem a esta nem àquela gravames exacerbados.

11. PRAZO PARA DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS

Outra questão relevante que toca o tema é o prazo que se dá ao promitente vendedor para restituir o promitente comprador dos valores pagos, já deduzida a devida retenção. Na prática contratual, observa-se diversas soluções para o tema, as quais variam desde o pagamento parcelado a partir de um ano após o desfazimento do contrato por culpa do adquirente, até vincular a restituição à efetiva venda da unidade devolvida.

Por ora, tal questão encontra-se devidamente regulada por súmula do Superior Tribunal de Justiça — STJ, publicada em 31 de agosto de 2015, a qual, se não estipulou percentual específico a ser retido, estabeleceu que a restituição deve se proceder de forma imediata. Outrossim, de forma integral, quando o desfazimento se der por culpa do promitente vendedor, ou de forma parcial, quando o desfazimento se dá por culpa do promitente comprador. *In verbis*, a súmula 543 do STJ:

Súmula nº 543 do STJ - 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

Como se vê, trata-se o prazo de devolução dos valores pagos pelo promitente comprador de caso superado, tendo em vista ser objeto de texto sumular. Nada obstante, tal texto sumular não está imune a críticas.

Muita embora se admita, em uma relação de consumo, a indiscutível vulnerabilidade do promitente comprador de um bem imóvel, não se pode deixar de pontuar a postura extremada

ensablada no referido texto sumular. Com efeito, no mais da vezes, o consumidor, em tais casos, trata com construtoras e incorporadoras, cujo patrimônio está muita além de suas posses. Sua vulnerabilidade é patente.

Ocorre que, sobretudo na atual quadra histórica, marcada por instabilidade financeira, tal posicionamento é ônus deveras gravoso ao promitente vendedor do imóvel. Como já se explanou alhures, atualmente se percebe crescimento exponencial de resilições contratuais porque os promitente compradores não mais conseguem mantê-los. Tais torrentes de resilições importariam o pagamento imediato de altas somas de dinheiro aos diversos promitentes compradores que desfizessem seus contratos, muitas vezes fadando as construtoras e incorporadoras à bancarrota.

Tal situação é o que pode haver de mais prejudicial à prática comercial, bem como à vitória contra a atual crise. O empobrecimento e posterior fechamento de sociedades comerciais importam redução de circulação de riqueza e, fatalmente, mais empobrecimento causado pelo aumento do desemprego. Manter tal normativa draconiana aos promitentes vendedores de bens imóveis, por si só, na atual conjuntura, é fator de instabilidade de negócios, que os tornam mais caros, de fato, ao consumidor final dos produtos.

Sob os auspícios do Código de Defesa do Consumidor tentou-se dar tratamento mais equânime à relação jurídica, protegendo os direitos da parte mais vulnerável. Acontece que, de fato, a balança, em vez de justa, continuou pensa, agora para o outro lado, onerando gravemente a outra parte.

Nessa esteira, reconhece-se que o texto 543 da súmula do STJ é a norma que atualmente vige e regula o prazo de devolução dos valores pagos pelo promitente comprador de bem imóvel quando do desfazimento do contrato. No entanto, não se pode deixar de denunciar a sua injustiça e sugerir a revisão do texto sumular supramencionado para que se retifique raciocínio coxeado pelas atuais circunstâncias.

Sugere-se, nessa toada, forma parcelada de devolução dos valores pagos, sem contudo, vinculá-la à efetiva venda do imóvel devolvido. Com efeito, é manifestamente abusivo vincular qualquer prazo de devolução de valores à venda do imóvel, vez que haveria condicionamento a evento futuro e incerto. Assim, observa-se razoável conceder prazo de até 3 meses, em parcelas sucessivas ou não, para a devolução dos valores pagos, já abatido o percentual a ser retido.

12. DE LEGE FERENDA: O PROJETO DE LEI DO SENADO N. 774/2015

O Projeto de Lei do Senado n. 774/ 2015, de autoria do Senador Romero Jucá, consiste em projeto que visa à inclusão do artigo 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Trata-se exatamente de projeto normativo que busca regular a temática ora debatida.

Observando-se a análise de tal projeto por parecer da Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, cuja relatoria é do senador Benedito de Lira, tem-se, em seu intróito, que:

A proposta em análise nasce em boa hora, para estabelecer regras mais claras em um dos contratos mais comuns em um país que testemunha milhares de novas construções. Nos últimos anos, com o reforço de programas nacionais de financiamento habitacional, o mercado imobiliário brasileiro se expandiu, e inúmeras famílias celebraram contratos de aquisição de imóveis “na planta” (ou seja, em regime de incorporação imobiliária). A legislação, contudo, não estava preparada para esse novo ambiente de negócios, o que tem gerado muitas incertezas no âmbito do Poder Judiciário.⁵¹

Tratando-se de quanto se pode reter quando do desfazimento do contrato por culpa do adquirente, o texto original do PLS n. 774/2015 previa que, além dos 25% já estabelecidos jurisprudencialmente como teto da retenção, a título de multa compensatória, seria também devido 5% a título de corretagem. Nesse particular, houve mudança no texto, tendo em vista a seguinte interpretação:

Como se vê, a comissão de corretagem é apenas um entre outros vários custos que as incorporadoras possuem para a realização do empreendimento imobiliário, de maneira que o valor pago a título de corretagem não deve ser tratado de modo apartado, ao contrário do que propõe o projeto.⁵²

Nessa ótica, prevaleceu na comissão o entendimento de que seria agravar demais a posição do adquirente fazer-lhe pagar, além da multa compensatória, a comissão de corretagem de forma apartada. Entendeu-se que o valor da comissão deveria estar já incluído na multa compensatória, a qual se presta a indenizar a incorporadora por todos os prejuízos sofridos, dentre os quais se incluem os com comissão de corretagem.

