



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO**

MARINA DE MATOS NOGUEIRA E SIQUEIRA FAUST

**A RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS
MOTIVADA POR CULPA DO ADQUIRENTE NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA SOB O FOCO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

FORTALEZA

2018

MARINA DE MATOS NOGUEIRA E SIQUEIRA FAUST

**A RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS
MOTIVADA POR CULPA DO ADQUIRENTE NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO
IMOBILIÁRIA: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE
JUSTIÇA SOB O FOCO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Direito
Imobiliário.

Orientador: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes

FORTALEZA

2018

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

F27r Faust, Marina de Matos Nogueira e Siqueira.
A RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS MOTIVADA
POR CULPA DO ADQUIRENTE NO ÂMBITO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA : UMA ANÁLISE
DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O FOCO DA FUNÇÃO
SOCIAL DO CONTRATO / Marina de Matos Nogueira e Siqueira Faust. – 2018.
65 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito,
Curso de Direito, Fortaleza, 2018.
Orientação: Prof. Dr. Felipe Lima Gomes.

1. Incorporação Imobiliária. 2. Súmula 543. 3. Contrato de Promessa de Compra e Venda. 4. Extinção
unilateral. 5. Função social do contrato. I. Título.

CDD 340

MARINA DE MATOS NOGUEIRA E SIQUEIRA FAUST

**A RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS
MOTIVADA POR CULPA DO ADQUIRENTE: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DA
JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA SOB O FOCO DA
FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO**

Monografia apresentada à Coordenação do
Curso de Graduação Direito da Universidade
Federal do Ceará, como requisito parcial para
a obtenção de grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Civil e Direito
Imobiliário.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Felipe Lima Gomes (Orientador)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Sídney Guerra Reginaldo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Mestre Marcus Vinícius de Souza e Souza
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Regina e Roberto, pelo amor
que me inspira.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, aos meus pais, Regina e Roberto, que nas suas diferenças me ensinaram a visualizar a realidade por diversos pontos de vista, incentivando-me a enfrentar os desafios, sem negligenciar os sonhos; a voar, sem esquecer das raízes. Todo meu amor e gratidão a vocês.

Às minhas companheiras de infância, Mirela, Ana Gabriela, Carol e Gabriela que nesses anos de amizade me proporcionaram momentos felizes de descobertas e crescimento. À Camila, prima-irmã, que me ajuda enfrentar os problemas, me apresentando a vida de forma mais poética. Aos amigos que ganhei na faculdade, Pedro, Tainá, Gabriellen, Monique, Beatriz, Ivan, Carlos, Sami e Matheus que deram à essa trajetória o valor especial que ela possui para mim. Ao Victor, minha dupla de oratória, que me encorajou a acreditar no meu potencial. Ao Marco pelo carinho, paciência e conforto durante os momentos de turbulência.

À minha família pelo apoio que sempre me deu e pela presença contínua na minha vida ainda que a rotina não permita o convívio diário. Meus sinceros agradecimentos.

Aos membros do Ministério Público da 1ª Vara do Júri, com quem vivi momentos extremamente enriquecedores. Ao escritório R. Amaral Advogados Associados pela oportunidade de conviver em um meio que me permitiu ter certeza do caminho que quero seguir, a advocacia. Agradeço, especialmente à equipe Cível, Ted, Mellissa, Anna, Roberta, Gioavnni, Aline, Bruna, Thiago, Alice, Eduardo, Davi, Maria e, principalmente, à Larissa Freitas que, desde o início, apostou em mim e compartilhou não apenas seu vasto conhecimento, mas também a sua paixão pela profissão. Sou verdadeiramente grata a todos.

Ao meu orientador, Felipe Lima Gomes, que acreditou na minha ideia e compartilhou do seu conhecimento para guiar-me nas peculiaridades do trabalho acadêmico. Muito obrigada pela confiança. Aos membros da minha banca, Prof. Sídney Guerra e Marcus de Souza, por, generosamente, aceitarem meu convite e por enriquecerem meu aprendizado.

