



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

ELOISA VIEIRA MONTEIRO

**APLICAÇÃO DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO (LEI N. 13.786/2018): UMA
ANÁLISE DO CASO TRATADO NO PROCESSO DE N. 1018599-
32.2021.8.26.0002 DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Içara

2023

ELOISA VIEIRA MONTEIRO

**APLICAÇÃO DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO (LEI N. 13.786/2018): UMA
ANÁLISE DO CASO TRATADO NO PROCESSO DE N. 1018599-
32.2021.8.26.0002 DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Curso de Direito da
Universidade do Sul de Santa Catarina
como requisito à elaboração do trabalho
monográfico.

Orientador: Prof. Alex Sandro Sommariva

Içara
2023

ELOISA VIEIRA MONTEIRO

**APLICAÇÃO DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO (LEI N. 13.786/2018): UMA
ANÁLISE DO CASO TRATADO NO PROCESSO DE N. 1018599-
32.2021.8.26.0002 DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Içara, 27 de novembro de 2023.

Professor e orientador Alex Sandro Sommariva, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Roberta dos Santos Rodrigues, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Ana Carla Ferreira Marques, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

APLICAÇÃO DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO (LEI N. 13.786/2018): UMA ANÁLISE DO CASO TRATADO NO PROCESSO DE N. 1018599-32.2021.8.26.0002 DO ESTADO DE SÃO PAULO

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e a Orientadora de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Içara, 27 de novembro de 2023.

ELOISA VIEIRA MONTEIRO

Esse trabalho é dedicado a todos os que me acompanharam nesta trajetória e, de alguma forma, contribuíram para o meu crescimento intelectual. Agradeço-lhes por terem me proporcionado incentivo e apoio contínuos, nunca desistindo de mim.

“Apressa-te a viver bem e pensa que cada dia é, por si só, uma vida” (Sêneca).

RESUMO

O presente estudo analisa a Lei do Distrato Imobiliário (Lei nº 13.786/2018) como um marco significativo nas relações contratuais entre incorporadoras e adquirentes de imóveis, destacando sua extrema relevância no contexto do setor imobiliário. O objetivo principal é compreender criticamente a aplicação desta lei, evidenciando seu impacto nas práticas contratuais e em casos judiciais relevantes, como o processo nº 1018599-32.2021.8.26.0002, do Estado de São Paulo. Este estudo se inicia com a definição de negócios jurídicos imobiliários, com os conceitos de incorporação imobiliária e parcelamento do solo urbano, bem como a análise de cláusula penal e patrimônio de afetação. Por conseguinte, apresenta a Lei do Distrato, levando ao entendimento dos problemas e desafios que levaram à criação da Lei e as alterações na Lei de incorporação imobiliária (Lei 4.591/64) e na Lei de parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79). Por fim, o trabalho é concluído com uma análise do processo judicial de nº 1018599-32.2021.8.26.0002, elucidando os fatos que lhe deram origem, a decisão em primeiro grau, o recurso de apelação, a decisão em segundo grau, os fundamentos jurídicos que embasaram o acórdão, o recurso especial, o agravo interno e as decisões do Superior Tribunal de Justiça, sendo utilizado o método de pesquisa dedutivo, em pesquisa qualitativa.

Palavras-chave: Lei do Distrato Imobiliário. Incorporação Imobiliária. Cláusula penal. Patrimônio de afetação.

ABSTRACT

This study analyzes the Real Estate Termination Law (Law No. 13786/2018) as a significant milestone in contractual relations between property developers and property purchasers, highlighting its extreme relevance in the context of the real estate sector. The main objective is to critically understand the application of this law, highlighting its impact on contractual practices and relevant legal cases, such as case No. 1018599-32.2021.8.26.0002, from the State of São Paulo. This study begins with the definition of legal real estate transactions, with the concepts of real estate development and urban land subdivision, as well as the analysis of penal clauses and allocated assets. Therefore, it presents the Termination Law, leading to an understanding of the problems and challenges that led to the creation of the Law and the changes in the Real Estate Development Law (Law 4591/64) and the Urban Land Parcel Law (Law 6766/79). Finally, the work concludes with an analysis of the judicial process No. 1018599-32.2021.8.26.0002, elucidating the facts that gave rise to it, the first-degree decision, the appeal, the second-degree decision, the grounds that supported the ruling, the special appeal, the internal appeal and the decisions of the Superior Court of Justice, using the deductive research method, in qualitative research.

Keywords: Real Estate Termination Law. Real Estate Development. Penal clause. Affected assets.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	NEGÓCIOS JURÍDICOS IMOBILIÁRIOS	12
2.1.	PARCELAMENTO DO SOLO URBANO	15
2.2	INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA	21
2.2.1	Do conceito de incorporação imobiliária	21
2.2.2	Do incorporador	25
2.2.3	Aspectos da incorporação e sua obrigatoriedade para venda de imóvel na planta	30
2.3	CONCEITO E FINALIDADES DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS.....	33
2.4.	CONCEITO E OBJETIVO DA CLÁUSULA PENAL	39
3	LEI DO DISTRATO (LEI N. 13.786/2018)	45
3.1.	PROBLEMAS E DESAFIOS QUE LEVARAM À NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DA LEI	45
3.2.	ALTERAÇÕES FEITAS NA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO ..	47
3.3.	ALTERAÇÕES FEITAS NA LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS	50
4	ANÁLISE DO PROCESSO N. 1018599-32.2021.8.26.0002	55
4.1.	APRESENTAÇÃO DO CASO	55
4.2.	ARGUMENTOS DAS PARTES ENVOLVIDAS	56
4.3.	CONCLUSÃO DAS DECISÕES DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS	63
4.4.	ANÁLISE DO CASO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ..	67
5	CONCLUSÃO	74
	REFERÊNCIAS	76
	ANEXO A – SENTENÇA	79
	ANEXO B – ACÓRDÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO	83
	ANEXO C – DECISÃO MONOCRÁTICA DO RECURSO ESPECIAL	92
	ANEXO D – ACÓRDÃO DO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL	96

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda a Lei do Distrato Imobiliário (Lei nº 13.786/2018) como um marco significativo, estabelecendo os parâmetros legais nas relações contratuais entre incorporadoras e adquirentes de imóveis.

A Lei do Distrato Imobiliário tem extrema relevância, já que o setor imobiliário é um pilar fundamental da economia, desempenhando um papel crucial no desenvolvimento urbano e na promoção do bem-estar social. Em meio a transações complexas e contratos extensos, a Lei do Distrato Imobiliário emerge como uma ferramenta vital para equilibrar as relações entre consumidores e incorporadoras, conferindo proteção e segurança jurídica a ambas as partes envolvidas.

Essa monografia propõe um estudo aprofundado da legislação, por meio de uma análise detalhada do processo nº 1018599-32.2021.8.26.0002, do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, que traz um caso de rescisão contratual, por desistência do adquirente, de imóvel submetido ao regime do patrimônio de afetação.

A Lei do Distrato regulamenta as rescisões contratuais no setor imobiliário, inclusive, introduziu modificações significativas na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79). Essas modificações buscam alinhar o cenário legal à complexidade das transações imobiliárias atuais, proporcionando maior segurança jurídica para as partes interessadas.

Ao traçar esses contornos iniciais, a presente pesquisa se propõe a contribuir para a compreensão crítica da aplicação da Lei do Distrato Imobiliário, destacando seu impacto nas práticas contratuais e no deslinde de casos judiciais relevantes, como o mencionado processo em análise.

Tem-se como objetivo analisar a efetividade da aplicação da Lei do Distrato Imobiliário (Lei 13.786/2018) no processo nº 1018599-32.2021.8.26.0002, e qual a fundamentação jurídica para considerar a validade ou abusividade da cláusula penal de 50% (cinquenta por cento), em caso de rescisão de compra e venda de empreendimento sob regime de afetação de patrimônio.

Sendo assim, o segundo capítulo deste trabalho abordará as importantes definições de negócio jurídico imobiliário, a Lei de parcelamento do solo urbano (Lei nº 6.766/79) e a Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64), bem como o conceito

e finalidade do patrimônio de afetação na incorporação imobiliária e o conceito e objetivo da cláusula penal.

Já o terceiro capítulo, por sua vez, apresenta a Lei do Distrato, além dos problemas e desafios que levaram à criação da Lei e as alterações na Lei de incorporação imobiliária (Lei 4.591/64) e na Lei de parcelamento do solo urbano (Lei 6.766/79).

Por fim, o quarto capítulo terá enfoque em apresentar o processo estudado, expondo os fatos que acarretaram o conflito, os argumentos das partes, as decisões proferidas e os argumentos jurídicos utilizados.

Ao delinear esses propósitos, a pesquisa visa contribuir para uma compreensão mais profunda das implicações práticas da Lei do Distrato Imobiliário, destacando sua relevância e impacto nos desdobramentos judiciais pertinentes ao universo das incorporações imobiliárias.

2 NEGÓCIOS JURÍDICOS IMOBILIÁRIOS

O direito possui um ciclo de vida próprio: surge, evolui e encerra-se. Essas etapas resultam de eventos chamados de fatos jurídicos, pois geram consequências no âmbito legal. Nem todo evento constitui um fato jurídico, alguns são simplesmente acontecimentos sem relevância para o direito. Apenas eventos significativos para o direito, mesmo que envolvam ilicitude, são considerados fatos jurídicos (GONÇALVES, 2023, p. 129).

Gonçalves (2023, p. 129) ensina que “o atual Código [Civil] substituiu a expressão genérica ‘ato jurídico’ pela designação específica ‘negócio jurídico’, porque somente este é rico em conteúdo e justifica uma pormenorizada regulamentação, aplicando-se-lhe os preceitos constantes do Livro III. Alterou, também, a ordem das matérias”.

Conforme Pereira (2022, p. 291):

A chuva que cai é um fato, que ocorre e continua a ocorrer, dentro da normal indiferença da vida jurídica, o que não quer dizer que, algumas vezes, este mesmo fato não repercute no campo do direito, para estabelecer ou alterar situações jurídicas. Outros se passam no domínio das ações humanas, também indiferentes ao direito: o indivíduo veste-se, alimenta-se, sai de casa, e a vida jurídica se mostra alheia a estas ações, a não ser quando a locomoção, a alimentação, o vestuário provoquem a atenção do ordenamento legal.

Então, vemos que qualquer evento só é considerado jurídico depois de ser avaliado. As Leis que controlam o comportamento humano incluem regras que antecipam situações e comportamentos importantes, e uma vez que esses eventos ocorrem, eles servem como base para a aplicação da regra e o surgimento do evento jurídico (GONÇALVES, 2023, p. 129).

Segundo Karl Larenz (2019, p. 421), o Código Civil alemão (BGB) foi o primeiro a abordar legalmente o negócio jurídico, atribuindo a ele um conjunto particular de normas jurídicas. Este documento possibilitou que se formulasse o seguinte conceito de negócio jurídico que é a realização de um ato ou de vários atos interligados, envolvendo uma ou mais pessoas, com a finalidade de gerar efeitos jurídicos e alterar relações no contexto do direito privado.

Por sua vez, segundo Miguel Reale (2002, p. 206-207), o negócio jurídico é uma categoria de ato jurídico que, para além de derivar de uma manifestação de

vontade, envolve a expressa declaração de vontade, estabelecendo uma relação entre dois ou mais sujeitos em busca de um objetivo amparado pela legislação. Esses atos, que resultam em uma relação entre sujeitos, não devem ser confundidos com os atos jurídicos em sentido estrito, nos quais não há consenso de vontades, como acontece em ações materiais, por exemplo, na ocupação ou posse de um terreno, na construção de uma casa no terreno ocupado, entre outros. Um contrato de compra e venda, ao contrário, assume a forma específica de um negócio jurídico.

Já para Renan Lotufo, citado por Gonçalves (2023, p. 130), negócio jurídico é o instrumento que possibilita a expressão da autonomia privada, representando a capacidade e o poder de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas entre indivíduos.

Ainda, nos ensinamentos de Francisco Amaral (2018, p. 465-466), negócio jurídico refere-se à expressão privada da vontade com o propósito de gerar efeitos desejados e reconhecidos pelo direito. Esses efeitos podem envolver a criação, alteração ou término de relações jurídicas, de maneira vinculativa e obrigatória para as partes envolvidas. Ainda destaca que o negócio jurídico é o instrumento para exercer a autonomia privada e o contrato é seu símbolo.

Nas palavras de Azevedo, citado por Tartuce (2023, p. 235), o negócio jurídico representa a principal manifestação da autonomia privada e da liberdade contratual, em termos concretos, o negócio jurídico é todo evento jurídico composto por uma declaração de vontade, a qual todo o sistema jurídico atribui os efeitos desejados, desde que sejam respeitados os requisitos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica aplicável.

Ainda conforme Azevedo, citado por Tartuce (2023, p. 235), no âmbito do negócio jurídico, as partes envolvidas, ao expressarem sua vontade, comprometem-se a criar, por iniciativa própria, normas que regulamentam seus próprios interesses.

Para Diniz (2023, p. 166), “o negócio jurídico origina-se de ato volitivo, que colima a realização de um certo objetivo, criando, com base em norma jurídica, direito subjetivo, e impondo, por outro lado, obrigações jurídicas”.

Como bem observado por Gonçalves (2023, p. 130), “no negócio jurídico a manifestação da vontade tem finalidade negocial, que abrange a aquisição, conservação, modificação ou extinção de direitos”.

O negócio jurídico, no dizer de Enneccerus, Pereira (2022, p. 407) “é um pressuposto de fato, que contém uma ou várias declarações de vontade, como base para a produção de efeitos jurídicos desejados”.

No dizer de Oertmann, citado por Pereira (2022, p. 407), “é o fato produzido dentro do ordenamento jurídico, que, com relação à vontade dos interessados nele manifestada, deve provocar determinados efeitos jurídicos”.

Assim, todo ato jurídico tem sua origem em uma manifestação de vontade, no entanto, é importante observar que nem toda expressão de vontade configura um ato jurídico (PEREIRA, 2022, p. 408).

Ademais, a diversidade dos negócios jurídicos é vasta, o que justifica a importância de categorizá-los, uma vez que diferentes categorias estão sujeitas a disciplinas jurídicas distintas e específicas (VENOSA, 2023, p. 308).

A finalidade da classificação do negócio jurídico é situar um instituto jurídico específico e elucidar sua natureza jurídica. O intuito é realizar o que chamamos de categorização jurídica. De acordo com o artigo 185 da codificação vigente, essas classificações se aplicam tanto aos negócios quanto aos atos jurídicos em sentido estrito (TARTUCE, 2023, p. 380).

Nas palavras de Tartuce (2023, p. 380), vejamos os principais enquadramentos de tais institutos:

I) Quanto às manifestações de vontade dos envolvidos:

Negócios jurídicos unilaterais – são aqueles atos e negócios em que a declaração de vontade emana de apenas uma pessoa, com um único objetivo. São exemplos de negócios jurídicos unilaterais o testamento, a renúncia a um crédito e a promessa de recompensa.

Os negócios unilaterais podem ainda ser classificados em receptícios – aqueles em que a declaração deve ser levada a conhecimento do seu destinatário para que possa produzir efeitos – e em não receptícios – em que o conhecimento pelo destinatário é irrelevante. A promessa de recompensa está dentro dos primeiros e o testamento, dos últimos.

- Negócios jurídicos bilaterais – são aqueles em que há duas manifestações de vontade coincidentes sobre o objeto ou bem jurídico tutelado. O negócio jurídico bilateral por excelência é o contrato. Repita-se, portanto, que os contratos são sempre negócios jurídicos, pelo menos bilaterais.

- Negócios jurídicos plurilaterais – são os negócios jurídicos que envolvem mais de duas partes, com interesses coincidentes no plano jurídico. Exemplos de negócio jurídico plurilateral são o contrato de consórcio e o contrato de sociedade entre várias pessoas.

II) Quanto às vantagens patrimoniais para os envolvidos:

Negócios jurídicos gratuitos – são os atos de liberalidade, que outorgam vantagens sem impor ao beneficiado a obrigação de uma contraprestação. Não envolvem, portanto, sacrifício patrimonial de todas as partes, situações

em que uma parte só tem vantagens, não assumindo deveres. Exemplo é o contrato de doação pura.

- Negócios jurídicos onerosos – são os atos que envolvem sacrifícios e vantagens patrimoniais para todas as partes no negócio, como é o caso dos contratos de locação e de compra e venda. No primeiro caso a remuneração é o aluguel, no segundo, o preço.

Compreender o conceito de negócio jurídico revela-se imperativo para a consecução deste estudo, uma vez que esse conceito figura de forma predominante na legislação que versa sobre distrato, como será pormenorizadamente examinado no capítulo subsequente.

Superada a conceitualização de negócio jurídico, adiante abordaremos sobre duas espécies de negócios jurídicos imobiliários, sendo elas: o parcelamento do solo urbano e a incorporação imobiliária.

2.1. PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Primeiramente, importante informar que o parcelamento do solo urbano é regido pela Lei 6.766/1979, que veio a substituir o Decreto-Lei 58/1937 em relação ao ato de parcelar, porém, continua regendo os contratos de promessa de compra e venda de forma subsidiária à Lei 6.766/1979 e ao Código Civil.

Em verdade, a Lei nova não revogou o Decreto-Lei 58/1937, que não contém requisitos urbanísticos e continua em vigor para regular as promessas de compra e venda de imóveis não loteados, bem como o parcelamento do solo rural.

Em relação aos loteamentos fechados, citamos o Decreto 271/1967, que continua em vigor e aplica-se especialmente aos loteamentos fechados no que se refere à concessão de uso.

Parcelar o solo urbano, como dito, é atividade submetida à Lei 6.766/1979, além de vasta legislação federal, especialmente ambiental e municipal.

Parcelamento do solo urbano é gênero do qual são espécies o desmembramento, o loteamento e o desdobro.

As duas primeiras espécies estão sujeitas e disciplinadas pela Lei 6.766/1979, ao passo que a última exclusivamente pela Lei municipal.

Antes de adentrarmos nas definições de loteamento e desmembramento, importante se faz a definição de gleba e lote que será visto a seguir.

De acordo com Scavone Junior (2022, p. 233), gleba refere-se a uma parte de terra que não tenha sido submetida a parcelamento, conforme as disposições da Lei 6.766/1979. Em outras palavras, podemos considerar algo como gleba se essa porção de terra nunca foi dividida em lotes ou parcelas.

Em consonância com o demonstrado anteriormente, de acordo com Tapai (2022, p. 369), “denomina-se gleba a porção de terra original, que não tenha sido submetida ao parcelamento anteriormente”.

Sendo assim, haverá gleba se a porção de terra “não sofreu, anteriormente, parcelamento, conforme a Lei 6.766/1979 ou Decreto-Lei 58/1937, não existindo infraestrutura básica e dimensões requeridas pelos §§ 4º, 5º e 6º da Lei 6.766/1979, ou então que sofreu parcelamento sob a égide do Decreto-Lei 58/1937, cuja destinação de áreas públicas não atende aos requisitos contidos na Lei municipal (Lei 6.766/1979, arts. 4º, § 1º, e 11)” (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 235).

Da mesma forma, será apresentado a definição de lote a seguir.

O artigo 2º, §4º, da Lei 6.766/1979 define que *“lote é o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou Lei municipal para a zona que se situe”*.

Com o loteamento, resulta a divisão da área em lotes. Está porção da área definida pela Lei 9.785, que acrescentou o §4º ao art. 2º da Lei 6.766: *“Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou Lei municipal para a zona em que se situe”*. Nesta área específica de solo, encontra-se uma fração do loteamento, referindo-se à parte em que este foi subdividido para ser comercializado. Essa parcela apresenta todas as infraestruturas típicas de centros urbanos, em conformidade com as diretrizes do plano diretor ou legislação municipal (RIZZARDO, 2014, p. 37).

Ainda, de acordo com o entendimento de Scavone Junior (2022, p. 233), um lote será oficialmente reconhecido como tal, em contraposição a uma gleba, mediante o cumprimento de requisitos dimensionais estipulados pela regulamentação municipal ou pelo plano diretor vigente, desde que também apresente infraestrutura básica completa. Este último requisito abrange a disponibilidade de elementos essenciais, tais como sistemas de drenagem de águas pluviais, instalações de iluminação pública, saneamento básico, fornecimento de água potável, oferta de energia elétrica para uso público e residencial, bem como a existência de vias de circulação adequadas. Tais condições específicas encontram-se delineadas no artigo

2º da Lei 6.766/1979, nos parágrafos 4º e 5º, conforme modificações implementadas pelas Leis 9.785, de 29 de janeiro de 1999, e 11.445, de 5 de janeiro de 2007.

Ainda, o diploma em seu art. 2º, §1º, aproveitou-se, ao definir, da ideia contida no art. 1º, §1º, do Decreto-Lei 271, de 28.02.1967, assim conceituando: “A subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aberturas de novas vias de circulação, de logradouros públicos, ou prolongamento, modificação ou ampliação de vias existentes”. Dir-se-á que ocorre uma alteração no plano viário da cidade, ampliando-se em nova extensão a área urbana, implantando-se zona habitada, abrindo-se vias e criando-se logradouros públicos antes inexistentes. Distingue-se do desmembramento porque neste sobressai o aproveitamento do sistema viário estabelecido” (RIZZARDO, 2014, p. 37).

De acordo com Scavone Junior (2022, p. 235), “verifica-se que essa definição, trazida pela Lei 9.785/1999, não existia anteriormente, o que demandava enorme esforço exegético para se chegar à definição de lote, considerava-se lote a porção de terra que resultasse de um desmembramento ou de um loteamento sob a égide da Lei 6.766/1979, ou legislação anterior, desde que, neste último caso, tenha sido destinada área pública mínima”.

Nesse sentido, Toshio Mukai, Alaôr Caffé Alves e Paulo José Villela Lomar definiram lote como *“toda porção de terra resultante de parcelamento urbano de uma gleba, destinada a edificação”*.