⁵¹ PARECER. Ano 2016 - PLS 774/2015 - Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

⁵² PARECER. Ano 2016 - PLS 774/2015 - Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

Ademais, pontua o parecer que, caso se impusesse o dever ao adquirente de, quando do desfazimento da relação contratual por sua culpa, remunerar o corretor, poder-se-ia incidir em práticas abusivas, como a venda casada do serviço de corretagem com o de venda de imóvel. Desta feita, entendeu a CCJ que a remuneração do corretor cabe ao vendedor, mesmo porque aquele presta serviços a este, e não ao adquirente. Entendeu-se, deste modo, que serviço de corretagem não foi consequência da liberdade de escolha do adquirente, não podendo ser por este remunerado.

Tratando-se efetivamente do percentual a ser retido — 25% — também houve mudança no texto original. A emenda n. 3, de autoria da senadora Marta Suplicy, entendeu ser satisfatório o limite de 10% de retenção, argumentando ser este capaz de atender às despesas operacionais relativas à negociação do imóvel, assim pontuando:

esse mesmo percentual de dez por cento é estabelecido na legislação que regula contratos de compromisso de compra e venda de imóveis loteados (Dec. Lei no 58, de 1937, artigo 11, letra “F” e Lei no 6.766, de 1979, art. 26, inciso V) e tem se mostrado suficiente para o desenvolvimento desses negócios.⁵³

Denota-se, portanto, que o PLS n. 774/2015, assumiu como percentual máximo de retenção de 10%. Com efeito, 10% é o percentual que mais se aplica pelos pretores, mas está longe de ser pacífico, havendo diversos outros percentuais aplicáveis defrontando-se da jurisprudência. Interpretou-se, sem embargo, como sendo o percentual mais razoável, diante de um contexto de ausência de norma explícita que o discipline.

No que tange à forma com se dará a devolução das parcelas pagas, o projeto de lei previa o pagamento em 3 (três) parcelas mensais e sucessivas, vencendo-se a primeira em um prazo de carência de 12 (doze) meses, ou antes, caso o imóvel devolvido seja vendido em prazo inferior. Ocorreu que tal disposição também foi objeto de emenda da senadora Marta Suplicy, sendo a de n. 4 - CCJ.

Pela emenda da senadora, adotou-se o posicionamento já ensamblado no texto 543 da súmula do Superior Tribunal de Justiça, a qual, como já discorrido alhures, possui previsão de que os valores a serem devolvidos deverão sê-lo de forma imediata e de uma só vez. Como justificativa, aponta-se o Código de Defesa do Consumidor, bem como a Lei 4.591/64, que exige a comprovação de idoneidade financeira do incorporador imobiliário. Nessa toada, argumenta-se que não se pode vincular o término das obras da incorporação imobiliária à venda das unidade autônomas, vez que o

⁵³ PARECER. Ano 2016 - PLS 774/2015 - Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

incorporador se compromete a entregar a obra no prazo, independentemente das unidades autônomas terem sido vendidas ou não.

Seguindo essa inteligência, portanto, caso se autorizasse o incorporador a possuir longo prazo para a devolução dos valores pagos, estar-se-ia estimulando a negligência de incorporadoras com relação à gestão financeira da obra, “induzindo-as a condicionar o prosseguimento das obras à venda das unidades autônomas.”

No presente momento, assim se encontra o art. 67-A, *de lege ferenda*, da Lei 4.591/64:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato preliminar ou definitivo de alienação de imóvel de que trata esta Lei por culpa do adquirente mediante resilição ou resolução por inadimplemento da obrigação, ele fará jus à restituição das quantias pagas ao incorporador, delas deduzindo-se a pena convencional, que não poderá exceder a dez por cento das quantias pagas.

§ 1º Para efeito do caput deste artigo, entende-se por quantia pagas o valor desembolsado para pagamento do preço do imóvel, ainda que parte desse valor tenha sido pago, como remuneração, diretamente ao corretor contratado pelo alienante.

§ 2º Aplica-se à pena convencional o disposto no caput e no parágrafo único do art. 416 do Código Civil.

§ 3º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responderá o adquirente, em caso de resolução ou de resilição por sua culpa, pelas seguintes parcelas:

I – quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel;

II – cotas de condomínio e contribuições devidas a associação de moradores;

III – valor correspondente à fruição do imóvel, calculado de acordo com critério pactuado no contrato ou, na falta de estipulação, fixado pelo juiz em valor equivalente ao de aluguel de imóvel do mesmo padrão do objeto do contrato; e

IV – demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

§ 4º Os débitos do adquirente, correspondentes às deduções de que trata este artigo, poderão ser pagos mediante compensação com a quantia a ser restituída.