“Não podemos planejar ou julgar nossas vidas senão pela distinção entre aquilo sobre o que devemos assumir responsabilidade, porque o escolhemos, e aquilo sobre o que não devemos porque estava além de nosso controle”
(Ronald Dworkin)

RESUMO

O presente trabalho tem como finalidade aferir de forma crítica a aplicação da jurisprudência atual consolidada no Superior Tribunal de Justiça acerca da rescisão do contrato de promessa de compra e venda de imóveis sob o âmbito da incorporação imobiliária nas hipóteses em que a quebra contratual ocorre por culpa do comprador, tendo como enfoque os efeitos dessa dissolução prematura sobre o empreendimento. O estudo, através do método qualitativo, através do estudo da doutrina e dos precedentes jurisprudenciais, explora-se a compatibilização entre os diversos interesses envolvidos no negócio, ante a necessidade de conciliar a proteção necessária aos consumidores desistentes com os interesses dos demais adquirentes, tendo como justificativa a finalidade social do contrato.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Dissolução contratual. Função social do contrato.

ABSTRACT

The present work aims to critically assess the application of current consolidated jurisprudence in the Brazilian Superior Court of Justice regarding the real estate purchase and sale contract termination under the scope of real estate development in the hypothesis where the contractual breach occurs due to buyer's fault, focusing on the premature dissolution's effects on the enterprise. The study, through the qualitative method, through the study of doctrine and jurisprudential precedents, explores the compatibility between the various interests involved in the deal, considering the need to reconcile the necessary protection to consumers who withdraw from the deal with the interests of the other purchasers, having as justification the social function of contract.

Keywords: Real estate development. Termination of contract. The social function of contract.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AResp	Agravo em Recurso Especial
AgRg	Agravo Regimental
EResp	Embargos de Divergência em Recurso Especial
Resp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	14
2	A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....	16
2.1	A delimitação do negócio jurídico a partir da atividade do incorporador.....	16
2.2	O contrato no âmbito da incorporação imobiliário: objeto e natureza jurídica do contrato.....	21
2.3	Os avanços da legislação na proteção aos interesses do adquirente e a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor no contrato de incorporação.....	25
3	O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA E OS EFEITOS DA SUA QUEBRA CONTRATUAL.....	29
3.1	A promessa de compra e venda como forma de aquisição de unidades na planta e a irretratabilidade do pacto no âmbito da incorporação.....	30
3.2	A dissolução do contrato por parte do adquirente: construção jurisprudencial até a edição da súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça.....	34
3.3	Os efeitos da rescisão sob o empreendimento em construção.....	39
4	ANÁLISE DOS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 543 E O INTERESSE DOS DEMAIS ADQUIRENTES DO EMPREENDIMENTO COM BASE NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO.....	43
4.1	A obrigatoriedade dos contratos de promessa de compra e venda no âmbito da incorporação e a atuação do poder judiciário sobre esse aspecto.....	43
4.2	Ponderação entre os interesses envolvidos no empreendimento objeto da incorporação.....	49

4.3	O conflito entre os precedentes jurisprudenciais sobre dissolução do contrato por culpa do promissário comprador e os interesses dos consumidores adimplentes com base na função social do contrato.....	55
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
6	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo analisar o tratamento dado pela jurisprudência nas hipóteses de rescisão dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta provocada por culpa exclusiva do promissário comprador, notadamente, no que diz respeito aos efeitos da quebra contratual motivada pelo consumidor sem que tenha havido culpa do incorporador.

Atualmente, observa-se que, no que diz respeito à possibilidade de dissolução unilateral por parte do consumidor, bem como ao direito de restituição e a forma em que esta deve ocorrer, os tribunais já se encontram pacificados com base na aplicação da Súmula 343 do STJ, segundo a qual restou consolidado que: i) nos casos de culpa da vendedora a rescisão implica na restituição integral do valor pago; ii) enquanto que nos casos de culpa do comprador, a rescisão resulta na restituição proporcional da quantia, devendo, em ambos os casos, ocorrer a devolução de forma imediata.

Isto foi fruto de anos de debates jurisprudenciais acerca do tema – o qual ganhou maior força após a promulgação da Lei de Condomínio e de Incorporação Imobiliária (Lei 4.591/64) e, posteriormente, com o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) - nos quais o Tribunal Superior veio firmando entendimento sobre as hipóteses de extinção prematura de contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta sob um aspecto eminentemente protecionista em relação ao promissário adquirente¹.