Pelo entendimento de Scavone Junior (2022, p. 235), compreendemos que não é mais necessário considerar a obrigação de loteamento ou desmembramento como um requisito fundamental para a criação de uma unidade de terreno delimitada como lote.

“Se a porção de terra se enquadra nos parâmetros dos §§ 4º, 5º e 6º, do art. 2º, da Lei 6.766/1979, haverá lote, mesmo que a porção de terra não tenha sido, anteriormente, loteada ou desmembrada. Assim, não haverá falar-se em loteamento ou desmembramento dessa porção de terra nos termos dos §§ 1º e 2º, uma vez que, para tanto, mister se faz a existência de subdivisão de gleba em lote” (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 235).

Além disso, o loteamento pode ser definido como “a subdivisão de gleba em lotes, são destinados à edificação, evidenciando a abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes” (SCAVONE JUNIOR, 2022. p. 229).

Já o desmembramento “é a atividade de subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes” (SCAVONE JUNIOR, 2022. p. 229).

Esses conceitos estão insertos no art. 2º e respectivos parágrafos da Lei 6.766/79.

O desdobro nada mais é que a subdivisão de um lote em lotes, conforme previsão em Lei municipal.

Em resumo, temos três espécies relacionadas à subdivisão de terras: loteamento, desmembramento e desdobro. No entanto, é importante destacar que cada uma delas requer uma análise mais detalhada e aprofundada para compreender plenamente suas definições e implicações.

Em relação ao loteamento e desmembramento, haverá no caso de subdivisão de glebas em lotes com abertura de ruas, vielas, praças e outros logradouros públicos. Se a subdivisão da gleba em lotes aproveitar a malha viária e os equipamentos públicos já existentes, estaremos diante de desmembramento (SCAVONE JUNIOR, 2022. p. 233).

Os parágrafos do art. 2º da Lei 6.766/1979 definem o loteamento e o desmembramento:

Art. 2º O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes.

§ 1º Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.

§ 2º Considera-se desmembramento a subdivisão de gleba em lotes destinados à edificação, com aproveitamento do sistema viário existente, desde que não implique a abertura de novas vias e logradouros públicos, nem prolongamento, modificação ou ampliação dos já existentes.

§ 3º (Vetado.)

§ 4º Considera-se lote o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou Lei municipal para a zona em que se situe.

§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica e domiciliar e vias de circulação. (Redação dada pela Lei 11.445, de 2007).

§ 6º A infraestrutura básica dos parcelamentos situados nas zonas habitacionais declaradas por Lei como de interesse social (ZHIS) consistirá, no mínimo, de: I – vias de circulação; II – escoamento das águas pluviais; III – rede para o abastecimento de água potável; e IV – soluções para o esgotamento sanitário e para a energia elétrica domiciliar. (BRASIL, 1979).

O loteamento se diferencia do desmembramento na exata medida em que, neste, não há como se falar em abertura ou prolongamento de vias de circulação e, tampouco, de logradouros públicos, tais como as praças e ruas (SCAVONE JUNIOR, 2022. p. 232).

Inicialmente, haverá loteamento no caso de subdivisão de glebas em lotes com abertura de ruas, vielas, praças e outros logradouros públicos. Se a subdivisão da gleba em lotes aproveitar a malha viária e os equipamentos públicos já existentes, estaremos diante de desmembramento (SCAVONE JUNIOR, 2022, p.233).

Inclusive, importante mencionar que o loteamento e o desmembramento só existem se dá atividade de parcelar o solo urbano, extrair-se uma subdivisão de gleba em lotes, sendo, então, de elevada importância que se entenda a diferenciação dessas duas espécies trazidas pela Lei 6.766/79.

De acordo com Scavone Junior (2022, p. 233), a Lei 6.766/79 recebia críticas por não estabelecer claramente os conceitos, delegando essa responsabilidade à doutrina e à jurisprudência. Isso resultava em uma situação confusa na implementação da Lei. E ainda, continua ensinando:

Todavia, a Lei 9.785, de 29 de janeiro de 1999, acabou por definir o lote pela inclusão dos §§ 4º e 5º no art. 2º da Lei 6.766/1979.

Como citado anteriormente, se não houver a subdivisão de gleba em lotes, não há como se falar em loteamento ou desmembramento.

A gleba é a porção de terra que não tenha sido submetida a parcelamento sob a égide da Lei 6.766/1979, desta forma estaremos diante de uma gleba se a porção de terra jamais foi loteada ou desmembrada sob a vigência da nova Lei.

No entanto, mesmo que não tenha ocorrido o parcelamento do solo conforme as disposições da Lei 6.766/1979, incluindo suas emendas posteriores, considerar-se-á a existência de lotes em vez de glebas, desde que a porção de terra satisfaça os requisitos dimensionais estipulados pela legislação municipal ou pelo plano diretor. Além disso, a infraestrutura básica deve estar disponível, compreendendo a presença adequada de equipamentos urbanos para o escoamento de águas pluviais, iluminação pública, saneamento básico, fornecimento de água potável, energia elétrica para uso público e residencial, juntamente com a existência de vias de circulação. Estas condições estão especificadas no artigo 2º da Lei 6.766/1979, parágrafos 4º e 5º, conforme alterados pelas Leis 9.785, de 29.01.1999, e 11.445, de 05.01.2007.

O resultado do parcelamento sob os auspícios do Decreto-Lei 58/1937, nos termos do § 1º do art. 4º e parágrafo único do art. 11 da Lei 6.766/1979, trata-se de gleba,² isso no caso desse parcelamento não ter destinado o mínimo de área pública, acorde com a Lei municipal e, também, não ter atendido aos requisitos dimensionais e de infraestrutura dos §§ 4º e 5º do art. 3º da Lei 6.766/1979, quando se exige, para parcelamentos posteriores, que o Município ou Distrito Federal fixe as normas urbanísticas.

Nesse caso, é de se verificar a modificação do § 1º do art. 4º da Lei 6.766/1979 que, anteriormente exigia, de forma indelével, o mínimo de 35% (trinta e cinco por cento) de áreas públicas (arts. 2º e §§ 4º, § 1º, e 11,

parágrafo único, da Lei 6.766/ 1979), cujo percentual, com as alterações legais, fica hoje a critério da legislação municipal.

Assim, somente não haverá como se falar em gleba na hipótese de parcelamento do solo urbano de acordo com o Decreto-Lei 58/1937, caso esse mesmo parcelamento tenha observado para os logradouros públicos o mínimo do § 1º do art. 4º da Lei 6.766/1979, exigível no momento do novo parcelamento, ou se enquadre no conceito de lote trazido à colação pelos §§ 4º e 5º da Lei 9.785/1999, hipótese em que estaremos diante de lote para os fins da Lei 6.766/1979. Concluindo, haverá gleba se a porção de terra:

a) não sofreu, anteriormente, parcelamento de acordo com a Lei 6.766/1979 ou Decreto-Lei 58/1937, não existindo infraestrutura básica e dimensões requeridas pelos §§ 4º, 5º e 6º da Lei 6.766/1979;

b) sofreu parcelamento sob a égide do Decreto-Lei 58/1937 cuja destinação de áreas públicas não atende aos requisitos contidos na Lei municipal (Lei 6.766/1979, arts. 4º, § 1º, e 11)”.

De acordo com Rizzardo (2021, p. 998), “somente o Decreto-Lei nº 271, de 1967, trouxe a definição do novo tipo de desdobramento, distinguindo-o do loteamento.

Ou seja, o desmembramento urbano ocorre quando uma área é subdividida em lotes para construção, utilizando o sistema viário oficial da cidade ou vila, sem a necessidade de criar novas vias públicas ou modificar as já existentes. Já no loteamento, a subdivisão em lotes destinados à construção pode envolver alterações no sistema viário oficial (RIZZARDO, 2021, p. 998).

A Lei nº 6.766/1979 pretendeu ser mais explícita. Neste sentido, considerou desmembramento (art. 2º, § 2º): a divisão de uma extensão de terra em lotes destinados à construção é autorizada, desde que se utilize a infraestrutura viária já existente, sem a necessidade de abrir novas vias ou espaços públicos, e sem realizar modificações, prolongamentos ou ampliações nos já existentes (RIZZARDO, 2021, p. 998).

Dessarte, o parcelamento, que é uma forma de dividir áreas, envolve a transformação de um único imóvel em dois ou mais terrenos, resultando na extinção da propriedade original para dar origem a novas propriedades. Quando essa subdivisão ocorre em uma área já inserida em um espaço público, entre vias oficialmente reconhecidas pelo município, caracteriza-se como desmembramento (RIZZARDO, 2021, p. 999).

Desta forma, bem definidos os conceitos de loteamento e desmembramento e suas diferenças, importante se faz mencionar o registro tanto de um quanto de outro, veremos a seguir.

A legislação atual introduziu alterações significativas no registro em comparação com o Decreto-Lei nº 58/1937, especialmente no que diz respeito ao

desmembramento. Agora, as formalidades exigidas para o desmembramento são equivalentes às do loteamento, diferentemente do passado, quando se resumiam à simples apresentação de um requerimento acompanhado de um memorial descritivo e uma planta (RIZZARDO, 2021, p. 1000).

Apesar de o desmembramento ser ato que deve ser averbado e o loteamento registrável, a legislação exige que os mesmos documentos idênticos sejam depositados no cartório de registro imobiliário. Essa conclusão é incontestável, já que o Capítulo VI aborda ambas as formas de parcelamento às quais as normas subsequentes se aplicam, embora a maior parte dos dispositivos faça menção apenas ao loteamento, regulamentando ambas as modalidades de subdivisão (RIZZARDO, 2021, p. 1000).

As mesmas demandas são justificadas pelo espírito da Lei, pois o desmembramento, assim como o loteamento em si, envolve a subdivisão de uma área em terrenos destinados à venda à vista ou em prestações sucessivas e periódicas, disponibilizando-os ao público em geral (RIZZARDO, 2021, p. 1000).

Após obter a aprovação das autoridades competentes, o projeto é submetido ao registro no cartório imobiliário, devendo ser concluído dentro do período de cento e oitenta dias. Se esse procedimento cartorário não for realizado dentro desse prazo, a validade do projeto é perdida, e a aprovação deixa de ter efeito (RIZZARDO, 2021, p. 1000).

Em sequência, abordaremos uma outra modalidade de negócio jurídico imobiliário, a saber, a incorporação imobiliária.

2.2 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

2.2.1 Do conceito de incorporação imobiliária

Inicia-se o capítulo deste trabalho com a ideia de incorporação imobiliária definida por Rizzardo (2022, p. 267):

O sentido de incorporação imobiliária transcende o significado que advém da origem etimológica da palavra. A semântica revela o alcance diferente daquele a que conduz a decomposição do termo, com vistas a encontrar o real sentido. Forma-se a expressão da junção do sufixo *in* (em) e do verbo *corporare* (corporar, levando a entender-se como “colocar no corpo”. *Incorporare* veio a expressar a junção de coisas na formação de uma realidade. Coloca-se no corpo. É mais que um “agrupar”, ou um “congregar”, pois corresponde a uma assimilação de coisas diferentes para transformá-las

em uma unidade. Também representa a entrada de um ser, de um espírito, em outro ser, quando passam a se exteriorizar as duas realidades em ações e formas.

Para Tapai (2022, p. 117), “incorporação imobiliária nada mais é do que construir sobre um terreno, incorporando a construção ao lote, o que torna tanto a construção como o terreno uma só coisa jurídica, um só imóvel”.

Quando se fala em incorporação, fala-se em repartição do terreno em frações ideais e fala-se de condomínio, sobre o qual será erguido o edifício, ou conjunto de casas, que terá o número de unidades autônomas igual ao número de frações ideais e a elas indissolúvelmente vinculadas. Portanto, além de erguer uma edificação em determinado terreno, a incorporação cria um negócio jurídico mais amplo (TAPAI, 2022, p. 117).

Ou seja, existe um bem ao qual se incorporam elementos, dando origem a uma realidade inédita e distinta, subsequente à anterior. Esta nova realidade é governada por uma estrutura normativa especial e diferente daquela que orientava os bens que foram fundidos ou unidos (RIZZARDO, 2021, p. 275).

Para Aghiarian (2015, p. 273), “o surgimento da Lei de incorporações, ou sua principal justificativa, se dá em face da necessidade de regulamentar a atividade a que dá nome, estabelecer a personalização da pessoa a quem se incumbirá a qualificação de incorporador, assim como, após individualizá-lo ou personalizá-lo, poder definir seu limite de responsabilidades, em face dos diversos aderentes aos empreendimentos sob sua coordenação e iniciativa. Daí, com frequência, vemos nesse diploma excepcional um dos precursores do que se poderia chamar, hoje, de consumidores, ou simplesmente, aderentes”.

Caio Mário da Silva Pereira (2022, p. 231/232) descreve de maneira precisa o cenário que leva à formação do contrato de incorporação imobiliária: um indivíduo aborda o proprietário de um terreno bem localizado, sugerindo a construção de um edifício coletivo no local. No entanto, nenhum dos dois possui os fundos necessários, e nenhum deles tem a capacidade de obter o capital, cada vez mais substancial, requerido para concluir o empreendimento. Como solução, o proprietário concede uma opção ao incorporador, na qual as condições para a alienação da propriedade são estabelecidas. Após isso, o incorporador consulta um arquiteto para desenvolver o projeto. Com base nas informações que permitem calcular o aspecto econômico do negócio (participação do proprietário, custo da obra, benefício do construtor e lucro),

as unidades são colocadas à venda. Os potenciais compradores apresentam uma 'proposta' de compra, detalhando as condições de pagamento e outros detalhes, sem que o incorporador forneça um documento definitivo ou provisório. Somente quando há um número suficiente de subscritores para cobrir os custos da obra é que o incorporador inicia o processo. Se a execução for por empreitada, ele 'contrata' o empreiteiro; se for por administração, ele negocia com o responsável técnico e contrata o calculista, os operários, o fornecimento de materiais, entre outros aspectos.

Dessa explicação, percebe-se a essência da incorporação: compromete-se uma pessoa a liderar a edificação de um prédio dividido em unidades independentes, destinadas a diferentes compradores, cada um adquirindo uma fração ideal do terreno, sob o sistema de condomínio especial. Essa é uma transação jurídica voltada para impulsionar e concretizar a construção, visando a alienação total ou parcial da edificação composta por essas unidades autônomas. Dessa forma, conforme a explicação de Maria Helena Diniz (1986, p. 431), trata-se do acordo em que uma pessoa se compromete a vender ou efetivamente vende uma fração ideal de terreno, com a vinculação a unidades autônomas de uma edificação a ser construída sob o regime condominial. Esse compromisso é estabelecido com base em um projeto de construção a ser aprovado pela autoridade administrativa, juntamente com um memorial descritivo, que será arquivado no Registro de Imóveis.

Ainda, Scavone Junior (2022, p. 275) esclarece que o ato de incorporar “trata-se de ato jurídico cujo objetivo é discriminar as unidades autônomas, bem como as áreas comuns e privativas do condomínio edilício, estabelecendo as regras que pautam as relações no conjunto de edificações”.

O artigo 28 da Lei n. 4.591/1964 apresenta uma definição de incorporação: “para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas”.

A fim de expandir o conceito trazido no artigo citado, Rizzardo (2022, p. 273) acrescenta:

Trata-se da atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção. Mais conceitualmente, é a atividade de coordenação e execução de edificações imobiliárias (e não somente de prédios), que vai desde a alienação de frações ideais, que se transformam em unidades imobiliárias em

construção, com a sua destinação aos adquirentes quanto prontas, e a efetivação do registro imobiliário. Vendem-se antecipadamente as unidades de um edifício com a construção planejada, ou unidades pendentes de construção, podendo inclusive ser vendida na “planta”. Daí se firmar a ideia de que se trata de promessa de compra e venda futura.

Assim, temos a ideia de incorporação: uma pessoa é compelida a construir um edifício dividido em unidades autônomas destinadas a distintos compradores das frações ideais correspondentes do terreno. Este processo ocorre sob um regime de condomínio especial, com a transferência das unidades ocorrendo durante a construção. Este é um negócio jurídico destinado a impulsionar e concluir a construção, para a alienação total ou parcial da edificação composta por unidades autônomas. A atividade se desenrola com o propósito de promover e concretizar a construção de edifícios, os quais são subdivididos em unidades destinadas à venda (RIZZARDO, 2021, p. 268).

Do mesmo modo, quando se fala em incorporação, ao abordar o tema, refere-se à subdivisão do terreno em partes proporcionais, relacionando-se ao conceito de condomínio. Este último é a base para a construção do edifício ou conjunto habitacional, cujo número de unidades autônomas coincide com as frações ideais, estando intrinsecamente ligadas a elas. Assim, a incorporação não se limita apenas à construção em um local específico, mas estabelece um acordo jurídico abrangente (TAPAI, 2022, p. 117).

Luiz Autuori, Jorge Lopes Pinto e Iracy Lopes Pinto (1978, p. 31) esclarecem de maneira mais precisa que o terreno sujeito à construção ou o conjunto de edifícios e suas instalações, abrangendo fundações, paredes externas, o teto, áreas internas de ventilação, assim como qualquer espaço de uso comum dos titulares do direito de aquisição de unidades, formarão um condomínio coletivo e permanente, indivisível e inalienável em separado de suas unidades correspondentes. Além disso, são igualmente inapropriáveis para o uso exclusivo de qualquer condômino.

Portanto, a incorporação, com o objetivo de estabelecer o condomínio, se desenrola por meio de uma sequência de etapas. Inicialmente, conforme evidenciado em sua definição, o proprietário do terreno, o comprador com compromisso firmado ou um terceiro devidamente autorizado, negocia com aqueles interessados na aquisição das unidades autônomas, acertando a venda e a construção do edifício. Esse processo envolve uma série de acordos independentes destinados a determinar os direitos e obrigações de cada participante no empreendimento coletivo. Em

seguida, formaliza-se um contrato preliminar de compra e venda para cada unidade autônoma. Um segundo contrato é estabelecido, referente à prestação de serviços por parte do incorporador. Um terceiro instrumento é elaborado para a construção do edifício. Embora esses três acordos sejam distintos, é possível consolidá-los em um único documento (RIZZARDO, 2023, p. 1237).

Por meio do empreendimento, o incorporador procura angariar os recursos financeiros essenciais para a edificação do prédio (RIZZARDO, 2023, p. 1237).

Do contrato emergem as responsabilidades de conceder e executar, desdobrando-se em fases sucessivas até a finalização do prédio e a transferência definitiva das unidades autônomas para seus proprietários, assim como das áreas comuns do edifício e do terreno para os condôminos. Além disso, evidencia-se um compromisso específico assumido pelas partes contratantes: por parte dos adquirentes dos apartamentos, o compromisso de efetuar os pagamentos relacionados à aquisição da unidade; por parte do incorporador, o compromisso de promover a construção e venda das unidades, juntamente com a correspondente gestão do condomínio para o terreno e as áreas comuns do edifício (RIZZARDO, 2023, p. 1237).

Desta forma, se faz importante entender o conceito de incorporação imobiliária, pois, ao desvelar as nuances e implicações legais inerentes a essa modalidade de negócio, adquire-se uma base sólida para a tomada de decisões informadas e estratégicas no cenário imobiliário. A compreensão aprofundada desse processo jurídico não apenas resguarda os interesses das partes envolvidas, mas também confere maior clareza na condução e execução de empreendimentos, promovendo, assim, uma atuação mais segura e eficiente no mercado imobiliário.

Adiante, estudaremos a pessoa do incorporador, figura central no contexto da incorporação imobiliária.

2.2.2 Do incorporador

O artigo 29 da Lei 4.591/1964 nos traz a definição legal de incorporador:

Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceita propostas para efetivação

de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas (BRASIL, 1964).

Já, em termos amplos, qualquer pessoa capaz, no pleno gozo de seus direitos e com disponibilidade sobre seus bens, possui legitimidade para atuar como incorporador (RIZZARDO, 2021, p. 299).

Porém, é importante ressaltar que não é toda pessoa física que pode ser incorporador, conforme as lições de Aghiarian (2015, p. 275):

Que nem toda pessoa física poderá ser incorporador, uma vez que a atividade envolvendo a promoção do empreendimento e venda incumbe, forçoso reconhecer, a corretores de imóveis (diante da legislação que reconhece tal atividade como profissional qualificada), ou responsabilizar-se-á pela edificação, devendo para tanto ser engenheiro civil, regularmente inscrito e habilitado pelo órgão de classe (CREA). A simples pessoa física, sem uma ou outra qualificação acima, deverá estar integrada a um grupo econômico, onde, como sócio de determinada empresa de incorporação ou sob a forma de “firma individual”, munida de técnicos habilitados, poderá, então, indiretamente, dedicar-se à atividade que é técnica, essa é a nossa opinião, não obstante a seguir a Lei.

A condição de incorporador pode ser atribuída ao proprietário do terreno, ao comprador em potencial, ao cessionário desse comprador ou ao promitente cessionário, ao construtor e ao corretor de imóveis. Além disso, o ente federativo que adquiriu a posse por meio de uma decisão judicial em um processo de desapropriação em andamento, ou seu cessionário, comprovado por registro no Registro de Imóveis competente, também pode ser considerado incorporador (TAPAI, 2022, p. 117).

Assim está previsto no artigo 30 da Lei n. 4.591/1964: “Estende-se a condição de incorporador aos proprietários e titulares de direitos aquisitivos que contratem a construção de edifícios que se destinem à constituição em condomínio, sempre que iniciarem as alienações antes da conclusão da obra”.

Destaca-se, entretanto, que para além do dono, do construtor, do corretor de imóveis e do ente federativo, considera-se como incorporador aquele que estabelece contrato com o proprietário do imóvel ou com uma empresa de empreendimentos imobiliários com o propósito de coordenar e liderar o processo de incorporação (RIZZARDO, 2021, p. 287).