§ 5º Após as deduções a que se refere o § 4º, caso haja valor remanescente a ser ressarcido a qualquer dos contratantes, o pagamento deverá ser realizado em parcela única, no prazo de cinco dias úteis.

CONCLUSÕES

Como se pôde perceber durante o desenvolvimento do presente trabalho, seu tema envolve questão de extrema relevância no contexto social e econômico do Brasil. Seu relevo apenas aumenta quando se observa a atual crise vivenciada, fato que gerou torrentes de resilições contratuais, instando os tribunais a se pronunciarem sobre o tema. Tais manifestações pretorianas revelaram o grande problema que circunda a matéria: a ausência de regulação legal.

Como argumentação, tentou-se demonstrar a completa legitimação dos magistrados para proceder a revisões contratuais, vez que a atual quadra histórica relativiza a prática contratual para que se protejam direitos caros a interesses difusos em um mundo em que o consumo se mostra cada vez mais massificado e complexo. Nessa toada, evidenciou-se a perfeita adequação do contrato de promessa de compra e venda de bem imóvel a uma relação de consumo, pelo que devem ser interpretadas suas cláusulas sob o pálio do código consumerista, dando especial atenção aos direitos do consumidor.

Tratando das minúcias do tema, o presente estudo demonstrou a linha mestra que condiciona a análise dos tribunais nacionais, estabelecendo parâmetro razoável no que tange aos caracteres mais relevantes do seu objeto de estudo. Dentre os aspectos mais destacados atinentes ao tema, observaram-se:

- I) a sólida variação do percentual de retenção sobre os valores pagos entre 10 e 25%;
- II) o questionamento já pacificado pelo STJ acerca do prazo para devolução dos valores pagos, o qual se dará de forma imediata.

Sugeriu-se, ainda, critério objetivo de escalonamento entre 10 e 25% que leve em consideração o montante pago pelo promitente comprador e os valores que efetivamente o promitente vendedor comprova ter dispendido. Desse modo, dá-se racionalidade a quadro que possui variância relevante, tentando livrar-se da atual loteria judicial que acontece nos casos concretos em que, sem qualquer critério, transita-se por tais balizas estabelecendo-se percentuais sem qualquer explicação.

Outrossim, não se furtou o presente trabalho de comentar projeto de lei que vislumbra dar regulação legal à presente matéria, tecendo-lhe críticas. Entre as críticas mais severas podem-se mencionar:

I) a que se insere na seara do percentual de retenção, que no projeto engessou-se em 10%, *quantum* que se percebe como sem a plasticidade suficiente para contingenciar as complexas transações imobiliárias;

II) a que concerne ao prazo de devolução dos valores pagos, que repete súmula do STJ e que se interpreta como sendo extremamente gravosa ao promitente vendedor, mormente quando se tem em perspectiva a atual crise vivenciada pelo país

Por derradeiro, espera-se, com o presente Trabalho de Conclusão de Curso, ter dado alguma contribuição para tema de relevância no Direito Civil, mais especificamente no Direito Imobiliário e do Consumidor. Sobretudo em um país em que ainda há extremo déficit habitacional, tais questões devem cada vez mais ser discutidas. É com a palavra aqui franqueada que se busca acrescentar ao objeto do presente estudo.

REFERÊNCIAS

Anuário do Mercado Imobiliário - 2015. SECOVI-SP.

AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: Teoria Geral e Negócios Imobiliários.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BRASIL. Lei 4.591/64. **Dispõe sôbre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.** Brasília, dezembro de 1964.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, outubro de 1988.

BRASIL. Lei 8.078/90. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília, setembro de 1990.

BRASIL. Lei 10.406/02. **Institui o Código Civil.** Brasília, janeiro de 2002.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **A Responsabilidade do Incorporador/Construtor no Código do Consumidor.** Revista da EMERJ, v. 1, n. 3, 1998.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol. 3: Contratos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil vol. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

CUNHA, Wladimir Alcibíades Marinho Falcão. **Revisão judicial dos contratos: do Código de Defesa do Consumidor ao Código Civil de 2002.** São Paulo: Método, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. **A função social do contrato e o alcance do artigo 421 do Código Civil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GOMES, Orlando. **Direito Reais.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P. 161.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos Costumes.** Trad. Clélia Aparecida Martins [primeira parte]; Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof [segunda parte]. 3. reimpressão. Petrópolis: Vozes, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contrato no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PARECER. Ano 2016 - PLS 774/2015 - Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RODRIGUES FILHO, Eulâmpio. **Compra e venda de imóveis e ação “ex empto”: estudo sobre os artigos 500 e 501 do novo código civil**. 4.ed. Franca: Lemos & Cruz, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil vol. 3: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil**. Revista de Direito do Estado - RDE, abr./jun. 2006. Ano I, n. 2: 37-53.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil vol. 3: Contratos**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.