Com isso, os Tribunais, seguindo o entendimento do STJ, vêm estabelecendo, nas hipóteses de culpa do comprador, um percentual que varia entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento) de retenção pela compradora, o que se justifica como o valor correspondente à restituição aos gastos despendidos pela empresa com publicidade, tributos e emolumentos, baseando-se não só na hipossuficiência do consumidor, mas também na

¹ Trata-se de ação movida pelo recorrente contra empresa construtora, objetivando a rescisão do contrato de **promessa de compra e venda** e o recebimento da totalidade das parcelas pagas, devido à **desistência** da aquisição de imóvel em empreendimento residencial promovido pela ré. **A partir do julgamento do REsp 59.870-SP, DJ 7/2/2000, posicionou-se este Superior Tribunal no sentido de ser possível ao consumidor adquirente de imóvel propor o desfazimento da compra em face de impossibilidade sua no adimplemento das prestações. Também ficou definido como razoável um percentual de 25% das parcelas pagas pelo comprador para o ressarcimento das despesas administrativas, propaganda, corretagem, depreciação imobiliária (de imóvel novo para usado), desgaste pelo uso, impostos, recolocação no mercado etc alusivas à unidade residencial.** Precedentes citados: REsp 196.311-MG, DJ 19/8/2002, e REsp 723.034-MG, DJ 12/6/2006. **REsp 332.947-MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 24/10/2006. (grifo nosso) (C.F: Informativo nº 0302/2006, Superior Tribunal de Justiça, 23 de out – 03 de nov de 2006, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=promessa+compra+e+venda+desistencia+comprador&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> < Acesso em 22 de maio de 2018 >**

vedação ao enriquecimento ilícito do incorporador, vez que este receberá de volta o imóvel que poderá ser comercializado a outrem. Logo, o restante deve ser pago imediatamente pela vendedora em parcela única, nos termos da Súmula 543, independentemente das razões que motivaram a rescisão.

Acontece que a dissolução de um negócio jurídico como a incorporação imobiliária implica em inúmeras consequências no cenário onde está inserida, afetando diversos agentes envolvidos direta ou indiretamente no empreendimento. Isto porque para a concretização do negócio, necessariamente, ter-se-á de um lado o consumidor desistente e do outro não só o incorporador, mas também os demais compradores que possuem interesse na viabilidade do negócio nos termos acordados inicialmente, os quais também se enquadram como consumidores.

Logo, apesar de ser inegável a relação de consumo existente entre o adquirente e o incorporador, não se pode limitar a incorporação imobiliária a isto, de forma tão simplória, vez que ela engloba diversos contratos distintos, mas que apresentam um nexos endossibiótico, de modo que, apesar de serem firmados de forma autônoma, integram o mesmo universo em uma relação de interdependência, tendo o potencial de se afetarem reciprocamente.

Parte-se, portanto, dos seguintes questionamentos: até que ponto o interesse de um consumidor merece proteção em detrimento da totalidade do negócio onde estão contempladas os interesses de dezenas ou centenas de outros consumidores? Quais interesses estão sendo, efetivamente, tutelados pelo poder judiciário quando é fixado um entendimento demasiadamente lesivo à viabilidade do empreendimento?

O estudo, ora apresentado, não tem como objetivo refutar a Súmula 543, tampouco o entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, mas sim analisar a sua aplicação pelos tribunais da forma quem tem se dado atualmente, levando em consideração a ponderação entre os valores e os interesses existentes no negócio, a qual, muitas vezes, tem sido desprezada em prol da unificação da jurisprudência.

Desta feita, a partir de uma análise histórica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça busca-se desvendar os interesses que o Tribunal buscou tutelar em suas decisões, para que, a partir daí, possa ser analisado de forma crítica a forma como este entendimento vem sendo aplicado e os efeitos que isto tem gerado em relação ao empreendimento como um todo e, individualmente, em relação aos demais consumidores.

2. A INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E O SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR

A incorporação imobiliária – muitas vezes confundida com a atividade de construção de condomínios edilícios – se revela como uma atividade bem mais complexa, que envolve diversos negócios simultâneos, os quais, embora sejam firmados de forma independente, se encontram interligados por se tratarem de elementos de um mesmo empreendimento.