Para Tapai (2022, p. 118), “para ser o incorporador não é necessário ser o dono do terreno, tampouco o construtor, mas será aquele que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a

incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”.

Incorporador pode ser tanto o dono do terreno, o comprador prometido, o cessionário deste ou o prometido cessionário, o construtor e o corretor de imóveis. Além disso, o ente federativo que adquire a posse por meio de uma decisão emanada de um processo judicial de desapropriação em andamento ou o cessionário desse ente, comprovado por registro no Registro de Imóveis competente, também pode atuar como incorporador (TAPAI, 2022, p. 118).

Segundo Orlando Gomes (2022, p. 504), o segundo participante no contrato de incorporação imobiliária é definido como "qualquer indivíduo, seja pessoa física ou jurídica, que manifeste interesse em adquirir uma ou várias unidades autônomas em uma edificação sob o regime de condomínio especial, seja por meio de compra efetiva ou promessa de compra".

De fato, o incorporador desempenha um papel central na incorporação, sendo a mente por trás da concepção do edifício. Ele elabora o plano de negócios, forma um grupo de indivíduos e assume a responsabilidade integral pela concretização do empreendimento. Compromete-se a obter os recursos necessários e a comercializar as unidades, assumindo as consequências caso não cumpra tais compromissos. Sua responsabilidade inclui garantir o registro imobiliário essencial (RIZZARDO, 2021, p. 287).

Importante saber que todo contrato de incorporação pressupõe implicitamente a concessão de um mandato, uma vez que o incorporador representa os interesses dos subscritores. Ele atua na posição de mandatário, e nesse contexto, está sujeito às normas reguladoras do mandato, assumindo as responsabilidades inerentes a ele. Deve empregar sua diligência habitual na execução do mandato, indenizar os comitentes por eventuais prejuízos causados, apresentar contas detalhadas de sua administração, transferindo aos comitentes as vantagens provenientes dos atos que praticar. Além disso, não deve utilizar os fundos dos clientes em benefício próprio, de outros clientes ou em outros negócios, e deve contratar apenas o que for estritamente do interesse do mandante (PEREIRA, 2022, p. 243).

São diversas as responsabilidades atribuídas. Ele detém a propriedade do terreno ou estabelece um contrato com terceiros para cedê-lo ao empreendimento, com a promessa de transferi-lo aos potenciais compradores das unidades. Sua

incumbência envolve a elaboração dos contratos de venda das frações e unidades com aqueles interessados nas aquisições. Assume o controle da construção ou contrata a obra com terceiros. Financia, pelo menos, os custos iniciais ou obtém financiamento junto a instituições bancárias, ao menos até que haja a entrada de recursos provenientes das aquisições das futuras unidades. Compete a ele dirigir e administrar a obra, etapa por etapa, contratando profissionais e especialistas, adquirindo materiais de construção e encaminhando a documentação às autoridades municipais para aprovação adequada (RIZZARDO, 2021, p. 287).

Exerce igualmente o papel de corretor, caso assuma a comercialização das unidades ou facilite as vendas. No entanto, não se restringe à posição de mero intermediário, dada a carga de responsabilidades que está sobre seus ombros (RIZZARDO, 2021, p. 287).

Conforme se depreende da regulamentação, não são estabelecidos requisitos específicos para que alguém seja considerado incorporador. Essa não é uma atividade profissional disciplinada de maneira específica. O proprietário do terreno, o empreendedor, o empresário, o construtor e o corretor de imóveis têm permissão para organizar e implementar uma incorporação, desde que cumpram os requisitos próprios dessa atividade, os quais não fazem menção à identidade da pessoa que realiza a atividade. O caráter empresarial, no entanto, está presente, uma vez que a finalidade do lucro é evidente. Embora não seja um requisito formal, é claro que ninguém se envolve em um empreendimento complexo, sujeito a riscos, sem a intenção de obter ganhos financeiros. Quando a construção destina-se à venda de unidades, assume-se uma abordagem empresarial, permitindo a organização da empresa, embora sem ser compulsório. Não há impedimento conhecido que proíba uma pessoa natural de organizar e implementar uma incorporação (RIZZARDO, 2021, p. 288).

Além disso, é insignificante a configuração específica da construção, seja ela vertical, horizontal, autônoma ou isolada, para que uma pessoa física seja qualificada como incorporadora e esteja sujeita ao regime de equiparação à pessoa jurídica no contexto fiscal. O determinante é a presença dos demais requisitos que estabelecem essa modalidade de tributação para os resultados obtidos nesse empreendimento (RIZZARDO, 2021, p. 288).

Na realidade, a atividade do incorporador tem como finalidade principal a criação de edifícios coletivos constituídos por unidades imobiliárias autônomas. Essas

unidades estão intrinsecamente interligadas e se tornam elementos essenciais do conjunto da edificação à qual serão incorporadas (RIZZARDO, 2021, p. 288).

Sua atuação está voltada para a produção de novos bens imóveis, estabelecendo sobre eles o direito de propriedade, correspondendo ao número de unidades distintas e individualizadas no terreno. Essas unidades tornam-se autônomas, com a abertura da matrícula correspondente no registro imobiliário. Assim, ocorre a criação do direito de propriedade sobre edificações coletivas, transformando-as em frações ideais e concedendo o direito de domínio às pessoas que as adquirem. De fato, o resultado desse processo é a transformação de uma propriedade em várias outras, cada uma com sua individualidade, de modo que recebem a matrícula correspondente (RIZZARDO, 2021, p. 288).

Importante também mencionar que a figura de incorporador e construtor são diferentes, veremos as diferenças a seguir.

A incorporação abrange todos os procedimentos essenciais, tanto construtivos quanto comerciais e administrativos, do empreendimento. Isso inclui a execução da construção ou a contratação de uma empresa para conduzir essa atividade, tornando a incorporação um processo muito mais intrincado do que simplesmente construir (TAPAI, 2022, p. 120).

O incorporador é aquele que recebe um mandato, concedido pelo dono do terreno ou pelo comprador prometido deste, por meio de instrumento público. Esse mandato tem o propósito de efetivar todos os negócios relacionados à venda das frações ideais do terreno, bem como realizar a construção e entregar o empreendimento aos compradores. O incorporador assume a responsabilidade pelos atos praticados na qualidade de incorporador (TAPAI, 2022, p. 120).

Inclusive, para Tapai (2022, p. 120) “é importante esclarecer que para caracterização da figura do incorporador não é necessário o início das obras. A vinculação entre a alienação das frações do terreno e o negócio de construção é presumida, se, ao ser contratada a venda, ou promessa de venda ou de cessão das frações de terreno, já houver sido aprovado e estiver em vigor, ou pender de aprovação de autoridade administrativa, o respectivo projeto de construção, respondendo o alienante como incorporador”.

Por fim, a distinção entre o papel do construtor e do incorporador é crucial, uma vez que este último engloba responsabilidades mais abrangentes relacionadas à organização, administração e venda de frações ideais, além da elaboração de projetos

e do encaminhamento ao registro imobiliário. É possível que o incorporador contrate um construtor, que não está vinculado ao plano de vendas e não se comunica diretamente com os adquirentes. Nesse cenário, o incorporador tem o direito de exigir o pagamento pontual das prestações e parcelas do custo das obras, ficando isento das consequências provocadas pelos adquirentes das unidades. Entretanto, se o pagamento estiver condicionado ao cumprimento regular das obrigações pelos adquirentes, a situação se complica. Se alguns adquirentes estão cumprindo com os pagamentos, o incorporador não tem o direito de atrasar ou abandonar a obra. Nesse caso, é obrigado a demandar do incorporador a quitação do valor devido. Resta ao incorporador agir contra os inadimplentes, incluindo a possibilidade de Leiloar suas frações ideais (RIZZARDO, 2021, p. 284).

2.2.3 Aspectos da incorporação e sua obrigatoriedade para venda de imóvel na planta

Na concretização da incorporação, observa-se o componente objetivo, manifestado pela divisão do terreno em frações ideais, cada uma vinculada a uma porção específica (unidade) da construção, denominada apartamento, loja, sala ou box de estacionamento. O componente subjetivo se manifesta na concepção, no plano e na atividade que dá origem à incorporação. O componente formal também é parte integrante, evidenciado pelo registro da incorporação e pela subsequente abertura de matrícula para cada parte ou unidade. Dessa forma, primeiramente, a área das unidades é examinada em relação ao todo, de modo que cada unidade representará uma proporção percentual das chamadas áreas comuns (RIZZARDO, 2021, p. 273).

Ainda, é de destaque os seguintes aspectos na atividade de incorporação:

a) Há uma coordenação dirigida a organizar e executar o empreendimento imobiliário; b) busca-se a alienação de unidades imobiliárias que se encontram em construção, isto é, vendem-se antecipadamente os apartamentos ou conjuntos de um edifício em construção; c) a entrega aos adquirentes se fará depois da conclusão; d) com a venda antecipada, o empreendedor capta recursos necessários ao andamento, até a consecução, das obras (RIZZARDO, 2021, p. 282).

Na prática imobiliária, o empreendedor, pessoalmente ou por meio de terceiros, elabora os projetos correspondentes; estabelece contato com o proprietário

do terreno destinado à construção, acertando a aquisição do terreno, a ser formalizada assim que o grupo esteja devidamente constituído; disponibiliza as unidades para interessados e, quando todas são reservadas, inicia a formação do condomínio por meio da elaboração do contrato correspondente; facilita a celebração do contrato de aquisição do terreno, estabelecido diretamente entre o grupo e o proprietário; firma com o grupo um contrato de administração da obra e responsabilidade técnica; e gerência o condomínio, assumindo perante a sociedade em geral todas as responsabilidades relacionadas ao empreendimento (RIZZARDO, 2021, p. 268).

Desta forma, essa atividade não se limita apenas à construção. A construção é apenas um dos aspectos materiais, aos quais se adicionam outros de grande importância, que compõem o cerne da incorporação. Esses aspectos se manifestam na concepção e elaboração da ideia e diretrizes do projeto, no planejamento, na mobilização dos recursos necessários, na organização, na coordenação ou administração das atividades, na venda de unidades ou frações ideais, e no encaminhamento para o registro imobiliário (RIZZARDO, 2021, p. 282).

Tem-se que de fato, realizar a incorporação de um edifício implica em registrar, perante o oficial de Registro de Imóveis, na matrícula do terreno destinado à construção, uma série de documentos e certidões. Isso viabiliza a venda das unidades que serão construídas, seja na planta ou durante as obras, para o público, mediante oferta pública (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 277).

É claro que a negociação envolve uma transação para entrega futura e, nesse contexto, é essencial que esses documentos sejam formalmente registrados no procedimento de incorporação. Isso visa proporcionar uma certa segurança aos compradores, conforme estipulado pelos artigos 28 e 68 da Lei 4.591/1964 (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 277).

De acordo com João Nascimento Franco e Niske Gondo (1991, p.131), a Lei 4.591/1964 prevê, para a construção do edifício, três modalidades, ou seja: a) construção por conta e risco do incorporador (arts. 41 e 43, caput e nº V); b) construção por empreitada (art. 55); e, c) construção por administração (art. 58).

É importante esclarecer, contudo, que tanto a legislação quanto a maioria expressiva dos estudiosos só fazem menção a duas modalidades: a construção por empreitada e a construção por administração (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 274).

Nos casos de construção por empreitada e construção por administração, os proprietários do terreno ou aqueles que se comprometeram a comprá-lo financiam

as obras, que serão realizadas em seus nomes. Na segunda modalidade [por conta e risco do incorporador], a construção é realizada às expensas e em nome do incorporador, que entrega os apartamentos prontos por um preço global, englobando a porção de terreno, a unidade autônoma e a correspondente participação nas áreas comuns e instalações (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 274).

“O ato de incorporar de acordo com os requisitos do art. 32 da Lei 4.591/1964, respeita procedimento que institui automaticamente o condomínio” (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 277).

Assim, ao formalizar o registro da incorporação, ao seu término, o condomínio será estabelecido mediante a inclusão das certidões do INSS e do ISS, juntamente com a obtenção do "habite-se (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 279).

É importante mencionar que o registro da incorporação imobiliária é requisito obrigatório para que o incorporador possa iniciar as vendas das unidades antes de o empreendimento estar concluído, conforme disposição do art. 32, *caput*, da Lei 4.591/1964: “o incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: (...)”.

Segundo Rizzardo (2023, p. 1240), “para dar início à venda das unidades condominiais, é necessário o prévio registro imobiliário do memorial da incorporação, acompanhado de inúmeros documentos, como vem descrito no art. 32 da Lei nº 4.591/1964, alterado pela Lei nº 14.382/2022”.

Scavone Junior (2022, p. 277) reforça essa obrigatoriedade: “a incorporação é imprescindível nos casos de edifícios a construir, vendidos para entrega futura e por oferta pública”.

Destaca-se que toda e qualquer transação comercial só é permitida após o registro da incorporação, devendo obrigatoriamente incluir de maneira explícita o número do Registro de Incorporação (RI) e a identificação do incorporador (TAPAI, 2022, p. 123).

Dessa forma, a norma do registro da incorporação impõe ao incorporador a restrição de negociar unidades de forma antecipada, abrangendo amplamente a proibição de qualquer ação por parte do incorporador que possa, de alguma forma, se configurar como atividade destinada à negociação das unidades, mesmo que esteja

em estágio inicial. Não se restringe apenas à proibição de vendas antes do registro, abrangendo qualquer atividade comercial relacionada (TAPAI, 2022, p. 123).

A documentação necessária para o lançamento da incorporação, se não for devidamente observada, acarretará uma causa de rescisão indenizável em favor do comprador comprometido, bem como configurar uma infração penal por parte do incorporador, considerando o nível de normatividade pública atribuído a tais procedimentos pelo legislador. Portanto, aquele que se apresenta como incorporador e inicia a alienação das unidades sem ter seu nome devidamente registrado no registro da incorporação, conforme exigido pelo artigo 32 da Lei no 4.591/64, está automaticamente em mora, desde o início, possibilitando ao adquirente rescindir o compromisso de compra e venda sem a necessidade de interpelação ou notificação (AGHIARIAN, 2015, p. 280).

A regra do registro da incorporação estabelece que o incorporador está proibido de realizar negociações precoces de unidades. Essa restrição deve ser interpretada de maneira abrangente, impedindo o incorporador de empreender qualquer ação que possa, de alguma forma, indicar atividades voltadas para a negociação das unidades, mesmo que estejam em estágio inicial. A proibição não se restringe apenas à venda anterior ao registro, abrangendo todas as atividades comerciais relacionadas (TAPAI, 2022, p. 123).

Superado o entendimento das duas espécies de negócio jurídico imobiliário, importante se faz o estudo sobre o patrimônio de afetação, que veremos adiante.

2.3 CONCEITO E FINALIDADES DO PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Iniciamos este capítulo definindo o que é patrimônio de afetação para Rizzardo (2021, p. 415):

Afetação tem o significado de justamente prender ou ligar um patrimônio a um empreendimento, a uma obrigação, a um compromisso, não se liberando enquanto perdura a relação criada entre aquele que se obriga e os credores da obrigação. Ao mesmo tempo em que se estabelece a vinculação ao cumprimento de uma obrigação, decorre a segregação não propriamente da titularidade de uma pessoa, mas da sua livre disponibilidade, de seu uso ou posse. Daí se depreender que não se opera a desvinculação do domínio da

pessoa do incorporador, e muito menos se dá a criação de uma personalidade a esse patrimônio. Condiciona-se, todavia, o exercício dos poderes emanados da propriedade ao cumprimento das obrigações econômicas e fiscais da incorporação.

Pode-se afirmar que foi estabelecido um regime especial de propriedade com o propósito de proteger a incorporação como uma entidade que ganha crescente autonomia. O objetivo é proporcionar maior segurança jurídica aos compradores de imóveis na planta ou em construção. Essa medida visa evitar desvios de valores, ônus sobre o imóvel e a responsabilidade do acervo por outras obrigações do incorporador. A separação do acervo da incorporação, com sua personalização como uma entidade distinta e autônoma, foi instituída para garantir o cumprimento das obrigações, incluindo as fiscais, previdenciárias, relativas a materiais e mão de obra, assim como para evitar os riscos patrimoniais de outros negócios, cujos fracassos poderiam repercutir na responsabilidade do incorporador, embora sem se desvincular do patrimônio deste (RIZZARDO, 2021, p. 415).

Ainda, os bens incluídos na afetação são tratados quase como se tivessem uma personalidade própria, constituindo um domínio separado com procedimentos específicos e uma contabilidade distinta daquela da empresa incorporadora. Essa condição permanece enquanto os ativos são destinados ao cumprimento da função de garantia e segurança determinada pela Lei. De fato, o controle e a fiscalização são realizados de maneira individualizada, mantendo uma conta corrente bancária separada das demais contas do incorporador (RIZZARDO, 2021, p. 416).

Para Tapai (2022, p. 151), “o regime de afetação tem por objetivo destacar os bens e direitos do empreendimento afetado, ou seja, o terreno, as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, fazendo nascer uma pessoa jurídica distinta da incorporadora. Assim, os ativos do patrimônio afetado permanecem independentes e não se misturam com os demais ativos, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele estabelecidos”.

Já para Scavone Junior (2022, p. 196), “nos termos dessa Lei, que acrescentou dispositivos na Lei 4.591/1964, o patrimônio de afetação consiste na separação do terreno e dos direitos da constituição a ele vinculados, do patrimônio do incorporador, que, por opção deste, passa a ser destinado exclusivamente à consecução da própria incorporação em proveito dos futuros adquirentes, garantindo, igualmente, as obrigações exclusivamente ligadas à realização do empreendimento”.

Nesse contexto, o incorporador isola o terreno e os direitos de construção associados a esse terreno de seu próprio patrimônio, destinando-os exclusivamente aos propósitos do negócio específico. Dessa forma, assegura-se a proteção dos futuros compradores. Conseqüentemente, o empreendimento atende de maneira exclusiva às obrigações decorrentes deste negócio, incluindo as obrigações fiscais, aquelas relacionadas à aquisição de materiais e mão de obra, entre outras. Não é possível garantir qualquer outra obrigação do incorporador que seja alheia a essa incorporação específica (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 196).

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira (1995, p. 251-252):

Trata-se de engenhosa concepção pela qual os bens objeto de afetação passam a vincular-se a um fim determinado, são gravados com um encargo ou são sujeitos a uma restrição, de modo que, separados do patrimônio e afetados a um fim, são tratados como bens independentes do patrimônio geral do indivíduo.

Em 2004, a Lei nº 10.931/04 passou a regulamentar o patrimônio de afetação em substituição à MP que criou o instituto. Em seu art. 53, alterou-se a Lei nº 4.591/1964 para inserir os arts. 31-A a 31-F, que tratam sobre o patrimônio de afetação.

A introdução desse dispositivo decorreu da urgência em oferecer garantias aos compradores de imóveis na planta, principalmente após a crise financeira provocada pela Construtora Encol em 1999, que, na época, era a maior incorporadora do País (TAPAI, 2022, p. 149).

A criação desse mecanismo derivou da necessidade de atender à função social da propriedade, visando proteger os adquirentes. Estabelece-se uma reserva patrimonial com uma destinação específica, abrangendo imóveis que ficam indisponíveis, inalienáveis e insuscetíveis de gravames, bem como receitas que não podem ser desviadas para propósitos diferentes da incorporação, e materiais cujo uso é restrito ao empreendimento. Todos esses ativos assumem, pelo menos inicialmente, as dívidas e obrigações da incorporação. Essa vinculação persiste até a conclusão da construção, entrega das obras contratadas ou regularização da destinação. Importante notar que a segregação desse conjunto de bens, direitos e obrigações é temporária e não implica na transferência de titularidade da propriedade, que permanece registrada em nome da pessoa original. A afetação ocorre apenas para cumprir uma função específica ou representar uma garantia na execução de compromissos (RIZZARDO, 2021, p. 416).

Outro objetivo crucial da afetação é conferir imunidade ao acervo da incorporação em relação aos credores cujos créditos não estão relacionados ao empreendimento, ou cujas dívidas do incorporador não têm origem na sua realização (RIZZARDO, 2021, p. 416).

Isso ocorre, naturalmente, pois o acervo sujeito à afetação está vinculado à realização da incorporação (RIZZARDO, 2021, p. 416).

Citamos a seguir o motivo da criação desse dispositivo.

Conforme TAPAI (2022, p. 149), “a criação de tal disposto surgiu da necessidade de dar garantias a quem compra imóvel na planta, especialmente em razão da tragédia financeira ocasionada pela Construtora Encol em 1999, até então a maior incorporadora do país”.

Diante desse cenário recorrente, a proposta de um anteprojeto apresentado por Melhim Namem Chalhub ao Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB foi bem recebida. Em 1999, essa proposta chegou à Câmara dos Deputados e se transformou em um projeto de Lei, juntamente com outros quatro projetos. Paralelamente, o Poder Executivo conduzia estudos que, combinados com os projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados, resultaram na emissão da Medida Provisória n.º 2.221, de 04.09.2001. Essa medida provisória continha disposições que não eram favoráveis aos adquirentes, uma vez que permitiam a comunicação do patrimônio afetado, desviando de sua destinação exclusiva para a proteção dos investimentos feitos ao fornecer valores para a aquisição de unidades. Além disso, impunha encargos significativos às obrigações dos adquirentes e conferia ao incorporador o poder de decisão sobre a constituição do patrimônio com tal finalidade. Essa faculdade foi introduzida no artigo 31-A da Lei n.º 4.591/1964, com o seguinte texto:

A critério do incorporador, a incorporação imobiliária poderá ser submetida ao regime da afetação, pela qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes (BRASIL, 1964).

Em continuidade, milhares de indivíduos depositaram sua confiança na empresa Encol e aplicaram suas economias com a expectativa de adquirir uma nova propriedade, a um preço acessível e com facilidades de pagamento, foram surpreendidos quando, de repente, viram seu dinheiro desaparecer (TAPAI, 2022, p. 149).