Se a natureza do negócio já é suficiente para demonstrar a atenção especial que o tema merece, isso se torna ainda mais evidente quando se sabe que a relação firmada entre incorporador e adquirente se enquadra como relação de consumo, na qual não há plena horizontalidade do vínculo contratual, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor que já causa alerta aos aplicadores do direito quanto à proteção dos seus interesses em razão de eventuais abusos que venham a ocorrer.

Logo, diante deste contexto, faz-se necessário, inicialmente, tecer esclarecimentos acerca do conceito da “incorporação imobiliária” em si, delimitando não só suas características, mas também os sujeitos envolvidos, bem como os efeitos dos diplomas legais aplicados ao empreendimento, notadamente no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor.

2.1 A delimitação do negócio jurídico a partir da atividade do incorporador

O impulsionamento da construção civil na seara de edifícios com ascensões horizontais em regime de condomínio veio como resposta ao crescimento populacional e, principalmente, ao desenvolvimento urbano que se caracterizou pelo fluxo das áreas rurais para os centros urbanos onde se situavam os polos industriais durante o início do século XIX.

Consequentemente, ante a falta de estrutura das cidades para abarcar a realidade desse novo cenário demográfico, surgiu a necessidade de uma adaptação no quesito habitacional, tendo em vista que essa crescente demanda não veio acompanhada da potencialização dos recursos financeiros disponíveis à população, razão pela qual as residências luxuosas e de grande porte passaram, cada vez mais, a serem preteridas frente às construções menores e de caráter mais comunitário.

Nesse contexto, foi elaborado o Decreto-lei 5.841/1928 que, desde aquele período, regulava a alienação de apartamentos em prédios de mais de cinco andares, bem como regulamentava o convívio da coletividade dividida em apartamentos individuais. Entretanto, frisa-se, de antemão, que essa legislação era omissa quanto à forma a qual se concretizaria tais edificações, fato que ocorria, até então, sem previsão específica, aplicando-se, no que

coubesse, o disposto no Código Civil de 1916.

Assim, na prática, a edificação de prédios com individualização de áreas a serem habitadas isoladamente por pessoas distintas ocorria basicamente de duas formas, as quais, segundo preceitua Rizzardo², se davam através da disponibilização de pavimentos existentes em um mesmo imóvel, cuja propriedade era de um único indivíduo que se responsabilizava por gerir o negócio ou, em uma segunda alternativa, por meio de pessoas que, através de uma espécie de condomínio, compravam frações de um determinado terreno e promoviam a construção de um edifício que contemplasse a coletividade condominial, sem desrespeitar a individualidade de cada proprietário.

Contudo, é importante esclarecer que tais modalidades supramencionadas, apesar de demonstrarem os avanços da construção civil, em nada fazem referência ao instituto da incorporação imobiliária, o qual só veio a surgir posteriormente como consequência do aquecimento desse mercado voltado a habitações em regime de condomínio com frações isoladas de propriedade individual.

Nesse sentido, continua Rizzardo³ com a linha do tempo, consequência dessa acentuação de construções compartilhadas nesse molde foi o surgimento da figura de um intermediador, que passou a organizar os recursos para a construção, bem como garantir a execução da obra, atribuindo um caráter profissional à atividade.

Tal situação, ainda que não fosse classificada como incorporação imobiliária, vez que esse termo só veio ser criado a partir da regulamentação jurídica trazida pela Lei 4.591/64, já tinha na sua essência demasiada semelhança, tendo em vista que tinha como objetivo promover a construção do empreendimento que estava sendo comercializado, o que exigia desse intermediário a conciliação dos interesses dos adquirentes com os dos demais envolvidos: o proprietário do terreno e o construtor, os quais muitas vezes se confundiam com o próprio incorporador.