Embora a falência da empresa tenha prejudicado os planos financeiros dos compradores, é curioso notar que a implementação do regime de afetação não teve como objetivo primordial restaurar a confiança dos consumidores no mercado imobiliário, que estava abalada devido à séria crise de credibilidade enfrentada pelo setor (TAPAI, 2022, p. 149).

O propósito fundamental desse instituto deveria ser a proteção do consumidor, uma vez que, na relação comercial relacionada à incorporação imobiliária, o adquirente é a parte mais vulnerável. Isso se deve a uma razão simples: a empresa não tem praticamente nenhum risco, enquanto o promitente comprador pode perder tudo (TAPAI, 2022, p. 149).

Isso ocorre porque os imóveis são comercializados na fase de projeto ou durante a construção. O comprador efetua pagamentos antecipados, conhecidos como "parcelas da obra", até a conclusão da edificação, e a unidade só será entregue após o pagamento integral do valor restante. Assim, não há risco algum para a incorporadora no caso de o comprador não quitar as parcelas da construção, pois a empresa não incorre em perda e ainda possui o imóvel em sua posse, podendo vendê-lo a terceiros pelo valor de mercado. Além disso, em caso de desistência do comprador, a incorporadora retém uma quantia significativa dos valores já pagos (TAPAI, 2022, p. 150).

Não se trata de um seguro contratado para assegurar a conclusão das obras, mas, sim, de uma tentativa de reduzir as perdas dos compradores em caso de falência da empresa. É importante ressaltar que o objetivo é apenas mitigar, uma vez que sempre haverá prejuízo na eventualidade de insolvência da empresa, como será abordado posteriormente (TAPAI, 2022, p. 151).

A situação mais preocupante, no entanto, residia na possibilidade de comunicação entre os ativos e as receitas de cada patrimônio afetado com o patrimônio geral da empresa. Isso permitia que a empresa utilizasse recursos afetados para finalidades distintas daquelas previstas pela afetação, ou seja, para a construção cujas unidades eram objeto da incorporação. Isso incluía o pagamento de dívidas do incorporador, tornando os adquirentes solidariamente responsáveis por obrigações mesmo que não relacionadas ao patrimônio sob afetação. Esse desvio da natureza da afetação foi observado, resultando em propostas de emendas para alinhar o instituto com a proteção dos compradores de unidades (RIZZARDO, 2021, p. 418).

Para Aghiarian (2015, p. 301):

Em 4.9.2001 foi criado pela MP no 2.221 o Patrimônio de Afetação, quando foi alterada a Lei no 4.591/64, para garantir a efetividade das incorporações imobiliárias, em proteção dos milhares de aderentes lesados ao longo de lamentáveis quebras empresariais do setor. Então nova figura de direito real de garantia destinava-se a estimular a constituição de reserva de bens a constituir um patrimônio autônomo ao do incorporador, objeto de garantia em favor dos promitentes compradores, tornado imune (esse patrimônio) à insolvência ou falência daqueles. Chamávamos a atenção, à época, para a realidade de nascer morta em sua efetividade a referida norma; isso porque deixava-se a critério exclusivo do incorporador a referida submissão do projeto de incorporação ao sistema proposto de garantia”.

Em relação à finalidade, veremos a seguir.

A principal finalidade da incorporação é promover a venda antecipada de unidades imobiliárias, especialmente na comercialização de imóveis na planta ou em construção, cujas unidades serão parte de uma edificação coletiva no futuro. Além da fração ideal, o objeto das vendas abrange um bem que ainda será construído, ou seja, envolve um elemento futuro. Os pagamentos são realizados em prestações ao longo de um período de tempo que, geralmente, coincide com o necessário para a conclusão da obra. Caso o comprador não tenha recursos para quitar o valor total, ele pode obter financiamento de uma instituição bancária para a quantia restante, transferindo o valor para o incorporador (RIZZARDO, 2021, p. 418).

Existem diversas formas de aquisição, sendo as mais comuns o contrato de compra e venda de unidade ou fração ideal, a promessa de compra e venda de fração de unidade ou fração ideal, a promessa de venda de fração ideal associada a um contrato de construção, a cessão de promessa de compra e venda ou de compra e venda, a promessa de cessão de compra e venda ou de promessa de compra e venda de unidade e de fração ideal. Em todas essas modalidades, é sempre previsto o pagamento antecipado por um bem que será construído. A venda antecipada é realizada justamente para angariar recursos do público, visando à finalidade da construção futura. Busca-se criar um fundo destinado à construção subsequente, demandando um elevado nível de confiança por parte daqueles que efetuam os pagamentos. Há sempre um risco presente, com a possibilidade de desvios ou uso inadequado dos valores. A Lei, em sua versão original, em consideração à necessidade de consolidar a organização do empreendimento e evitar que indivíduos inescrupulosos se aproveitassem do instituto para prejudicar a economia popular, estabeleceu uma série de proteções aos compradores e impôs diversos requisitos e penalidades aos incorporadores (RIZZARDO, 2021, p. 419).

Já para TAPAI (2022, p. 149), a finalidade é de “oferecer maior segurança aos potenciais compradores de imóveis na planta, que serão construídos sob o regime de incorporação imobiliária”.

Para AGHIARIAN (2015, p. 302), “esse novo sistema de direito real de garantia oferece oportunidade ao incorporador para destacar de seu patrimônio, ou de terceiros parceiros, um conjunto de bens que será reconhecido como patrimônio autônomo. Constituído pelos recursos obtidos com a comercialização das futuras unidades, pelas benfeitorias a serem agregadas a suas receitas, ou mesmo o próprio imóvel sobre o qual venha a ser edificada a incorporação. Esse patrimônio constituído responderá, quando necessário, por quebras e outras indenizações surgentes por culpa do incorporador, em favor dos referidos promitentes compradores, ficando imune, aliás, às responsabilidades pessoais daquele, como se verá”.

Superado o tópico sobre patrimônio de afetação, direcionaremos nosso foco para o estudo da cláusula penal, tema de suma importância para entender as implicações da Lei do Distrato na prática.

2.4. CONCEITO E OBJETIVO DA CLÁUSULA PENAL

Iniciamos o capítulo com o conceito de cláusula penal definido por Gonçalves (2023, p. 174):

Cláusula penal é obrigação acessória, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da principal, ou o retardamento de seu cumprimento. É também denominada pena convencional ou multa contratual. Adapta-se aos contratos em geral e pode ser inserida, também, em negócios jurídicos unilaterais, como o testamento, para compelir, por exemplo, o herdeiro a cumprir fielmente o legado.

Rosenvald (2007, p. 35) conceitua a cláusula penal como “uma convenção acessória que acopla uma pena privada ao inadimplemento de uma obrigação”. E aduz: “a cláusula penal é uma estipulação negocial aposta a uma obrigação, em que qualquer das partes, ou uma delas apenas, compromete-se a efetuar certa prestação em caso de ilícita inexecução da obrigação principal”.

A cláusula pode ser acordada simultaneamente à obrigação principal ou em momento posterior (Código Civil, artigo 409). Embora geralmente seja expressa em termos financeiros, em algumas situações assume outras configurações, como a transferência de propriedade de um objeto, a abstenção de realizar determinado ato,

ou até mesmo renunciar a algum benefício, como, por exemplo, um desconto (GONÇALVES, 2023, p. 174).

Nosso Código Civil de 1916 disciplinava a cláusula penal no título concernente às modalidades das obrigações, por representar um dos modos pelos quais a obrigação se apresenta. Seguindo a esteira de Roger Sécrotan, citado por Diniz (2023, p. 151):

Naquele momento, optamos por integrá-la ao segmento que trata da inexecução das obrigações, decisão que foi recentemente adotada pelo atual Código Civil. Isso se justifica pelo fato de uma das suas finalidades ser antecipar a previsão da sua inexecução, atuando como uma predeterminação das perdas e danos estabelecidos de antemão. Além disso, ela desempenha o papel de compensar os prejuízos suportados pelo credor em decorrência do descumprimento da obrigação principal.

Pereira (2023, p. 157) continua ensinando:

O Código Civil de 2002, repetindo o modelo de 1916, permite que a cláusula penal se estipule conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior. Incorre, assim, na mesma imprecisão redacional do art. 916 do Código Civil de 1916. O que pretende o dispositivo estabelecer, tal qual o velho Código, é que a pena convencional pode ser estipulada no mesmo instrumento da obrigação principal, como uma de suas cláusulas, ou um de seus itens, como pode com a mesma eficácia ser avençada em instrumento à parte, seja simultâneo, seja posterior ao outro. O que se requer é que, se em apartado, possa inequivocamente identificar-se como sendo acessório, efetivamente, dele.

Todavia, seja a cláusula penal acordada simultaneamente à obrigação ou em um documento separado, é evidente que deve ser estabelecida antes do descumprimento, pois o contrário não estaria em consonância com o propósito econômico (antecipação da quantificação do dano) e seria ainda menos coerente com o reforço da obrigação não cumprida, assemelhando-se à expressão popular que descreve isso como "colocar fechadura em porta arrombada". A pena convencional é sempre uma cláusula acessória e, como acontece com todas as obrigações acessórias, segue a principal, acompanhando-a em suas vicissitudes (PEREIRA, 2023, p. 159).

De acordo com Diniz (2023, p. 151), a cláusula penal, conhecida como *stipulatio poenae*, constitui um acordo acessório em que as partes contratantes, de maneira antecipada, estabelecem uma penalidade, seja ela pecuniária ou não, contra a parte que violar a obrigação. Essa penalidade surge como consequência da completa e culposa inexecução da obrigação, do descumprimento de alguma cláusula

específica ou do seu atraso (Código Civil, artigo 408). Desta forma, a cláusula penal fixa o valor das perdas e danos, ao mesmo tempo em que assegura o cumprimento preciso da obrigação principal (Código Civil, artigo 409, segunda parte).

Já para Tartuce (2023, p. 242):

A cláusula penal é conceituada como a penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido. Pela sua previsão no Código Civil, sua concepção está relacionada e é estudada como tema condizente ao inadimplemento obrigacional, entre os arts. 408 a 416. Desse modo, não há como afastar a relação entre a multa ou cláusula penal e os aspectos relacionados com o descumprimento de uma obrigação (responsabilidade civil contratual).

As partes acordam a cláusula penal em caso de quebra da obrigação, seguindo o princípio da autonomia privada, sendo chamada também de multa contratual ou pena convencional. Essa cláusula funciona como uma obrigação secundária, cujo propósito é assegurar o cumprimento da obrigação principal e estabelecer previamente o montante das perdas e danos em caso de não cumprimento (TARTUCE, 2023, p. 242).

Ainda, devido à sua natureza acessória, a cláusula penal segue o princípio da gravitação jurídica, o qual determina que a obrigação acessória deve acompanhar a principal. Assim, se o contrato principal for declarado nulo, a cláusula penal também é considerada nula. Por outro lado, é importante ressaltar que se apenas a cláusula penal for anulada, esse defeito não afeta o contrato principal. Essa mesma lógica se aplica em casos de anulabilidade da obrigação e do contrato, conforme estabelecido pelo artigo 184 do Código Civil (TARTUCE, 2023, p. 242).

Conforme a mais conceituada abordagem doutrinária, a cláusula penal desempenha essencialmente duas finalidades. Em primeiro lugar, a multa atua como um meio de coerção, visando dissuadir o devedor a cumprir a obrigação principal, sob a ameaça de assumir essa responsabilidade secundária (caráter punitivo). Por fim, desempenha uma função indenizatória, estabelecendo antecipadamente as perdas e danos em caso de não cumprimento da obrigação (TARTUCE, 2023, p. 242).

À luz das ideias de Venosa (2023, p. 335):

O instituto é utilizado com extrema frequência nos contratos. Raros serão os contratos que não a têm. Num contrato de locação, por exemplo, estipula-se multa, caso o locatário pague o aluguel após um dia do mês fixado. É comum as partes camuflarem a cláusula penal, estipulando-a ao avesso, isto é, no contrato de locação, fixam um desconto, caso o devedor pague até determinado dia, rezando a avença que o preço do aluguel é outro, mais elevado.

No contexto do contrato de locação, é frequente deparar-se com as duas modalidades convencionais de cláusula penal: a moratória, previamente mencionada, e a compensatória, que consiste na imposição de uma penalidade no evento de violação de qualquer cláusula contratual, como, por exemplo, desvio de uso do imóvel ou do objeto em questão, ou ainda a resolução antecipada (VENOSA, 2023, p. 335).

Segundo Venosa (2023, p. 336), se a penalidade é estabelecida para lidar com descumprimento da obrigação, seja total ou de uma ou mais cláusulas, ela assume a forma compensatória. Conforme indicado pelo próprio termo, seu propósito é compensar a parte prejudicada pelos obstáculos e contratempos resultantes da violação do contrato. Quando a penalidade é aplicada para lidar com o atraso na execução da obrigação, mas ainda se mostra benéfica para o credor, estamos diante de uma cláusula penal moratória. Nesse cenário, o devedor que não cumpre sua obrigação pontualmente paga uma quantia adicional devido ao atraso. Essa distinção entre as duas categorias estava presente no artigo 917 do código de 1916 e é repetida no artigo 409 do código contemporâneo: “a cláusula penal, estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à alguma cláusula especial ou simplesmente à mora”.

A cláusula penal compensatória implica na antecipação da quantificação de perdas e danos. A principal vantagem desse tipo de cláusula é que o credor apenas precisa comprovar o descumprimento atribuível ao devedor, que então fica obrigado a pagar a multa estabelecida. Em casos em que não há previsão de multa, o credor, em geral, deve apresentar evidências da ocorrência de perdas e danos, bem como o montante correspondente. No contexto da multa, uma vez que seus pressupostos de exigibilidade são atendidos, ela é devida sem necessidade de debate. Pode acontecer, inclusive, que no caso específico, o valor da multa seja maior do que o dano efetivo sofrido pela parte, mas esse aspecto, em princípio, é considerado irrelevante. No entanto, é importante observar que esse tema permite variações, como será abordado posteriormente (VENOSA, 2023, p. 336).

Consoante o art. 410 do Código Civil, “quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta reverter-se-á em alternativa a benefício do credor”.

Em outras palavras, o credor tem a opção de solicitar o valor da multa ou a execução da obrigação. Alguns a denominam como cláusula penal alternativa. Uma

vez escolhida uma das opções, o credor não pode demandar a outra. Ao quitar a multa, o devedor não possui mais obrigações, pois nesse momento já está estabelecida antecipadamente uma compensação pelo descumprimento da obrigação. No entanto, caso a entrega da prestação não seja mais benéfica para o credor, a única alternativa que lhe resta é buscar o pagamento da multa (VENOSA, 2023, p. 337).

Apesar de ser uma situação incomum, é possível que um contrato apresente três cláusulas penais com valores distintos: uma com um montante mais elevado, destinada ao caso de completa inexecução da obrigação (compensatória); outra para assegurar o cumprimento de uma cláusula específica, como a cor ou modelo do veículo adquirido (moratória); e uma terceira, exclusivamente para evitar atrasos (também moratória) (GONÇALVES, 2023, p. 177).

A multa moratória funciona de maneira distinta. Nesse caso, devido à sua natureza, a prestação sempre será benéfica para o credor. A multa age como um elemento intimidativo, visando evitar que o devedor atrase a execução de seu compromisso. Se isso ocorrer, ele terá que realizar o pagamento da prestação de maneira mais onerosa. É importante ressaltar que, mesmo na multa moratória, há uma forma de compensação para o credor, decorrente do recebimento tardio da prestação; no entanto, essa não é a característica essencial da multa moratória (VENOSA, 2023, p. 337).

Alguns estudiosos defendem que a cláusula penal é considerada moratória apenas no último cenário, isto é, quando tem o propósito de evitar a demora no cumprimento da obrigação. No entanto, a classificação mencionada anteriormente é a que melhor se ajusta aos artigos 410 e 411 do Código Civil, que as diferenciam quanto aos seus efeitos. Vale ressaltar, ainda, que a mora pode se configurar não apenas quando há atraso no cumprimento da obrigação, mas também quando esta é executada de maneira diferente do que foi acordado (Código Civil, artigo 394) (GONÇALVES, 2023, p. 177).

O ponto crucial nessa discussão é que, devido à própria natureza da cláusula penal moratória, é fundamental evitar confundi-la com a compensatória. Na compensatória, se o credor escolher cobrar a multa, em princípio, não pode acumulá-la com as perdas e danos: *electa una via non datur regressum ad alteram* (escolhida uma via, não é possível retornar à outra) (VENOSA, 2023, p. 337).

Dessa maneira, observa-se que a legislação faz uma distinção entre a cláusula penal relacionada ao descumprimento e a cláusula penal vinculada à mora ou à violação de qualquer dever acessório de conduta. Na primeira situação (art. 410), a prestação estipulada na cláusula penal não se adiciona à indenização estabelecida pela Lei. O credor não pode requerer, simultaneamente, como afirmado por Antunes Varela, tanto a principal quanto a penalidade, mas tem a liberdade de optar por uma ou outra. No segundo caso (art. 411), o credor pode acumular a prestação fixada na cláusula penal com a solicitação de execução compulsória da dívida (GONÇALVES, 2023, p. 178).

Entender o conceito e objetivo da cláusula penal, bem como a diferença entre a compensatória e a moratória, é de suma importância para este estudo, pois a Lei do distrato inovou ao trazer limitação das multas e evitar abusividade por parte do vendedor, e prevê ambas as modalidades de cláusula penal, conforme será visto no capítulo seguinte.

3 LEI DO DISTRATO (LEI N. 13.786/2018)

Durante muito tempo, discutiu-se a respeito da viabilidade de um comprador desistir da aquisição de um imóvel na planta, por meio de um contrato de promessa de compra e venda, antes mesmo de receber a propriedade. Esse fenômeno, conhecido popularmente como distrato, é tema de considerável debate (TAPAI, 2022, p. 165).

Ao longo de anos, estabeleceu-se uma jurisprudência que reconhece o direito do comprador inadimplente à restituição de uma porção do valor pago em casos de rescisão do contrato de compra e venda celebrado com incorporadoras e loteadoras. (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 330).

Inclusive, tal situação foi pacificada pelo STJ com a edição da Súmula 543, segundo a qual:

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 já dito neste estudo, o parcelamento do solo urbano e incorporação imobiliária estão positivados nas Leis n. 6.766/79 e 4.591/64, respectivamente.

Por outro lado, as Leis não estabeleciam qual o limite que as incorporadoras e loteadoras poderiam reter a título de multa, o que levava ao contrato particular estabelecer muitas vezes uma cláusula penal abusiva, necessitando a revisão pela via judicial, e esse é um dos problemas que levaram à edição da Lei n. 13.876/2018 (Lei do distrato), como será visto adiante.

A Lei do distrato alterou as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano.

3.1. PROBLEMAS E DESAFIOS QUE LEVARAM À NECESSIDADE DA CRIAÇÃO DA LEI

Em síntese, determinava-se um montante a ser reembolsado, correspondente à cláusula penal compensatória estabelecida para o vendedor,

independentemente da estipulada no contrato, geralmente divergente da determinada em ações de resolução. Do valor a ser restituído restante, eram deduzidos os custos relacionados a impostos e taxas de condomínio não quitados pelo comprador até a efetiva reintegração de posse. Além disso, incluía-se um valor a ser estabelecido com base na ocupação ou posse do imóvel. (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 330).

Com o objetivo de estabelecer diretrizes claras nessas situações e conferir segurança jurídica aos contratos de compromisso de compra e venda celebrados com incorporadoras e loteadoras, que enfrentavam, durante períodos de crise, uma abundância de litígios buscando a rescisão do negócio e a restituição dos valores, o que causava desequilíbrio nas relações jurídicas e sérias dificuldades para a indústria da construção civil, foi promulgada a Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Esta Lei, publicada no Diário Oficial da União em 28.12.2018, abordou a questão, entre outras medidas, por meio da inclusão do art. 67-A na Lei das Incorporações (Lei 4.591/1964) e do art. 32-A na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/1979) (SCAVONE JUNIOR, 2022, p. 330).

O aumento dos distratos emergiu como um desdobramento do declínio no mercado imobiliário, gerando inquietação significativa entre as incorporadoras. Isso decorre do fato de que indivíduos que comprometeram-se contratualmente na aquisição de imóveis em fase de projeto, com previsão de entrega para os próximos dois ou três anos, viram-se impactados pela crise econômica que teve início no final de 2013 (TAPAI, 2022, p. 165).

Diante do aumento do desemprego, uma consequência direta da crise, e da restrição de crédito imposta pelos bancos, que dificultou a concretização da compra de imóveis, os compradores potenciais viram-se incapacitados de prosseguir com o negócio, dada a impossibilidade absoluta de efetuar os pagamentos necessários (TAPAI, 2022, p. 165).

As empresas argumentavam que a desistência dos consumidores, ao renegar a promessa de compra dos imóveis concluídos, acarretava sérios prejuízos, além de contribuir para o aumento do desemprego no setor da construção civil e obstruir novos lançamentos, impedindo assim novos investimentos na área. No entanto, a realidade revela nuances que vão além dessa perspectiva simplificada (TAPAI, 2022, p. 165).

Além disso, com o cancelamento do compromisso de compra e venda, seja por acordo mútuo ou por rescisão devido ao não cumprimento por parte do comprador,

surge naturalmente a questão de determinar a quantia que será devolvida ao comprador em relação aos pagamentos realizados (SCAVONE, 2022, p. 327).

Em decorrência desses fatos e outros, o Deputado Celso Russomanno apresentou o Projeto de Lei nº 1220/2015, que: "regulamenta a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora" (BRASIL, 2015).

Durante sua tramitação na Casa Legislativa, o referido Projeto de Lei foi apensado a outros projetos com temas familiares, além de sofrer emendas do Senado Federal, até que em 27/12/2018 foi transformado na Lei Ordinária n. 3.786/2018, conhecida como Lei do Distrato.

A Lei do Distrato foi criada para "disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano" (BRASIL, 2018). Dentre outras disposições, a Lei estabelece regras para a devolução do dinheiro pago pelo comprador em caso de desistência e nas hipóteses de rescisão do contrato por descumprimento de obrigação por qualquer das partes.

Tendo em vista o exposto acima, no decorrer desta monografia será realizada uma análise do processo judicial n. 1018599-32.2021.8.26.0002, o qual trata de um caso em que os autores firmaram com a ré um contrato de compra e venda de unidade em edifício em construção pelo preço de R\$ 492.500,00 e, após o pagamento da quantia de R\$ 66.520,52, requereram a extinção do contrato por motivo de ordem financeira.

3.2. ALTERAÇÕES FEITAS NA LEI DO PARCELAMENTO DO SOLO URBANO

Cumprido destacar que a Lei 13.786/2018 acrescentou três novos artigos à Lei de parcelamento do solo urbano, sendo eles: art. 26-A; art. 32-A; art. 35, § 3º.

Em resumo, o primeiro artigo (26-A) trata da obrigatoriedade de os contratos de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento, se iniciar com um quadro-resumo; o segundo (32-A) discorre que quando houver rescisão contratual por fato imputado ao adquirente deverá ser restituído os valores pagos por ele com correção monetária; o terceiro (35, § 3º), inicia-se pelo artigo 35 caput que foi alterado e realizada posteriormente realizada a inclusão do § 3º que versa sobre o cancelamento do registro de um imóvel devido ao não cumprimento do contrato de

compra e venda, deverá ter sido realizado o pagamento de mais de 1/3 (um terço) do preço ajustado, o oficial do registro de imóveis mencionará esse fato e a quantia paga no ato do cancelamento, já o § 3º informa que a comprovação antecipada de pagamento para um novo registro pode ser dispensada se as partes concordarem explicitamente de outra forma no distrato assinado por elas.

O artigo 26-A, em seus doze incisos, detalha passo a passo o conteúdo obrigatório do quadro-resumo, indispensável a todo e qualquer contrato de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento. São eles:

Art. 26-A. Os contratos de compra e venda, cessão ou promessa de cessão de loteamento devem ser iniciados por quadro-resumo, que deverá conter, além das indicações constantes do art. 26 desta Lei:

I - o preço total a ser pago pelo imóvel;

II - o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a identificação precisa de seu beneficiário;

III - a forma de pagamento do preço, com indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas;

IV - os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato e, quando houver pluralidade de índices, o período de aplicação de cada um;

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

VI - as taxas de juros eventualmente aplicadas, se mensais ou anuais, se nominais ou efetivas, o seu período de incidência e o sistema de amortização;

VII - as informações acerca da possibilidade do exercício, por parte do adquirente do imóvel, do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do loteador ou do estabelecimento comercial;

VIII - o prazo para quitação das obrigações pelo adquirente após a obtenção do termo de vistoria de obras;

IX - informações acerca dos ônus que recaiam sobre o imóvel;

X - o número do registro do loteamento ou do desmembramento, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório de registro de imóveis competente;

XI - o termo final para a execução do projeto referido no § 1º do art. 12 desta Lei e a data do protocolo do pedido de emissão do termo de vistoria de obras.

§ 1º Identificada a ausência de quaisquer das informações previstas no **caput** deste artigo, será concedido prazo de 30 (trinta) dias para aditamento do contrato e saneamento da omissão, findo o qual, essa omissão, se não sanada, caracterizará justa causa para rescisão contratual por parte do adquirente.

§ 2º A efetivação das consequências do desfazimento do contrato, mencionadas no inciso V do **caput** deste artigo, dependerá de anuência prévia e específica do adquirente a seu respeito, mediante assinatura junto a essas cláusulas, que deverão ser redigidas conforme o disposto no § 4º do art. 54 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (BRASIL, 2018).

No que tange à resolução contratual, devido a ações atribuídas ao comprador, é relevante salientar as disposições legais delineadas no artigo 32-A. Este

artigo especifica, em seus incisos, os valores que o vendedor pode reter do montante pago pelo comprador. São eles:

Art. 32-A. Em caso de resolução contratual por fato imputado ao adquirente, respeitado o disposto no § 2º deste artigo, deverão ser restituídos os valores pagos por ele, atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens: (Incluído pela Lei nº 13.786, de 2018)

I - os valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, cujo prazo será contado a partir da data da transmissão da posse do imóvel ao adquirente até sua restituição ao loteador;

II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;

III - os encargos moratórios relativos às prestações pagas em atraso pelo adquirente;

IV - os débitos de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuições condominiais, associativas ou outras de igual natureza que sejam a estas equiparadas e tarifas vinculadas ao lote, bem como tributos, custas e emolumentos incidentes sobre a restituição e/ou rescisão;

V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote.

§ 1º O pagamento da restituição ocorrerá em até 12 (doze) parcelas mensais, com início após o seguinte prazo de carência:

I - em loteamentos com obras em andamento: no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após o prazo previsto em contrato para conclusão das obras;

II - em loteamentos com obras concluídas: no prazo máximo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual.

§ 2º Somente será efetuado registro do contrato de nova venda se for comprovado o início da restituição do valor pago pelo vendedor ao titular do registro cancelado na forma e condições pactuadas no distrato, dispensada essa comprovação nos casos em que o adquirente não for localizado ou não tiver se manifestado, nos termos do art. 32 desta Lei.

§ 3º O procedimento previsto neste artigo não se aplica aos contratos e escrituras de compra e venda de lote sob a modalidade de alienação fiduciária nos termos da Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997. (BRASIL, 2018).

Ou seja, a fruição do imóvel limita-se a 0,75% do valor corrigido do contrato, a cláusula penal ou despesas administrativas restringindo-se a um desconto de 10% sobre o valor do contrato devidamente atualizado, sendo devida a comissão de corretagem na hipótese em que o valor referente à comissão tenha sido integralizado ao preço do imóvel, entre outros.

Ainda, um artigo foi alterado pela Lei do Distrato, trata-se do artigo 35, *caput*, e incluído o § 3º que se faz crucial compreender que a legislação vigente estipula que, após a extinção do registro do imóvel em nome do comprador devido a inadimplência, apenas será permitido um novo registro se o comprador tiver pago mais de 1/3 do valor acordado no contrato. Vejamos:

Art. 35. Se ocorrer o cancelamento do registro por inadimplemento do contrato, e tiver sido realizado o pagamento de mais de 1/3 (um terço) do preço ajustado, o oficial do registro de imóveis mencionará esse fato e a quantia paga no ato do cancelamento, e somente será efetuado novo registro relativo ao mesmo lote, mediante apresentação do distrato assinado pelas partes e a comprovação do pagamento da parcela única ou da primeira parcela do montante a ser restituído ao adquirente, na forma do art. 32-A desta Lei, ao titular do registro cancelado, ou mediante depósito em dinheiro à sua disposição no registro de imóveis.

§ 3º A obrigação de comprovação prévia de pagamento da parcela única ou da primeira parcela como condição para efetivação de novo registro, prevista no caput deste artigo, poderá ser dispensada se as partes convencionarem de modo diverso e de forma expressa no documento de distrato por elas assinado. (BRASIL, 2018).

A inclusão destes artigos na Lei de Parcelamento do Solo Urbano é de suma importância para estabelecer uma regulamentação mais abrangente e alinhada às complexidades contemporâneas do desenvolvimento urbano.

Veremos no tópico posterior as alterações realizadas na lei de incorporação imobiliária.

3.3. ALTERAÇÕES FEITAS NA LEI DE INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Cumprido destacar que a Lei 13.786/2018 acrescentou três novos artigos à Lei de incorporações imobiliárias: art. 35-A; art. 43-A; e art. 67-A.

Em resumo, o primeiro artigo (35-A) trata da obrigatoriedade de os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, se iniciar com um quadro-resumo; o segundo (43-A), prevê a possibilidade de prorrogação do prazo de entrega da obra em até 180 dias, e as consequências do inadimplemento do incorporador caso a obra atrase; e o terceiro (67-A), da resolução do contrato por culpa exclusiva do adquirente.

O artigo 35-A, em seus doze incisos, detalha passo a passo o conteúdo obrigatório do quadro-resumo, indispensável a todo e qualquer contrato de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária. São eles:

Art. 35-A. Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária serão iniciados por quadro-resumo, que deverá conter:

I - O preço total a ser pago pelo imóvel;

II - O valor da parcela do preço a ser tratada como entrada, a sua forma de pagamento, com destaque para o valor pago à vista, e os seus percentuais sobre o valor total do contrato;

- III - o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a identificação precisa de seu beneficiário;
- IV - A forma de pagamento do preço, com indicação clara dos valores e vencimentos das parcelas;
- V - Os índices de correção monetária aplicáveis ao contrato e, quando houver pluralidade de índices, o período de aplicação de cada um;
- VI - As consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de distrato, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação do adquirente ou do incorporador, com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente;
- VII - as taxas de juros eventualmente aplicadas, se mensais ou anuais, se nominais ou efetivas, o seu período de incidência e o sistema de amortização;
- VIII - as informações acerca da possibilidade do exercício, por parte do adquirente do imóvel, do direito de arrependimento previsto no art. 49 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial;
- IX - O prazo para quitação das obrigações pelo adquirente após a obtenção do auto de conclusão da obra pelo incorporador;
- X - As informações acerca dos ônus que recaiam sobre o imóvel, em especial quando o vinculem como garantia real do financiamento destinado à construção do investimento;
- XI - o número do registro do memorial de incorporação, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório de registro de imóveis competente;
- XII - o termo final para obtenção do auto de conclusão da obra (habite-se) e os efeitos contratuais da intempestividade prevista no art. 43-A desta Lei. (BRASIL, 2018).

Ocorrendo a ausência das informações mencionadas nos incisos da presente Lei, no cartório de registro de imóveis ou tabelionato durante o reconhecimento das assinaturas, é responsabilidade exigir a correção dessa ausência, a qual deve ser providenciada no prazo de trinta dias. O não cumprimento dessa exigência constitui motivo justificado para que o comprador busque a rescisão do contrato, conforme estabelecido no § 1º do art. 35-A: "se identificada a falta de qualquer das informações previstas no parágrafo inicial deste artigo, será concedido um período de 30 (trinta) dias para ajustes contratuais e correção da omissão. Após esse prazo, a persistência da omissão caracteriza uma justificativa legítima para a rescisão contratual por parte do comprador (RIZZARDO, 2021, p. 306).

Conforme estipulado no parágrafo 2º desse dispositivo e em conformidade com o inciso VI, a efetivação das repercussões resultantes da rescisão do contrato por meio de distrato ou resolução devido ao descumprimento de obrigações por parte do comprador ou do incorporador dependerá da prévia concordância, evidenciada pela assinatura inicial nas cláusulas que delineiam tais consequências. Além disso, é essencial atender à exigência do parágrafo 4º do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor, que estabelece que as cláusulas que impliquem na limitação dos direitos

do consumidor devem ser redigidas de maneira destacada, possibilitando uma compreensão imediata e fácil (RIZZARDO, 2021, p. 306). Eis o texto do § 2º:

A efetivação das consequências do desfazimento do contrato, referidas no inciso VI do caput deste artigo, dependerá de anuência prévia e específica do adquirente a seu respeito, mediante assinatura junto a essas cláusulas, que deverão ser redigidas conforme o disposto no § 4º do art. 54 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor). (BRASIL, 1990).

O período para a finalização das construções, incluindo a entrega das unidades e a obtenção do habite-se, será também indicado no resumo esquemático, conforme estipulado pelo inciso XII do artigo 35-A. Contudo, é importante considerar a prorrogação introduzida no artigo 43-A pela Lei n. 13.786/2018 ao estabelecer esse prazo (RIZZARDO, 2021, p. 309).

O segundo artigo que a Lei do distrato incluiu na Lei de Incorporação Imobiliária é a chamada cláusula de tolerância, concedendo a dilação do prazo de entrega da obra em até 180 dias, sem imputar multa ao incorporador. Vemos no artigo 43-A da Lei 4.591/64:

Art. 43-A. A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.

§ 1º Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no caput deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.

§ 2º Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no caput deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, pro rata die, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato”

§ 3º A multa prevista no § 2º deste artigo, referente a mora no cumprimento da obrigação, em hipótese alguma poderá ser cumulada com a multa estabelecida no § 1º deste artigo, que trata da inexecução total da obrigação. (BRASIL, 2018).

É evidente a necessidade de estabelecer um acordo para a prorrogação do prazo. De fato, a jurisprudência já admitia esse período de tolerância. Antes mesmo da promulgação da Lei n. 13.786/2018, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) reconheceu a legitimidade da cláusula de tolerância, desde que

acordada com um prazo determinado e razoável, estendendo a data de entrega da obra para mitigar os fatores imprevisíveis que podem impactar a realização do empreendimento. Um prazo de 180 dias foi considerado razoável (RIZZARDO, 2021, p. 310).

Uma das principais alterações diz respeito ao terceiro artigo incluído, que estipula limites para multas convencionais no caso de desfazimento do negócio por culpa do adquirente. Foi estipulado que a multa poderá ser de até 25% dos valores pagos nos empreendimentos comuns, e 50% naqueles empreendimentos que estiverem submetidos ao regime de patrimônio de afetação (artigo 67-A da Lei 4.591/64). Vê-se:

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

I - a integralidade da comissão de corretagem;

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

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

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

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

II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores;

III - valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, **pro rata die** ;

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

§ 3º Os débitos do adquirente correspondentes às deduções de que trata o § 2º deste artigo poderão ser pagos mediante compensação com a quantia a ser restituída.

§ 4º Os descontos e as retenções de que trata este artigo, após o desfazimento do contrato, estão limitados aos valores efetivamente pagos pelo adquirente, salvo em relação às quantias relativas à fruição do imóvel.

§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do **caput** deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

§ 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato.

§ 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.

§ 8º O valor remanescente a ser pago ao adquirente nos termos do § 7º deste artigo deve ser atualizado com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel.

§ 9º Não incidirá a cláusula penal contratualmente prevista na hipótese de o adquirente que der causa ao desfazimento do contrato encontrar comprador substituto que o sub-rogue nos direitos e obrigações originalmente assumidos, desde que haja a devida anuência do incorporador e a aprovação dos cadastros e da capacidade financeira e econômica do comprador substituto.

§ 10. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

§ 11. Caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo a que se refere o § 10 deste artigo.

§ 12. Transcorrido o prazo de 7 (sete) dias a que se refere o § 10 deste artigo sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, será observada a irretroatividade do contrato de incorporação imobiliária, conforme disposto no § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964 .

§ 13. Poderão as partes, em comum acordo, por meio de instrumento específico de distrato, definir condições diferenciadas das previstas nesta Lei.

§ 14. Nas hipóteses de Leilão de imóvel objeto de contrato de compra e venda com pagamento parcelado, com ou sem garantia real, de promessa de compra e venda ou de cessão e de compra e venda com pacto adjecto de alienação fiduciária em garantia, realizado o Leilão no contexto de execução judicial ou de procedimento extrajudicial de execução ou de resolução, a restituição far-se-á de acordo com os critérios estabelecidos na respectiva Lei especial ou com as normas aplicáveis à execução em geral.” (BRASIL, 2018).

Tapai (2022, p. 172) faz uma crítica em relação ao percentual de retenção autorizado pelo legislador: “pior ainda fica a situação se o imóvel estiver submetido ao patrimônio de afetação. Isso porque, nessa hipótese, o incorporador poderá reter do adquirente 50% dos valores pagos, além da taxa de corretagem, em média equivalente a 5% do valor total do imóvel, o que pode significar a perda de um percentual superior a 60% do que foi pago. Um verdadeiro confisco legalizado”.

Por fim, o desfazimento do negócio pode ocorrer por meio de distrato (acordo mútuo de rescisão), desistência (decisão do comprador de desfazer o contrato), ou resolução (descumprimento por uma das partes, neste caso, pelo comprador) (RIZZARDO, 2021, p. 621).

4 ANÁLISE DO PROCESSO N. 1018599-32.2021.8.26.0002

Após esclarecer sobre os negócios jurídicos imobiliários, especificamente sobre incorporação imobiliária e parcelamento do solo urbano, bem como as inclusões e alterações dadas pela Lei do distrato, passa-se ao momento de analisar o caso concreto.

Neste capítulo será examinado minuciosamente porque o autor buscou a intervenção do Poder Judiciário, além das conclusões de primeiro e segundo grau de jurisdição, e da instância superior (STJ). Foi anexada à presente monografia uma cópia das referidas decisões.

Tendo como base a Lei do distrato delimitada nos capítulos anteriores, far-se-á uma análise do caso supracitado, bem como será analisada a aplicação da Lei do Distrato no contexto específico.

4.1. APRESENTAÇÃO DO CASO

O processo escolhido consiste em uma ação de rescisão contratual c/c restituição de valores e pedido de antecipação de tutela, tendo como polo ativo (autores) José Roberto Martins de Oliveira e Silvia Lurdes Reis de Oliveira, e como polo passivo (ré) TGSP-52 Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Os autores buscaram a ré para adquirir o apartamento nº 811 na "Torre Zahle Residencial" do "Empreendimento Zahle Jardins", formalizando a transação por meio de um contrato de promessa de compra e venda.

O preço total negociado para a aquisição da unidade foi de R\$ 492.500,00 (quatrocentos e noventa e dois mil e quinhentos reais), conforme indicado na cópia do contrato particular anexado ao processo.

Os autores realizaram o pagamento de R\$ 66.520,52 (sessenta e seis mil quinhentos e vinte reais e cinquenta e dois centavos), como comprovado pelos documentos e extrato financeiro anexos ao processo. Contudo, devido a razões financeiras, os autores não manifestam mais interesse em prosseguir com o pagamento das parcelas relacionadas ao contrato.

A ré foi notificada, solicitando-se a devolução dos valores já pagos, porém manteve-se inerte.

O contrato de compra e venda foi firmado sob o amparo da Lei nº 13.786/18, onde prevê a restituição do valor de 50% do montante pago pelo fato de o empreendimento estar submetido ao regime do patrimônio de afetação. Todavia, os autores argumentam que o contrato de compra e venda não obedece aos termos legais.

O pleito de tutela de urgência foi deferido parcialmente para suspensão da exigibilidade do saldo do preço do imóvel e proibição da inscrição em cadastro de devedores por falta de pagamento.

A parte ré foi regularmente citada, apresentando sua contestação. Posteriormente, os autores procederam à apresentação de réplica em resposta às alegações apresentadas pela parte adversa.

Os processos foram julgados em primeira e segunda instância e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), decisões que veremos adiante.

4.2. ARGUMENTOS DAS PARTES ENVOLVIDAS

Inicialmente, em petição inicial, os autores afirmam que os contratos de adesão que são impostos aos consumidores foram repetidamente examinados pelo Poder Judiciário, e que em situações de desistência da compra do imóvel, a jurisprudência estabeleceu o entendimento de que deve haver a restituição de 80% dos valores pagos.

Argumentam os autores que o contrato de compra e venda acordado assemelha-se a um "contrato de adesão", no qual não concede aos autores o direito de realizar reparos e, por conseguinte, de obter um "conhecimento efetivo" do que está estipulado. Portanto, sustentam que as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade do instrumento contratual não devem sobrepor-se à determinação constitucional em nenhuma circunstância, sob o risco de violar a nossa Lei Maior, que exige, inclusive, o equilíbrio nas relações da sociedade.

Os autores, em suas argumentações, mencionaram a Lei nº 13.786/2018 (Lei do distrato) em consonância com o Código de Defesa do Consumidor.

Citaram que o instrumento contratual firmado foi sob a égide da Lei nº 13.786/2018, e no que tange à questão dos casos referentes à rescisão contratual, comunicaram o artigo 67-A, § 5º, que em casos de o empreendimento ser submetido

ao regime de patrimônio de afetação, o incorporador restituirá em favor do adquirente o percentual de 50% dos valores pagos. Vemos:

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

I - a integralidade da comissão de corretagem; II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.

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

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

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

II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores;

III - valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die;

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

§ 3º Os débitos do adquirente correspondentes às deduções de que trata o

§ 4º Os descontos e as retenções de que trata este artigo, após o desfazimento do contrato, estão limitados aos valores efetivamente pagos pelo adquirente, salvo em relação às quantias relativas à fruição do imóvel.

§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

Sobre referida Lei e artigo alegaram que não se estabelece o percentual de 50% de retenção de forma taxativa e, sim, apenas estipula um limite da multa de retenção.

Nesse contexto, demonstram que a imposição do percentual limite de multa aos adquirentes, conforme praticado pela maioria das construtoras, configura-se como uma prática abusiva que requer avaliação por parte do Poder Judiciário.

Sustentam que a relação jurídica entre as partes, ou seja, adquirentes e incorporadoras, constitui uma típica relação de consumo. Nesse contexto, a ré deveria ser devidamente qualificada como fornecedora, enquanto os autores são considerados consumidores, nos termos precisos estabelecidos pelos artigos 2º e 3º do Código de Defesa do Consumidor.

E ainda sobre o Código de Defesa do Consumidor, alegam que o artigo 51, inciso II, é claro ao dispor que são nulas cláusulas que determinam aos consumidores a perda das quantias paga. Sendo que os incisos IV e XV do mesmo ainda resguardam os consumidores contra cláusulas consideradas abusivas e que os coloquem em desvantagem exagerada.

Sustentam que a Lei do Distrato deve caminhar de forma coordenada com as normas do CDC, não se excluindo uma da outra.

Ademais, reforçaram a informação de que o contrato de compra e venda foi firmado sob a vigência da Lei do Distrato, porém a ré não segue com a regra em relação a devolução dos valores pagos, citando o artigo 67-A, anteriormente transcrito.

Sendo assim, os autores informaram que no presente caso, tem-se que somente a comissão de corretagem poderia ser deduzida dos valores pagos, e a multa de retenção. Todavia, alegaram que foram isentos do pagamento de comissão de corretagem, tendo em vista que a coautora era corretora de imóveis e trabalhava para a ré na ocasião em que adquiriu o imóvel objeto da presente demanda.

Assim sendo, mencionam que o contrato inclui descontos ilegais, tais como "demais tributos, taxas, contribuições, encargos sobre a fração do terreno, etc.", conforme previamente mencionado, sendo esses descontos considerados inapropriados e que não deveriam ser aplicados no contexto.

Ainda, em relação à resolução contratual e à restituição dos valores pagos, destacam que todas as tentativas de uma verdadeira rescisão no âmbito administrativo foram infrutíferas. Por esse motivo, tornou-se imperativo efetuar a rescisão contratual com a restituição dos valores desembolsados pelos autores desde o início, devidamente corrigidos.

Para concluir, nos pedidos foi requerida a procedência da ação para declarar a rescisão do "Instrumento Particular de Promessa de Compra e Venda de Imóvel e Outros Pactos de Unidade Autônoma", referente apartamento nº 811 – "Torre Zahle Residencial" do "Empreendimento Zahle Jardins", com a consequente devolução de 80% da totalidade dos valores desembolsados no montante de R\$ 66.520,52 (sessenta e seis mil quinhentos e vinte reais e cinquenta e dois centavos).

Em contrapartida, a ré apresentou sua resposta por meio de contestação, inserindo um tópico para sustentar a inexistência de práticas abusivas e de infringências ao Código de Defesa do Consumidor.

Alega que o cumprimento do "dever de informação" estabelecido no artigo 6º, inciso III, do CDC foi integralmente observado por ela. A ré sustenta que todas as cláusulas do contrato de compra e venda estavam devidamente transcritas e destacadas de forma legível, não havendo, portanto, qualquer violação ao princípio da boa-fé objetiva.

A ré cita o princípio da *pacta sunt servanda*, segundo o qual, no contrato acordado entre as partes, desde que não sejam ilegais, as cláusulas devem ser fielmente cumpridas.

Por conseguinte, afirma que em nossa legislação, existe uma exceção à regra mencionada anteriormente. As modificações que podem ocorrer no contrato de compra e venda somente acontecerão devido a um defeito no ato ou a um evento extraordinário, imprevisível, que gere um desequilíbrio significativo em favor de uma das partes em detrimento da outra.

A ré menciona que no caso em questão não ocorreu nenhum vício de consentimento que pudesse invalidar o contrato, e que estamos diante de um ato jurídico realizado com a livre manifestação de vontade por parte de agentes capazes, envolvendo um objeto lícito, com regras previamente estabelecidas e ajustadas, uma vez que não há proibição legal em relação à contratação efetuada. Continua a defesa dizendo que não é pertinente discutir a revisão e/ou anulação de cláusulas contratuais, uma vez que os autores, de maneira voluntária e consciente, firmaram o instrumento particular de compromisso de venda e compra. Portanto, conclui que a validade do contrato deve ser mantida integralmente.

Sequencialmente, a ré incluiu um tópico referente à legalidade da cláusula penal.

Expressa que ao pretender a rescisão pela via judicial, os autores relatam ter contactado administrativamente a ré, a qual acenou favoravelmente à devolução dos valores pagos pela aquisição do imóvel, com o abatimento do valor correspondente à multa penal prevista na cláusula 6.4. Entretanto, com a argumentação de que a retenção contratual proposta pela ré é considerada abusiva e ilegal, os autores pleiteiam a anulação dessa cláusula, fundamentando-se nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, argumento que a ré afirma que não merece guarida.

Sustenta que as cláusulas contratuais são completamente claras e facilmente compreensíveis, de modo que os autores não podem alegar desconhecimento quanto à sua abrangência.

Assim, dispõe que apesar da disposição expressa no artigo 53 do CDC, que proíbe a perda total das prestações (e não parcial), é inadmissível discutir a taxa da multa contratual.

Reforça que a revisão do contrato é exceção à sobredita regra, ocorrendo apenas em caso de vício do ato ou pelo acontecimento excepcional, imprevisível e que onere uma das partes em detrimento da outra. Sendo que no presente caso, não se identifica qualquer defeito ou anulação que justifique a revisão das cláusulas contratuais. Trata-se de um ato jurídico realizado mediante a livre manifestação de vontade por parte de agentes capazes, com objeto lícito e regras predefinidas e acordadas antecipadamente.

Alega que ao buscar proteger o consumidor, o sistema legal não deve instituir direitos puramente potestativos e impor à incorporadora, o ônus do desfazimento do contrato, acarretando-lhe prejuízos consideráveis.

Alega ainda, que a perda parcial dos valores pagos tem como objetivo compensar as diversas despesas incorridas pela ré na administração do empreendimento. Estes custos substanciais incluem a aquisição do terreno e os gastos associados à sua regularização, despesas relacionadas à construção, impostos, taxas e contribuições, incluindo encargos ligados ao financiamento da obra, bem como despesas de marketing, *stand* de vendas, entre outros.

A ré concluiu neste tópico que não há prova de lesão ou onerosidade que autorize a revisão da multa penal prevista no compromisso sub judice e que a alíquota contratual de 50% não é iníqua e expressa a compensação das despesas e prejuízos decorrentes da rescisão, pugnando a ré pela improcedência do pedido de nulidade das cláusulas do instrumento celebrado entre as partes, para devolução do correspondente a 80% dos valores pagos.

Em outro tópico a ré aborda os impactos econômicos provocados pela rescisão imotivada.

Menciona que os contratos imobiliários desempenham um papel crucial em uma extensa cadeia econômica, sendo que a unidade imobiliária vendida não existe de forma isolada, observando que a Lei federal nº 4.591/64 regula os direitos e

deveres de todos os envolvidos no empreendimento, com o propósito unificado de assegurar o sucesso do projeto.

Por esse motivo, aduz que é crucial que exista uma cláusula penal suficientemente desestimulante para desencorajar o descumprimento por parte do adquirente. Aduz mais, que sem tal medida, a incorporadora, que atua como vendedora de imóveis, correrá o risco de se transformar em uma espécie de instituição de poupança. Isso poderia sujeitar as transações imobiliárias à volatilidade do investidor especulativo, que, diante de qualquer sinal de insucesso ou mudança em seus interesses, poderia desistir do negócio e recuperar o capital investido integralmente, com os acréscimos legais - uma situação que não seria aceitável.

Ademais, além da frustração do negócio jurídico, resultante unicamente da desistência do adquirente, impõe à construtora a necessidade de reinvestir na unidade que foi inicialmente vendida para colocá-la novamente no mercado. Esse processo, além de acarretar despesas e encargos, não garante sempre condições favoráveis em uma nova negociação.

Portanto, a ré além de ser responsável pelo custeio de todas as despesas relacionadas ao imóvel (condomínio, IPTU, etc.), encontra-se também compelida a restituir uma parte substancial do investimento empregado na construção do bem adquirido. Isso ocorre sem que a posterior negociação do imóvel com terceiros compense devidamente as perdas incorridas.

Conclui que autorizar a devolução de 80% dos valores pagos pelos compromissários compradores, somados aos encargos legais mencionados e aos honorários advocatícios, conforme pleiteado pelos autores, implicaria na subversão dos princípios de direito que regem o sistema imobiliário. Isso resultaria em sérios prejuízos para as incorporadoras, podendo até mesmo levá-las à falência, bem como afetaria todos os envolvidos na cadeia de produção, uma vez que ficariam vulneráveis às ações de compradores inadimplentes.

Em continuidade, a ré aponta um tópico referente às previsões legais da Lei 13.786/18 (Lei do distrato).

Informa que a unidade que é objeto do contrato que trata a ação, é construído pelo regime do patrimônio de afetação, por isso deverá respeitar o regime especial. Alega que no caso concreto incide o seguinte artigo da Lei do distrato:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento

absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:(...)

§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

Expõe ainda que a implementação do patrimônio de afetação tem como objetivo resguardar os interesses dos adquirentes em casos de falência ou insolvência civil do incorporador. Essa medida busca proporcionar estabilidade e segurança jurídica às relações econômicas presentes em toda a cadeia de incorporação, que engloba adquirentes, incorporadores, agentes financiadores da obra e setor imobiliário.

E ainda que assim não fosse, a pretensão dos autores estaria limitada ao percentual estabelecido pela Lei nº 13.786/18, que foi publicada no Diário Oficial da União em 28.12.2018, e introduziu o artigo 67-A na Lei nº 4.591/64, que em seu §5º autoriza que a multa de rescisão submetidas ao regime do patrimônio de afetação seja estabelecida até o limite de 50%, conforme transcrito acima.

Ou seja, a mencionada Lei concede explicitamente à incorporadora a prerrogativa de reter até 50% dos valores pagos pelo adquirente, a título de multa penal, no evento de rescisão do contrato referente a unidade autônoma em incorporação imobiliária submetida ao regime do patrimônio de afetação, o que se configura na situação específica deste caso.

Portanto, aduz que a cláusula penal estipulada, que estabelece uma multa de 50% sobre os valores pagos pelos autores, está em total conformidade com a Lei nº 13.786/18. Esta Lei foi estabelecida com base na realidade das incorporações imobiliárias, buscando lidar com as consequências prejudiciais decorrentes de rescisões indiscriminadas e não motivadas.

Por todo exposto, a ré requereu a improcedência do pedido dos autores que objetivavam a restituição de 80% dos valores pagos, haja vista que a Lei permite a retenção de 50% sobre os valores quitados até o momento.

No capítulo subsequente, abordaremos a conclusão das decisões proferidas nos âmbitos de primeiro e segundo grau, e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

4.3. CONCLUSÃO DAS DECISÕES DE PRIMEIRO E SEGUNDO GRAUS

A sentença desdobrou-se de maneira concisa, desenrolando-se com apenas três páginas de desenvolvimento.

O magistrado reforçou que o compromisso de compra e venda do referido imóvel, pelo preço de R\$ 492.500,00, foi celebrado em dezembro de 2019. Ainda, o distrato não foi concretizado por discordância dos autores com a restituição parcial daquela quantia proposta pela ré com base em disposição contratual.

Afirma que o compromisso foi celebrado na vigência na Lei nº 13.768/2018, que incluiu o art. 67-A, I, II e §§2º e 5º, na Lei nº 4.591/1964. E a aludida cláusula contratual está em conformidade com esse dispositivo legal, tratando-se de incorporação submetida ao regime do patrimônio de afetação.

Ainda, que a norma é específica e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, que não pode ser evocado, pois, para contrariá-la.

Além disso, enfatiza que não se evidencia o alegado desalinhamento com a disciplina do mencionado Código. A cláusula contratual foi redigida de maneira compreensível e não apresenta caráter abusivo. A retenção de 50% do valor pago pelos demandantes, equivalente a 6,75% do montante total do imóvel $[(R\$ 66.520,52 : 2) : R\$ 492.500,00 \times 100]$, não é excessiva e não parece conferir à parte requerida uma vantagem indevida, levando em consideração seu comprometimento financeiro com o contrato.

Inclusive, acrescentou que é importante observar que, uma vez que os autores notificaram a ausência do pagamento da comissão de corretagem e não há qualquer indicação de encargos relacionados ao imóvel que deveriam ser suportados por eles, a perda deles está restrita à metade do valor que desembolsaram. Sendo devida, então, a restituição da quantia de R\$33.260,26 $(R\$66.520,52:2)$, exatamente como proposto pela ré para que se operasse o distrato.

Sendo assim, julgou parcialmente procedente a pretensão, para rescindir a promessa de compra e venda e condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 33.260,26, a ser corrigida, pelo índice contratual, a partir de cada desembolso de que

originada e acrescida de juros moratórios legais (de 1% ao mês) a partir do trânsito em julgado, quando produzirá efeito a resolução do contrato e tornar-se-á exigível a prestação.

Ademais, decidiu que ônus de sucumbência há de recair exclusivamente sobre os autores, tendo-se em conta que a ré não deu causa ao pedido de rescisão do contrato, a que jamais se opôs, e que a pretensão, no tocante à importância restituível, é improcedente. Por isso, eles ressarcirão as custas e as despesas processuais pagas pela ré e pagarão honorários advocatícios arbitrados, na forma do art. 85, §2º do Código de Processo Civil, em 10% da diferença entre a restituição pretendida (80% da parte do preço paga) e a restituição conseguida porquanto restrita a isso.

Irresignados com a sentença de primeiro grau, os autores interpuseram recurso de apelação.

Em resumo, os autores mencionaram novamente a aplicação do Código de Defesa do Consumidor relatando que a relação entre eles e a ré é tipicamente de consumo.

Ainda, ressaltaram que o contrato é regido pela Lei 13.786/18 em consonância com o Código de Defesa do Consumidor. Informando que no artigo 67-A §5º que dispõe sobre empreendimento submetidos ao regime do patrimônio de afetação serem restituídos até o limite de 50% dos valores pagos, não ocorre de forma taxativa e sim apenas estipula um limite de multa de retenção.

Ademais, alegou que aplicar de forma inquisitiva tal percentual limite de multa em face dos adquirentes, como de fato tem feito a grande maioria das Construtoras, torna-se prática abusiva, a qual deve ser analisada pelo Poder Judiciário.

Concluindo que a Lei do Distrato deve estar em consonância com o que determina o CDC, e ainda, não alterou o r. entendimento já consolidado junto ao Poder Judiciário no que tange a matéria do presente caso, possibilitando resguardar os direitos dos adquirentes e consumidores.

Em decorrência do recurso de apelação, sobreveio o acórdão decidindo a matéria.

O relator da apelação relatou que, à luz do que se pacificou nos termos do art. 543-C do antigo CPC (Tema 577), a tornar irrelevante a cláusula penal ajustada, impõe-se a restituição e de uma só vez de todos os valores efetivamente pagos (sinal

+ parcelas), com o direito de a fornecedora reter certo percentual em seu benefício, a título de despesas administrativas e contratuais decorrentes da rescisão. Vemos:

A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributo se taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.

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.

Relatou que a determinação desse índice de retenção sempre apresentou variações ao longo do tempo, permitindo que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) o ajustasse entre 10% e 25%. Contudo, agora, exclusivamente para os contratos celebrados antes da promulgação da Lei nº 13.786/18, a 2ª Seção do STJ consolidou a interpretação soberana da legislação federal, estabelecendo que o parâmetro deve ser de 25% dos montantes pagos pelos compradores. Vemos:

Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento

Reforçou que as penas convencionais fixadas para contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos, são no limite de 50% da quantia paga.

Porém, relatou que isso não implica que essa penalidade contratual, assim como qualquer outra, não possa, considerando a função social do contrato e na ausência de evidência concreta de danos que justifiquem uma retenção tão substancial, ser diminuída para níveis que não sejam excessivos. Esse ajuste é

particularmente aplicável à luz dos princípios consagrados na Lei nº 8.078/90 e de seu status constitucional, conforme discutido em um trabalho doutrinário.

A multa/retenção de 50% sempre foi e continuará sendo abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado. Aduz que a penalidade/retenção de 50% tem sido persistentemente considerada como excessiva e assim será, conforme frequentemente reconhecido pelo Eminentíssimo Superior Tribunal de Justiça. Este tribunal permitia que essa porcentagem variasse entre 10% a 25%, conforme previamente esclarecido.

Diante desse raciocínio criterioso, considerando as disposições do Código de Defesa do Consumidor e a análise conjunta de todos os elementos até agora discutidos, é razoável e equilibrada a retenção de 25% dos valores pagos. Essa porcentagem respeita o limite legal (até 50%), mantendo a consistência na aplicação da correção monetária e dos juros estabelecidos na sentença, em conformidade com a abordagem adotada pelo Superior Tribunal de Justiça para contratos anteriores à Lei nº 13.786/18. Essa abordagem, de certa forma, tem sido respaldada ao longo do tempo por este respeitável Tribunal de Justiça de São Paulo.

Assim, apresentou precedentes específicos, AC 1008862-90.2021.8.26.0006, rel. Ferreira da Cruz, j. 10.05.2022 da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, a tratar dessa problemática posta:

CLÁUSULA PENAL. Contrato que prevê retenção de 50% dos valores pagos. Abusividade. Previsão do artigo 67-A, §5º, da Lei 4.591/1964, que não deve ser aplicada de forma absoluta. Retenção fixada em 25% dos valores pagos, em redução de cláusula contratual abusiva (art. 6º, V, CDC, e do art.413, CC). Precedentes. Ausência de prejuízos elevados à apelada, que poderá revender o Imóvel.

Assim, possível a dedução de importância inferior à prevista no inciso II e §5º do artigo 67-A, devendo a fixação do percentual a ser retido estar em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor, o qual deve ser aplicado de forma harmônica com a Lei 13786/08. Por conseguinte, claramente abusiva a retenção de 50% das quantias pagas prevista na alínea b" da cláusula 8.4.1. (fl. 52), representando evidente desequilíbrio entre as partes, em desvantagem excessiva à compradora e consequente enriquecimento ilícito da vendedora; referida disposição contratual é nula de pleno direito, por ofensa ao disposto no artigo 51, incisos I e IV do Estatuto Consumerista.

Ademais, decidiu que não há nada que se falar-se sobre comissão de corretagem, vez que os autores foram isentos do pagamento, pois a autora era

corretora de imóveis e trabalhava para a ré na ocasião em que adquiriu o imóvel objeto da presente demanda.

Por fim, aduz que claramente, a responsabilidade por encargos tributários e/ou condominiais está vinculada ao exercício efetivo da posse, independentemente da presença de cláusulas contratuais divergentes, que são nitidamente abusivas. Além disso, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), as despesas de condomínio e IPTU são atribuições da construtora até a efetiva entrega do imóvel ao adquirente, independentemente da obtenção do habite-se ou da formal instalação da universalidade.

O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu em dar parcial provimento ao recurso de apelação para reduzir o percentual de retenção de 50% para 25%, na forma e no prazo previstos na motivação, com isso, ampliou o valor a ser restituído aos autores.

4.4. ANÁLISE DO CASO NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Pelo fato de que a incorporadora não concordou com a decisão de segundo grau, interpôs recurso especial, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra o acórdão proferido na 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em seu recurso especial, a recorrente alegou que o acórdão do tribunal local contraria, frontalmente, dispositivos de Lei federal e a atual jurisprudência sobre o tema. Diz que os recorridos devem seguir rigorosamente o que está previsto na Lei 4.591/64, em seu artigo 67-A, §5º (acrescentado pela Lei nº 13.786/18), que autoriza o incorporador a reter 50% dos montantes pagos quando a incorporação estiver sujeita ao regime de patrimônio de afetação, como é o caso neste contexto.

Menciona que o juízo de primeiro grau resolveu de maneira apropriada a controvérsia, seguindo, inclusive, a orientação atual dessa corte superior de justiça, que reconhece a legalidade e validade da cláusula penal de até 50% nestas hipóteses, em que a incorporação está submetida ao regimento de patrimônio de afetação.

Argumenta que o tribunal local, de maneira equivocada, ao analisar o recurso de apelação dos recorridos, ignorou completamente a legislação pertinente e a jurisprudência relacionada ao assunto. Em vez disso, modificou parcialmente a

mencionada sentença, reduzindo o percentual da cláusula penal de 50% para 25%. Aduz que essa alteração foi fundamentada em uma simples presunção de abusividade, utilizando argumentos inaplicáveis e distorcidos, conforme expresso na ementa do acórdão.

Assim, informa que não restou outra alternativa à recorrente, senão, com base no art. 105, III, alíneas “a” e “c” da Constituição Federal, interpor o recurso especial em face do acórdão.

Portanto, argumenta que ao contrário da conclusão a que chegou o tribunal local, não há motivo para se considerar abusiva ou excessiva vantagem da recorrente ao prever o percentual de 50% de retenção de valores para a hipótese de desfazimento do contrato por desistência dos próprios adquirentes, que alegaram problemas de “ordem financeira”.

Destaca a recorrente, que nesse contexto, a aplicação do CDC não anula os efeitos jurídicos do art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64. A Lei nº 13.786/2018, que introduziu o mencionado dispositivo na Lei 4.591/64, está em vigor, possui fundamentos jurídicos e econômicos bastante claros, e merece total observância. Especialmente por ser específica e posterior ao CDC, a legislação em questão preenche uma lacuna no direito positivo, conforme decidido por esta respeitável Corte Superior no julgamento do REsp nº 1.723.519/SP pela Segunda Seção.

Ademais, informa que no acórdão recorrido, foram consignadas quatro circunstâncias jurídicas importantíssimas: (i) a data da celebração do contrato, dia 15.12.2019, ou seja, após a edição e vigência da Lei nº 13.786/18; (ii) o reconhecimento de que a incorporação em questão foi submetida ao patrimônio de afetação; (iii) o incontroverso inadimplemento dos recorridos; (iv) a existência de cláusula penal prevendo o percentual 50% de retenção para a hipótese de inadimplemento dos compromissários compradores.

No entanto, mesmo diante dessas quatro circunstâncias jurídicas, o tribunal local não chegou à solução jurídica apropriada para a controvérsia. Interpretou de forma equivocada o art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64, negligenciando sua razão ao afirmar que a "multa/retenção de 50% sempre foi e continuará sendo abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado".

A recorrente argumenta que o mencionado art. 67-A estipula que, dos montantes pagos pelo adquirente antes da resolução voluntária por sua parte ou da

resolução do contrato devido a seu inadimplemento, será deduzida, do valor efetivamente desembolsado pelo adquirente até o momento do desfazimento do negócio, uma multa/pena convencional de até 25% (vinte e cinco por cento), quando a incorporação não optar pelo regime de afetação, e até 50% (cinquenta por cento), caso esse regime tenha sido adotado.

A recorrente também menciona que consta, já na ementa do acórdão recorrido, a seguinte afirmação: “Hipótese em que é possível a adoção de critério simétrico àquele usado pelo STJ para vínculos antigos no intuito de reduzir a cláusula penal, como qualquer outra, a patamares não abusivos. Incidência do art. 413 do CC. (...). A multa/retenção de 50% para empreendimentos com regime de afetação de patrimônio sempre foi, e continuará sendo, abusiva”.

Informa que ao agir dessa maneira, o TJSP, mais uma vez, interpretou erroneamente a legislação aplicável, contrariando a jurisprudência estabelecida sobre o assunto.

Explica que o art. 413 do Código Civil prevê a possibilidade de o magistrado reduzir a cláusula penal, equitativamente, em apenas duas situações: (i) “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte”, ou (ii) “se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”.

Afirma, portanto, que o TJSP, ao negligenciar o teor normativo do art. 413 do CC, presumiu uma abusividade, sem considerar que a cláusula penal em questão foi redigida dentro dos limites estabelecidos pelo art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64, aplicável quando a incorporação está sujeita ao patrimônio de afetação.

Defende que a Lei nº 13.786/18, também conhecida como Lei do Distrato Imobiliário, ao adicionar o art. 67-A, § 5º, à Lei nº 4.591/1964, estabeleceu que a pena convencional para contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação pode atingir até 50% dos valores pagos. A razão e a lógica por trás desse percentual foram detalhadamente explicadas por esta Corte Superior, por meio de uma decisão recente sob a relatoria do Eminentíssimo Ministro Moura Ribeiro, que ressaltou:

(...). Cumpre destacar, de início, que a Lei nº 13.786/18, conhecida como Lei do Distrato Imobiliário, publicada aos 27/12/2018, disciplinou em seu art. 67-A que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação pode chegar até o limite de 50% dos valores pagos. Isso porque, com o patrimônio afetado, o pagamento das parcelas pelos adquirentes não se mistura ao patrimônio

da incorporadora, não podendo, por exemplo, fazer parte de massa falida, justamente porque esses valores serão utilizados para a conclusão da obra, assegurando a higidez financeira do empreendimento e garantindo a futura entrega das unidades aos compradores adimplentes. Ou seja, foi uma opção do legislador para proteger a coletividade dos adquirentes e o próprio cumprimento do contrato. (STJ, REsp 2.023.713/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 23.09.2022).

Para finalizar, declara que como visto, o acórdão recorrido, ao presumir a existência de abusividade na hipótese e desconsiderar os consectários legais e efeitos da Legislação Federal aplicável à espécie, afrontou, diretamente, os arts. 53 do CDC, 413 do CC, e 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64. Ocorrendo que, para além dessas violações, o entendimento manifestado pelo E. TJSP também não está adequado à orientação jurisprudencial dominante nos tribunais de justiça estaduais, no sentido de que, havendo a rescisão contratual por inadimplemento/vontade exclusiva dos adquirentes (in casu, recorridos), e estando o empreendimento submetido ao regime de patrimônio de afetação, mostra-se perfeitamente lícita e válida a retenção de 50% dos valores já pagos.

Assim, a fim de demonstrar o dissídio jurisprudencial a respeito do tema, o recorrente traz à análise acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, na apelação cível nº 0714926-72.2020.8.07.0001, de relatoria do Des. Roberto Freitas Filho, em que assim se expõe:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. DESFAZIMENTO. (...). INICIATIVA DO COMPRADOR. CLÁUSULA DE RETENÇÃO. LEI 13.786/2018. CONSTITUIÇÃO DE PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. (...).3. No caso em exame, foi realizado contrato de compra e venda de unidade em construção, em 23 de janeiro de 2020. 3.1. Sobre o caso incide a Lei 13.786/2018, que alterou a Lei nº 4.591/64, a qual, em seu art. 67-A, dispõe acerca da rescisão do contrato por culpa do adquirente e seu §5º prevê a possibilidade de haver retenção de até 50% do valor pago na hipótese de o empreendimento estar submetido ao regime do patrimônio de afetação, conforme descrito no contrato (...). (TJDF, Apl. 0714926-72.2020.8.07.0001, rel. Des. Roberto Freitas Filho, 3ª Turma Cível, DJe 02.09.2021).

Sendo a mesma conclusão que se vê em acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação Cível nº 1.0000.22.060182-7/001, de relatoria do Des. Octávio de Almeida Neves:

APELAÇÃO - CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE UNIDADE IMOBILIÁRIA - RESCISÃO - CULPA DO COMPRADOR - PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO - LEI 13.786/2018 - LIMITE LEGAL DE RETENÇÃO - OBSERVÂNCIA - ART. 413 DO CC - NÃO INCIDÊNCIA - INDENIZAÇÃO

POR DANO MORAIS - IMPROCEDÊNCIA. Tratando-se de contrato de compra e venda de unidade imobiliária, com patrimônio de afetação, celebrado após a vigência da Lei 13.786/18, mostra-se legal a restituição em percentual previsto conforme cláusula contratual e de acordo com o art. 67 - A, § 5º, da referida Lei. Não preenchidas as hipóteses previstas no art. 413 do CC, não se faz cabível a revisão da multa prevista no contrato firmado entre as partes, dentro da previsão legal, para o caso de rescisão por culpa do comprador. Ausente falha na prestação dos serviços ou ato ilícito, a ensejar responsabilidade civil, não prospera o pleito de indenização por danos morais. (TJMG, Ap. 1.0000.22.060182- 7/001, 15ª CC, rel. Octávio de Almeida Neves, DJe 08/06/2022).

Argumentando que é claro, o conflito entre o acórdão recorrido e os acórdãos paradigma do TJDF e TJMG, os quais reconhecem a legalidade da retenção de 50% dos valores já pagos, quando o empreendimento está sujeito ao regime de patrimônio de afetação e a culpa pelo desfazimento do contrato é exclusiva do adquirente. E ainda, o entendimento contido no r. acórdão recorrido está divergente com o próprio posicionamento dessa Corte Superior, a exemplo do julgamento de relatoria do Eminentíssimo Min. Luis Felipe Salomão, publicado em abril de 2022, em que restou decidido:

“(…). Sendo certo que, como alega o agravante, esse percentual pode ser estabelecido até o limite de 50% da quantia paga, quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, tratados nos arts. 31-A a 31-F da Lei n. 4.591/1964, como no caso dos autos. Desse modo, estando o limite estabelecido na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em conformidade com o estabelecido na Lei, não há como declarar sua nulidade, ante a prevalência do princípio da pacta sunt servanda. (STJ, AREsp nº 2062928/SP, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.04.2022).

Além disso, aduz que o acórdão recorrido, ao que tudo indica, representa uma posição isolada de um julgador ou Câmara, visto que, ao observar a jurisprudência do TJSP, torna-se evidente que o Tribunal segue exatamente a linha argumentativa apresentada neste recurso. A título de exemplo, mencionam-se, em nota de rodapé, diversos acórdãos do mesmo Tribunal local nos quais a validade e legalidade do percentual de retenção de 50% foram reconhecidas, conforme permitido pelo art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64.

Pelo exposto, o recorrente requer que seja dado provimento ao presente recurso especial, para o fim de reformar o v. acórdão recorrido e, assim, reconhecer a legalidade do percentual de retenção de 50%, tal como fizeram os demais tribunais estaduais nos aludidos acórdãos-paradigma.

O recurso especial, foi admitido pelo art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal.

O Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial de forma monocrática. A decisão foi proferida pelo Ministro Raul Araújo, e quanto ao mérito, informou-se que em relação ao percentual de retenção pelo montante quitado, o tribunal estadual conclui o seguinte:

Observe-se, a propósito, que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos (fls. 189), pode chegar até o limite de 50% da quantia paga. Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, como qualquer outra¹³, à luz da função social do ajuste¹⁴ e sem prova concreta de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei nº 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em obra doutrinária. [...]

A multa/retenção de 50% sempre foi - e continuará sendo - abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado. Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra a retenção de 25% dos valores pagos (item 4 - fls. 29/30), que observa o teto legal (até 50%), mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na sentença (fls. 224), como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Afirma que o entendimento estabelecido pelo STJ, no julgamento do REsp 1.723.519/SP, da Segunda Seção, é no sentido de que, na rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, por desistência do comprador, anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de retenção pactuado desde que dentro do limite de 25%, tal como definido no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, por ser montante adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato.

Argumenta que no caso em questão, o contrato foi celebrado em junho de 2019, ou seja, após a vigência da Lei nº 13.786/2018, que inseriu o art. 67-A, II, na Lei 4.591/1964, apontado como infringido. Portanto, a retenção em discussão pode ser limitada a um máximo de 50% do montante pago, especialmente quando a incorporação está sujeita ao regime do patrimônio de afetação, conforme delineado nos artigos 31-A a 31-F da Lei n. 4.591/1964, como é o caso em análise.

Diante do exposto, o ministro Raul Araújo deu provimento ao recurso especial para considerar válida a cláusula de retenção de 50% dos valores pagos.

Os autores interpuseram agravo interno, utilizando-se dos mesmos argumentos da inicial.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Em conclusão, os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Isabel Gallotti, Antônio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram em concordância com o Sr. Ministro Relator Raul Araújo.

Conforme se observou no decorrer deste capítulo, a Lei do Distrato foi respeitada pelo juízo de primeiro. Todavia, em sede recursal, o Tribunal de Justiça de São Paulo negou vigência à referida lei, utilizando-se de precedentes anteriores à vigência da Lei do Distrato, e reduziu o valor da cláusula penal. Por conta disso, a incorporadora teve de recorrer ao Superior Tribunal de Justiça, por conta de violação à lei federal e dissenso jurisprudencial, e na instância superior, a decisão do TJSP foi reformada, e o STJ fez valer o disposto na Lei do Distrato.

5 CONCLUSÃO

A presente foi monografia elaborada como critério à conclusão do curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, onde aprofundou-se a compreensão sobre a Lei do Distrato (Lei nº 13.786/18), analisando minuciosamente as modificações introduzidas na Lei de Incorporação Imobiliária (Lei nº 4.591/64) e na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei nº 6.766/79). Foi explorado no segundo capítulo os conceitos, avaliado sua aplicabilidade prática, compreendido sua funcionalidade no contexto real e delineado seus objetivos fundamentais, além disso, investigou-se a efetividade da cláusula penal e a dinâmica do regime do patrimônio de afetação. E por fim, no terceiro capítulo, analisou-se o processo de nº 1018599-32.2021.8.26.0002 do estado de São Paulo-SP, analisando-se as decisões de primeiro e segundo grau e a decisão do STJ referente a aplicabilidade da Lei do Distrato.

Pois bem, este estudo expôs que ao longo do tempo, a ausência de uma legislação específica sobre o distrato imobiliário resultou em situações desafiadoras e litígios recorrentes, evidenciando a necessidade extrema de normas claras e abrangentes nesse contexto.

Em síntese, a análise aprofundada da Lei do Distrato Imobiliário revela sua importância fundamental na estabilização e harmonização das relações contratuais entre incorporadoras e adquirentes de imóveis. As modificações introduzidas neste contexto jurídico constituem um avanço notável, adaptando-se de maneira eficaz à complicada dinâmica das transações imobiliárias na contemporaneidade. Ao conferir maior segurança jurídica, a legislação contribui para a sustentabilidade do mercado, fortalecendo a confiança dos consumidores e prevenindo litígios onerosos.

É imperativo reconhecer que a Lei do Distrato Imobiliário não apenas atende às demandas emergentes, mas também promove a transparência e equidade nas negociações, resguardando os direitos essenciais das partes envolvidas.

A promulgação dessa lei não apenas preenche uma lacuna legal, mas também busca harmonizar interesses conflitantes, fomentando a sustentabilidade do mercado imobiliário e contribuindo para a confiança dos consumidores. Neste contexto, explorar a importância e implicações da Lei do Distrato Imobiliário torna-se imperativo para compreendermos seu impacto nas dinâmicas do setor e na garantia de direitos fundamentais dos cidadãos.

No âmbito do estudo em questão, evidencia-se que, apesar da promulgação da Lei do Distrato em 2018, as partes contratantes enfrentam desafios na sua aplicação precisa, haja vista a resistência dos Tribunais de Justiça, que em muitos casos reduzem à cláusula penal, apesar de estar prevista e autorizada na Lei do Distrato, inclusive, como aconteceu no processo judicial aqui estudado. Consoante às disposições da Lei do Distrato, observa-se que a penalidade convencional pela desistência do adquirente, em empreendimentos regidos pelo patrimônio de afetação, pode alcançar até 50% dos montantes financeiros já pagos. Todavia, teve-se que chegar até o Superior Tribunal de Justiça para que a Lei fosse devidamente aplicada.

Portanto, chega-se à conclusão incontestável de que a legislação exerce um papel crucial no estabelecimento do equilíbrio e no fomento do desenvolvimento do setor imobiliário. Nesse sentido, ressalta-se com veemência a importância da correta aplicabilidade da Lei do Distrato, bem como das modificações por ela introduzidas na Lei de Incorporação Imobiliária e da Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Essa interconexão normativa não apenas fortalece as bases legais que regem as transações imobiliárias, mas também atua como um alicerce sólido para a promoção da transparência, segurança e justiça nas relações entre adquirentes e incorporadoras/construtoras.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco, **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2018.

AUTUORI, Luiz, PINTO Jorge Lopes, PINTO Iracy Lopes. **Sutilezas em Tema de Condomínio**, Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BRASIL. Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937. **Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações**. Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1937. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-Lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em: 07 de novembro de 2023.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1220, de 22 de abril de 2015. **Regulamenta a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10 % (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora**, São Paulo, 22 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em 11 de novembro de 2023

_____. Lei de nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. **Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano**, Brasília, 27 de dezembro de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/l13786.htm. Acesso em 11 de novembro de 2023.

_____. Lei de nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. **Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências**. Brasília, 19 de dezembro de 1979. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l6766.htm. Acesso em 11 de novembro de 2023.

_____. Lei de nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. **Dispõe sobre o Condomínio em Edificações e as Incorporações Imobiliárias**. Brasília, 16 de dezembro de 1964. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l4591.htm. Acesso em 11 de novembro de 2023.

_____. Lei nº 9.785, de 29 de janeiro de 1999. **Altera o Decreto-Lei no 3.365, de 21 de junho de 1941 (Desapropriação Por Utilidade Pública) e As Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Registros Públicos) e 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (Parcelamento do Solo Urbano)**. Brasília, 29 de janeiro de 1999. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9785.htm. Acesso em: 09 novembro de 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 543. Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa

do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Disponível em:

https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf. Acesso em: 11 de novembro de 2023.

_____. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Acórdão n. 1018599-32.2021.8.26.0002. 28ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Ferreira da Cruz.

DINIZ Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 1 teoria geral do direito civil**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro V. 1 - Parte Geral**. 21. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

_____. **Direito Civil Brasileiro V. 2 - Teoria Geral das Obrigações**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

LARENZ, Karl. **Derecho Civil. Parte General**. São Paulo: Ediciones Olejnik, 2019.

NASCIMENTO João, Franco; GONDO Niske, **Incorporações imobiliárias**, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, v. 2 teoria geral das obrigações**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro, Teoria das Obrigações Contratuais e Extracontratuais**, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

_____. **Instituições de direito civil**, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. v.I**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

_____. **Direito das Coisas**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROSENVALD, Nelson. **A cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Atlas, 2007.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito Imobiliário Teoria e Prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE, Flavio. **Direito civil, v. 2 obrigações e responsabilidade civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

_____. **Manual de Direito Civil. Volume Único**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil, v. 2 direito das obrigações e responsabilidade civil**. 23. ed. Barueri: Atlas, 2023.

ANEXO A – SENTENÇA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO
3ª VARA CÍVEL
 AVENIDA DAS NAÇÕES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP
 04795-100
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital n°: **1018599-32.2021.8.26.0002**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Rescisão do contrato e devolução do dinheiro**
 Requerente: **Jose Roberto Martins de Oliveira e outro**
 Requerido: **Tgsp 52 Empreendimentos Imobiliários Ltda.**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **FABRICIO STENDARD**

Vistos.

Ação movida por JOSÉ ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA e SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA contra TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA para rescisão de contrato e condenação a restituição de quantia.

Os autores contaram que compromissaram com a ré a compra e venda de unidade em edifício em construção pelo preço de R\$ 492.500,00 e que, após o pagamento da quantia de R\$ 66.520,52, requereram a extinção do contrato por motivo de ordem financeira. Alegaram que não operado o distrato porque a ré, escorando-se em cláusula contratual, propusera a devolução de apenas 50% da quantia paga. Questionaram a aplicabilidade e a validade daquela cláusula. Pediram a imposição da restituição de 80% do quanto pago.

A tutela foi parcialmente antecipada para suspensão da exigibilidade do saldo do preço do imóvel e proibição a inscrição em cadastro de devedores por falta do pagamento e o valor da causa foi retificado (fls. 60/61).

A ré contestou. Não fez oposição à extinção do contrato, mas, no tocante à importância restituível, defendeu a validade e a aplicação da cláusula contratual impugnada (fls. 71/84).

Autorizou-se à ré a alienação do imóvel compromissado (fl. 195).

A contestação foi replicada (fls. 198/219).

As partes dispensaram a produção de prova (fls. 220/221).

É o relatório.

1018599-32.2021.8.26.0002 - lauda 1



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO
3ª VARA CÍVEL
 AVENIDA DAS NAÇÕES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP
 04795-100
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

DECIDO.

O processo comporta imediato julgamento porque, dispensada a dilação probatória, dela prescinde, mesmo, a resolução do mérito da causa.

O compromisso de compra e venda do referido imóvel, pelo preço de R\$ 492.500,00, foi celebrado em dezembro de 2019 (fls. 43/53 e 113/153).

Após o pagamento da quantia de R\$ 66.520,52 (fls. 54/57), os autores requereram a extinção do contrato em março de 2021 (fls. 58/59).

Como informado, o distrato não foi concretizado por discordância dos autores com a restituição parcial daquela quantia proposta pela ré com base em disposição contratual.

Tal disposição estabelece que, na hipótese de extinção do contrato por culpa dos compradores, é devida a restituição de 50% do quanto pago por eles, após a dedução de comissão de corretagem, de IPTU e de eventuais outros encargos relativos ao imóvel (fls. 52/53 e 128/129, cláusula XXI, e fls. 134/135, cláusula 6.4).

A disposição é perfeitamente aplicável ao caso, em que a rescisão, imotivadamente postulada, sujeita os autores àquilo que previsto como medida de compensação à ré pelo prejuízo decorrente da solução do contrato.

O compromisso foi celebrado na vigência na Lei n. 13.768/2018, que incluiu o art. 67-A, I, II e §§2º e 5º, na Lei n. 4.591/1964. E a aludida cláusula contratual está em conformidade com esse dispositivo legal, tratando-se de incorporação submetida ao regime do patrimônio de afetação (fls. 154/191, Av. 05).

A norma é específica e posterior ao Código de Defesa do Consumidor, que não pode ser evocado, pois, para contrariá-la.

Além disso, sequer se revela o conjecturado descompasso com a disciplina daquele Código. A cláusula contratual foi redigida de maneira compreensível e não é abusiva. A retenção de 50% da quantia paga pelos autores, correspondente a 6,75% do preço do imóvel [(R\$ 66.520,52 : 2) : R\$ 492.500,00 x 100], não é exagerada e não se mostra capaz de propiciar injusta vantagem para a ré, considerado o seu comprometimento financeiro com o contrato.

Acresça-se que, não tendo havido o pagamento de comissão de corretagem, como os próprios autores avisaram, e não havendo indicação de encargos relativos ao imóvel

1018599-32.2021.8.26.0002 - lauda 2



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO REGIONAL II - SANTO AMARO
3ª VARA CÍVEL
AVENIDA DAS NAÇÕES UNIDAS, 22939, São Paulo - SP - CEP
04795-100
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

que houvessem de ser suportados por eles, sua perda é limitada àquela metade do quanto desembolsaram.

Devida, então, a restituição da quantia de R\$ 33.260,26 (R\$ 66.520,52 : 2), exatamente como proposto pela ré para que se operasse o distrato.

Dessarte, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão, para rescindir o compromisso de compra e venda e condenar a ré ao pagamento da quantia de R\$ 33.260,26, a ser corrigida, pelo índice contratual, a partir de cada desembolso de que originada e acrescida de juros moratórios legais (de 1% ao mês) a partir do trânsito em julgado, quando produzirá efeito a resolução do contrato e tornar-se-á exigível a prestação.

O pagamento deverá ser feito logo e de uma só vez. Não se justifica o diferimento previsto pelo contrato e pelo mencionado dispositivo legal porque, já autorizada a alienação do imóvel, a ré pode dispor do recurso necessário ao adimplemento da prestação sem risco à continuidade do empreendimento.

Confirmo a tutela antecipada porque a rescisão do contrato implica a inexigibilidade do saldo do preço do imóvel.

O ônus da sucumbência há de recair exclusivamente sobre os autores, tendo-se em conta que a ré não deu causa ao pedido de rescisão do contrato, a que jamais se opôs, e que a pretensão, no tocante à importância restituível, é improcedente. Por isso, eles ressarcirão as custas e as despesas processuais pagas pela ré e pagarão honorários advocatícios arbitrados, na forma do art. 85, §2º do Código de Processo Civil, em 10% da diferença entre a restituição pretendida (80% da parte do preço paga) e a restituição conseguida porquanto restrita a isso, enfim, a controvérsia.

Passada em julgado esta sentença, aguarde-se provocação no prazo de trinta dias e, nada sendo requerido, arquivem-se os autos.

Intimem-se e cumpram-se.

São Paulo, 09 de abril de 2022.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

1018599-32.2021.8.26.0002 - lauda 3

ANEXO B – ACÓRDÃO DO RECURSO DE APELAÇÃO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Registro: 2022.0000704068

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1018599-32.2021.8.26.0002, da Comarca de São Paulo, em que são apelantes JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA e SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA, é apelado TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 28ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento em parte ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DIMAS RUBENS FONSECA (Presidente) E BERENICE MARCONDES CESAR.

São Paulo, 31 de agosto de 2022.

FERREIRA DA CRUZ
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Apelação nº 1018599-32.2021.8.26.0002.

Apelantes: José Roberto Martins de Oliveira e Silvia Lurdes Reis de Oliveira.

Apelada: TGSP-52 Empreendimentos Imobiliários Ltda.

Ação: Rescisão Contratual c/c Restituição dos Valores.

Origem: 3ª Vara Cível do Foro Regional de Santo Amaro.

Juiz de 1ª instância: Dr. Fabricio Stendard.

Voto nº 5.569.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. Rescisão contratual requerida pelos autores. Possibilidade. Art. 53 do CDC e Súm. 543 do STJ. Ajuste posterior à Lei nº 13.786/18. Retenção reduzida para 25% dos valores pagos. Razoabilidade. Hipótese em que é possível a adoção de critério simétrico àquele usado pelo STJ para vínculos antigos no intuito de reduzir a cláusula penal, como qualquer outra, a patamares não abusivos. Incidência do art. 413 do CC. É impossível admitir um direito adquirido ao abuso. A multa/retenção de 50% para empreendimentos com regime de afetação de patrimônio sempre foi, e continuará sendo, abusiva. Precedentes específicos da Corte e desta Câmara. Recurso provido em parte.

Trata-se de apelação interposta contra a r. sentença de fls. 222/224, cujo relatório se adota, que julgou parcialmente procedente o pedido para: a) rescindir o contrato firmado entre as partes; b) condenar a ré à restituição dos valores pagos, com retenção de 50%.

Busca-se a reforma do *decisum* monocrático porque: a) é aplicável o CDC ao caso; b) abusiva se mostra a retenção de 50% dos valores pagos, prevista na Lei nº 13.786/18, nos casos de empreendimento submetido ao regime de patrimônio de afetação; c) deve-se evitar o enriquecimento sem causa da ré; d) a retenção deve ser minorada para o patamar de 20% (fls. 229/248).

Tempestiva e preparada (fls. 249/251), vieram aos autos contrarrazões (fls. 256/262).



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

É a síntese do necessário.

Com efeito, a relação jurídica *sub examine* é nitidamente de consumo e, por isso, impõe-se sua análise dentro do microsistema protetivo instituído pela Lei nº 8.078/90, sobretudo quanto à vulnerabilidade material e à hipossuficiência processual dos consumidores.¹

Fixadas tais premissas, vinga o apelo.

Gravita o debate em torno de contrato celebrado no dia 15.12.2019 (fls. 113/153), portanto submetido à disciplina da Lei nº 13.786/18, que introduziu o art. 32-A na Lei nº 6.766/79 e o art. 67-A na Lei nº 4.591/64, a pretender o polo aderente, forte na própria inadimplência, como lhe autoriza o direito positivo², dissolver o ajuste com a impositiva devolução das parcelas que pagou, mero reflexo da dissolução, ainda que modo parcial.

Com efeito, à luz do que se pacificou nos termos do art. 543-C do antigo CPC (Tema 577)³, a tornar irrelevante a cláusula penal ajustada (item 6.4 – fls. 134/135), impõe-se a restituição⁴ – e de uma só vez⁵ – de todos os valores efetivamente pagos (sinal + parcelas), com o direito de a fornecedora reter⁶ certo percentual em seu benefício, a título de despesas administrativas e contratuais decorrentes da rescisão.

A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de

¹ CDC, art. 4º, I, c.c. 6º, VIII.

² CDC, art. 53.

³ STJ, REsp. 1.300.418/SC, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 13.11.2013.

⁴ TJSP, Súm. 3.

⁵ TJSP, Súm. 2.

⁶ TJSP, Súm. 1.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

*admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador (g.n.).*⁷

*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.*⁸

A definição desse percentual de retenção sempre variou ao longo do tempo, a permitir o STJ flutuasse ele entre 10% e 25%⁹; agora, todavia e **apenas** para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, consolidou a 2ª Seção do intérprete soberano da legislação federal o entendimento de que o parâmetro deve ser o de 25% dos valores pagos pelos adquirentes.¹⁰

Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como

⁷ STJ, REsp. 1.224.921/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 26.04.2011.

⁸ STJ, Súm. 543.

⁹ STJ, AgRg no REsp. 1.110.810/DF, rel. Min. Luís Felipe Salomão, j. 03.09.2013.

¹⁰ STJ, AgInt no AREsp. 1.860.381/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 27.09.2021; AgInt no AREsp. 1.453.487/RJ, rel. Min. Raul Araújo, j. 09.02.2021; REsp. 1.820.330/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 24.11.2020.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

*adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento.*¹¹

Observe-se, a propósito, que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos (fls. 189), pode chegar até o limite de 50% da quantia paga.¹²

Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, **como qualquer outra**¹³, à luz da função social do ajuste¹⁴ e sem prova **concreta** de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos¹⁵, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei nº 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em obra doutrinária.¹⁶

Não se ponha no oblvio que, apesar da intrínseca diferença valorativa que apresentam, as figuras do direito adquirido e do ato jurídico perfeito estão intimamente ligadas e exercem idêntica função: conferir força e legitimidade a direitos e a obrigações¹⁷; sem que tal quadro, todavia, autorize um **impossível** direito adquirido ao abuso ou legitime um ato jurídico formalmente perfeito que procure admitir reflexos antes não tolerados, pois abusivos.¹⁸

¹¹ STJ, REsp. 1.723.519/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 28.08.2019.

¹² Lei 4.591/64, art. 67-A, § 5º.

¹³ CPC, art. 413.

¹⁴ CC, art. 421.

¹⁵ CDC, arts. 6º, V, 1ª figura, c.c. 51, IV e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III.

¹⁶ *Princípios constitucionais das relações de consumo e dano moral: outra concepção*. São Paulo: RT, 2008.

¹⁷ Cláudia Lima Marques. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações contratuais*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 564/565.

¹⁸ Guilherme Ferreira da Cruz. *Teoria geral das relações de consumo*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 36.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

A multa/retenção de 50% sempre foi – e continuará sendo – abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado.

Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra a retenção de 25% dos valores pagos (item 4 – fls. 29/30), que observa o teto legal (até 50%), mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na sentença (fls. 224), como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.¹⁹

Há precedentes específicos, desta Colenda 28ª Câmara inclusive²⁰, a tratar dessa problemática posta:

CLÁUSULA PENAL. Contrato que prevê retenção de 50% dos valores pagos. Abusividade. Previsão do artigo 67-A, §5º, da Lei 4.591/1964, que não deve ser aplicada de forma absoluta. Retenção fixada em 25% dos valores pagos, em redução de cláusula contratual abusiva (art. 6º, V, CDC, e do art. 413, CC). Precedentes. Ausência de prejuízos elevados à apelada, que poderá revender o Imóvel.²¹

Assim, possível a dedução de importância inferior à prevista no inciso II e §5º do artigo 67-A, devendo a fixação do percentual a ser retido estar em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor, o qual deve ser aplicado de forma harmônica com a Lei 13786/08.

Por conseguinte, claramente abusiva a retenção de 50% das quantias pagas prevista na alínea

¹⁹ TJSP, AC 0001626-09.2011.8.26.0248, rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 02.09.2014; AC 1002056-28.2013.8.26.0068, rel. Ramon Mateo Júnior, j. 20.08.2014; TJSP, AC 9181496-91.2009.8.26.0000, rel. Edson Luiz de Queiroz, j. 11.12.2013.

²⁰ TJSP, AC 1008862-90.2021.8.26.0006, rel. Ferreira da Cruz, j. 10.05.2022.

²¹ TJSP, AC 1008243-07.2021.8.26.0348, rel. Carlos Alberto de Salles, j. 09.08.2022.



PODER JUDICIÁRIO
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

“b” da cláusula 8.4.1. (fl. 52), representando evidente desequilíbrio entre as partes, em desvantagem excessiva à compradora e consequente enriquecimento ilícito da vendedora; referida disposição contratual é nula de pleno direito, por ofensa ao disposto no artigo 51, incisos I e IV do Estatuto Consumerista.²²

Nada há falar-se sobre comissão de corretagem, vez que os autores foram isentos do pagamento, pois Silvia – fato não contrastado²³ – era corretora de imóveis e trabalhava para a Ré na ocasião em que adquiriu o imóvel objeto da presente demanda (sic) (fls. 18).

Por fim, é evidente que não há ônus tributários e/ou de condomínio sem exercício de posse²⁴, pouco importando a existência de disciplina contratual diversa, nitidamente abusiva²⁵, e/ou a obtenção do *habite-se* ou a instalação formal da universalidade; aliás, *segundo a jurisprudência do STJ, as despesas de condomínio e IPTU são de responsabilidade da construtora até a entrega do imóvel ao adquirente.*²⁶

Logo, de rigor a inversão da sucumbência, a arcar a ré com as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação, diante da sucumbência mínima do polo ativo.²⁷

Ex positis, pelo meu voto, DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para REDUZIR o percentual de retenção de 50% para 25%, na forma e no prazo previstos na motivação, com isso a AMPLIAR o valor a ser restituído aos autores.

²² TJSP, AC 1065981-86.2019.8.26.0100, rel. Paulo Alcides, j. 20.10.2020.

²³ CPC, art. 341.

²⁴ STJ, AgInt no AREsp. 1.034.823/SP, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 23.05.2017; AgRg no REsp. 1.395.818/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 18.08.2015; AgRg no REsp. 1.502.219/SP, rel. Min. Ricardo Villas Boas Cueva, j. 02.06.2015; AgRg no AREsp. 535.078/SP, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02.09.2014; EREsp. 489.647/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 25.11.2009.

²⁵ CDC, art. 51, III, VI e XV, c.c. seu § 1º, I, II e III.

²⁶ STJ, AgInt no REsp. 1.697.414/SP, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 05.12.2017.

²⁷ CPC, art. 86, par. ún.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
28ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO

Eventuais embargos de declaração **serão** – em princípio – julgados de modo virtual²⁸, **salvo** interesse público e/ou discordância convincente inscrita no seu corpo.

FERREIRA DA CRUZ
Relator

²⁸ TJSP, Res. nº 549/11, art. 1º.

ANEXO C – DECISÃO MONOCRÁTICA DO RECURSO ESPECIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2055691 - SP (2023/0058369-5)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP067721
 PRISCILA KEI SATO - SP159830
 FERNANDO DE SIQUEIRA - PR082048
RECORRIDO : JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA
RECORRIDO : SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO BERNARDES - SP242633
 DANIELLA FERNANDA DE LIMA - SP200074

DECISÃO

Trata-se de recurso especial, fundamentado nas alíneas "a" e "c", do permissivo constitucional, interposto pela TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. IMÓVEL. Rescisão contratual requerida pelos autores. Possibilidade. Art. 53 do CDC e Súm. 543 do STJ. Ajuste posterior à Lei nº 13.786/18. Retenção reduzida para 25% dos valores pagos. Razoabilidade. Hipótese em que é possível a adoção de critério simétrico àquele usado pelo STJ para vínculos antigos no intuito de reduzir a cláusula penal, como qualquer outra, a patamares não abusivos. Incidência do art. 413 do CC. É impossível admitir um direito adquirido ao abuso. A multa/retenção de 50% para empreendimentos com regime de afetação de patrimônio sempre foi, e continuará sendo, abusiva. Precedentes específicos da Corte e desta Câmara. Recurso provido em parte. (fl. 266)

Os embargos de declaração foram rejeitados.

Em suas razões, a recorrente aponta ofensa aos arts. 1.022 do NCPC; 67-A, § 5º da Lei 4.591/64; e arts. 413 do CC e divergência jurisprudencial, sustentando, em síntese, além de negativa de prestação jurisdicional, não ser cabível a redução da retenção de 50% do total pago após o distrato, sob pena de violação do princípio da *pacta sunt servanda*.

Contrarrazões apresentadas às fls. 343/360.

É o relatório.

Decido

A irresignação prospera, em parte.

Preliminarmente, não prospera a alegada ofensa ao art. 1.022 do Código de Processo Civil, tendo em vista que o v. acórdão recorrido, embora não tenha examinado individualmente

cada um dos argumentos suscitados pela parte, adotou fundamentação suficiente, decidindo integralmente a controvérsia.

É indevido conjecturar-se acerca da deficiência de fundamentação ou da existência de omissão, de obscuridade ou de contradição no julgado apenas porque decidido em desconformidade com os interesses da parte.

No mesmo sentido, podem ser mencionados os seguintes julgados: AgInt no AREsp 1621374/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2020, DJe de 25/06/2020; AgInt no AREsp 1595385/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe de 12/06/2020; AgInt no AgInt no AREsp 1598925/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/05/2020, DJe de 25/05/2020; AgInt nos EDcl no REsp 1812571/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 10/03/2020, DJe de 16/03/2020; AgInt no AREsp 1534532/SP, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe de 15/06/2020; AgInt nos EDcl no AREsp 1374195/DF, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 18/05/2020, DJe de 25/05/2020.

Quanto ao mérito, em relação ao percentual de retenção pelo montante quitado, o Tribunal estadual concluiu, *in verbis* (fls. 269-270):

Observe-se, a propósito, que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos (fls. 189), pode chegar até o limite de 50% da quantia paga.

Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, como qualquer outra¹³, à luz da função social do ajuste¹⁴ e sem prova concreta de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei n° 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em obra doutrinária. [...]

A multa/retenção de 50% sempre foi - e continuará sendo - abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado. Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra a retenção de 25% dos valores pagos (item 4 - fls. 29/30), que observa o teto legal (até 50%), mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na sentença (fls. 224), como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei n° 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo.

Depreende-se que a Corte de origem afastou a cláusula penal em comento por entender que a mesma era abusiva.

O entendimento estabelecido pelo STJ, no julgamento do REsp 1.723.519/SP, da Segunda Seção, é no sentido de que, na rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, por desistência do comprador, anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de retenção

(e-STJ Fl.372)
fls. 370

pactuado desde que dentro do limite de 25% (vinte e cinco por cento), tal como definido no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, por ser montante adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato.

Ademais, restou consignado no voto condutor desse aresto que "(...) a Lei 13.786/2018, suprindo a lacuna do direito positivo, e incorporando ao direito positivo diversos entendimentos e parâmetros já consagrados pelo STJ, adotou o percentual 25% da quantia paga como limite para a pena convencional em caso de distrato, **podendo chegar a 50% quando a incorporação estiver sujeita ao regime de patrimônio de afetação (arts. 67-A, inciso I e §5º-g.n.)**".

Na hipótese, o contrato foi firmado em Junho de 2019 (fl. 267), portanto, posterior a entrada em vigor da Lei n. 13.786/2018, que introduziu o art. 67- A, II, da Lei 4.591/1964 apontado como violado.

Dessa forma, a retenção em questão pode ser estabelecida até o teto de 50% da quantia paga, quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, tratados nos arts. 31-A a 31-F da Lei n. 4.591/1964, como no caso dos autos.

Destarte, encontrando-se o limite previsto na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em consonância com o contido na lei, não há como reconhecer sua nulidade, ante a primazia do princípio da *pacta sunt servanda*.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para considerar válida a cláusula de retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos.

Arcará a parte recorrida com as custas e os honorários advocatícios, fixados em 16% sobre o proveito econômico obtido.

Publique-se.

Brasília, 17 de março de 2023.

Ministro RAUL ARAÚJO
Relator

ANEXO D – ACÓRDÃO DO AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2055691 - SP (2023/0058369-5)

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO BERNARDES - SP242633
 DANIELLA FERNANDA DE LIMA - SP200074
AGRAVADO : TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP067721
 PRISCILA KEI SATO - SP159830
 FERNANDO DE SIQUEIRA - PR082048

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL REQUERIDA PELOS ADQUIRENTES. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RETENÇÃO DE 50% DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O STJ firmou entendimento de que, nos contratos oriundos de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no casos dos autos, a retenção dos valores pagos pode chegar a 50%, conforme estabelece o art. 67-A, I, e § 5º, da Lei 13.786/2018.
2. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUARTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 30/05/2023 a 05/06/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Raul Araújo.

Brasília, 05 de junho de 2023.

Ministro RAUL ARAÚJO
Relator

*Superior Tribunal de Justiça***AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.055.691 - SP (2023/0058369-5)**

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO BERNARDES - SP242633
 DANIELLA FERNANDA DE LIMA - SP200074
AGRAVADO : TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP067721
 PRISCILA KEI SATO - SP159830
 FERNANDO DE SIQUEIRA - PR082048

RELATÓRIO**O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):**

Trata-se de agravo interno interposto por JOSÉ ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA contra decisão proferida por esta Relatoria, acostada às fls. 370-372, que deu parcial provimento ao recurso especial, interposto pela agravada, para considerar válida a cláusula de retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo ora recorrente.

Nas razões do agravo interno, o insurgente alega que *"a retenção do percentual determinado, ou seja, 50% dos valores pagos, mostra-se abusiva na medida em que o ora Recorrido sequer demonstrou nos autos quais foram as despesas que aquele obteve"*.

Intimada, a agravada apresentou impugnação às fls. 396-408.

É o relatório.

*Superior Tribunal de Justiça***AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.055.691 - SP (2023/0058369-5)**

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO BERNARDES - SP242633
 DANIELLA FERNANDA DE LIMA - SP200074
AGRAVADO : TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP067721
 PRISCILA KEI SATO - SP159830
 FERNANDO DE SIQUEIRA - PR082048

EMENTA

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL REQUERIDA PELOS ADQUIRENTES. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RETENÇÃO DE 50% DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O STJ firmou entendimento de que, nos contratos oriundos de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no casos dos autos, a retenção dos valores pagos pode chegar a 50%, conforme estabelece o art. 67-A, I, e § 5º, da Lei 13.786/2018.
2. Agravo interno a que se nega provimento.

*Superior Tribunal de Justiça***AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2.055.691 - SP (2023/0058369-5)**

RELATOR : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
AGRAVANTE : JOSE ROBERTO MARTINS DE OLIVEIRA
AGRAVANTE : SILVIA LURDES REIS DE OLIVEIRA
ADVOGADOS : MÁRCIO BERNARDES - SP242633
 DANIELLA FERNANDA DE LIMA - SP200074
AGRAVADO : TGSP-52 EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA
ADVOGADOS : TERESA CELINA DE ARRUDA ALVIM - SP067721
 PRISCILA KEI SATO - SP159830
 FERNANDO DE SIQUEIRA - PR082048

VOTO**O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO (Relator):**

O recurso não merece prosperar.

Compulsando os autos, é possível observar que o Tribunal estadual concluiu que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação pode chegar até o limite de 50% da quantia paga. Com efeito, divisam-se os seguintes fundamentos extraídos do acórdão recorrido, *litteris* (fls. 269-270):

"Observe-se, a propósito, que a pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, como no caso dos autos (fls. 189), pode chegar até o limite de 50% da quantia paga.

Isto não significa, entretanto, que essa cláusula penal não possa, como qualquer outra, à luz da função social do ajuste e sem prova concreta de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura, ser reduzida a patamares não abusivos, sobretudo a partir do caráter principiológico da Lei nº 8.078/90 e do seu status constitucional, como abordei em obra doutrinária.

[...]

A multa/retenção de 50% sempre foi - e continuará sendo - abusiva, como inúmeras vezes reconhecido pelo Excelso Superior Tribunal de Justiça, que permitia a flutuação desse componente entre 10% a 25%, como já elucidado.

Ao rigor desse raciocínio, à luz do CDC e conjugados todos os elementos até aqui abordados, forte no necessário equilíbrio, razoável se mostra a retenção de 25% dos valores pagos (item 4 - fls. 29/30), que observa o teto legal (até 50%), mantida a disciplina da correção monetária e dos juros de mora fixados na sentença (fls. 224), como fez o STJ para os contratos anteriores à Lei nº 13.786/18, o que, de certo modo, há tempos encontra guarida neste Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo."

Conforme salientado na decisão primeva, o entendimento estabelecido pelo STJ, no

Superior Tribunal de Justiça

juízo do REsp 1.723.519/SP, da Segunda Seção, é de que, na rescisão de contrato de compra e venda de imóvel, por desistência do comprador, anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o percentual de retenção pactuado, desde que dentro do limite de 25% (vinte e cinco por cento), tal como definido no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, por ser o montante adequado e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato.

Ademais, foi consignado no voto condutor desse aresto que "(...) a Lei 13.786/2018, suprindo a lacuna do direito positivo, e incorporando ao direito positivo diversos entendimentos e parâmetros já consagrados pelo STJ, adotou o percentual 25% da quantia paga como limite para a pena convencional em caso de distrato, podendo chegar a 50% quando a incorporação estiver sujeita ao regime de patrimônio de afetação (arts. 67-A, inciso I e §5º)".

Na hipótese, o contrato foi firmado em dezembro de 2019 (fl. 267), portanto, posterior à entrada em vigor da Lei 13.786/2018, que introduziu o art. 67-A, II, da Lei 4.591/64, apontado como violado. Tal situação é clara nos autos, visto que a própria parte ora recorrente afirma que o instrumento contratual foi firmado sob a égide da Lei 13.786/2018, e prevê a restituição do percentual de 50% do montante pago.

Dessa forma, consoante salientado alhures, a retenção em questão pode ser estabelecida até o teto de 50% da quantia paga, quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, tratado nos arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/64, como no caso dos autos.

Destarte, encontrando-se o limite previsto na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em consonância com o contido na lei, não há como reconhecer sua nulidade, ante a primazia do princípio do *pacta sunt servanda*.

Assim, é correta a decisão agravada ao dar parcial provimento ao recurso especial, para considerar válida a cláusula de retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos pelo ora agravante.

Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.