Assim, percebe-se que, na realidade, a atividade da incorporação antecedeu a própria norma regulamentadora através do surgimento da figura do intermediador, peça chave para existência do negócio, o qual segundo Caio Mário da Silva⁴ se trata de “(...) um ente que nasceu por imposição das exigências do comércio social. O Incorporador existiu antes de o direito ter cogitado dele.”, tendo, em seguida, conceituado:

²RIZZARDO Arnaldo, Condomínio Edifício e incorporação imobiliária - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 232

³ Ibid., p. 232

⁴PEREIRA, Caio Mário da Silva, Condomínio e incorporação: edição atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.231

Ele é um corretor, porque efetua a aproximação do dono do terreno com os compradores; mas é mais do que isso. É um mandatário, porque opera em nome do proprietário junto aos moradores; e porque os representa junto ao construtor, aos fornecedores, etc. É um gestor de negócios, porque, em todas circunstâncias eventuais, defende oficiosamente o interesse de seus clientes, de um e de outro lado. É um industrial da construção civil. É às vezes um banqueiro-financiador. É um comerciante. Um pouco de tudo.

Extrai-se dessa definição a complexidade do próprio negócio jurídico, o qual, de acordo com o conceito trazido pelo parágrafo único do art.28⁵ da mesma lei, trata-se de: “(...) atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjuntos de edificações compostas de unidades autônomas”.

Destaca-se, entretanto, que essa promoção realizada pelo incorporador não significa que, necessariamente, ele será o construtor do empreendimento, podendo, sem que isso descaracterize o instituto, contratar um terceiro para realização da atividade de empreitada.

Assim, tem-se que a atividade a ser desempenhada pelo responsável pelo negócio pode se dividir em duas categorias: a primeira em que ele assume a responsabilidade pela construção e pela venda das unidade – contrato global – e a segunda na qual o adquirente estabelece dois negócio distintos: um de comercialização da fração ideal e outro de construção, podendo este último ser por empreitada ou por administração.

Na primeira hipótese, utilizando a delimitação feita por Rizzardo⁶, o incorporador e o construtor se confundem no mesmo indivíduo, fato que não se altera ainda que, eventualmente, o intermediador venha a contratar um terceiro para realização da obra. Isto porque o contrato perante os adquirentes atribui a responsabilidade por ambas as atividades a uma única pessoa - aquele com quem foi firmado o negócio - sendo irrelevante os meios que ele utilizou para executar as suas obrigações contratuais.

Já no que diz respeito à segunda modalidade, verifica-se que o adquirente realiza dois contratos para aquisição da propriedade através do instituto da incorporação, um referente à aquisição da fração ideal do terreno e outro destinado à construção do edifício. Esclarece-se, contudo, que nessa modalidade, não necessariamente o incorporador e o construtor são pessoas distintas, podendo ambos os contratos serem celebrados com a mesma pessoa.

A distinção da modalidade de contratação pelo adquirente interfere diretamente no

⁵ Art.28 Art. 28. As incorporações imobiliárias, em todo o território nacional, reger-se-ão pela presente Lei. Parágrafo único. 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 ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas, (VETADO).

⁶ RIZZARDO Arnaldo, Condomínio Edifício e incorporação imobiliária - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 501

grau de responsabilidade entre as partes. Todavia, de antemão, já determina-se que, para fins didáticos, neste trabalho, serão analisadas especificamente as hipóteses de contrato na modalidade global, onde é firmado um contrato com um único fornecedor, o incorporador, que concentra nele a responsabilidade por todo o empreendimento, ao passo em que o adquirente fica responsável pelo adimplemento das parcelas acordadas.

Portanto, diante dessa explanação, verifica-se que a norma, notadamente no que diz respeito à definição do instituto em si, não apresenta delimitação satisfatória ante a complexidade do tema, recaindo sobre a doutrina o papel de complementar essa definição.

Pedro Elias Avvad⁷, ao falar da definição dada pela lei à incorporação imobiliária, destaca a economia com a qual o legislador formulou o conceito, tendo contemplado basicamente a atividade-fim, sem, contudo, incluir as atividade-meio que estão inseridas na totalidade do instituto jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que o dispositivo legal, ao conceituar o instituto, se refere à atividade de promover a construção, sem todavia delimitar que o conceito da incorporação abrange diversas outras funções essenciais desempenhadas pelo incorporador, como é o caso da elaboração do projeto, do registro do memorial no cartório, do planejamento de despesas, da captação de recurso para efetivação do negócio através da alienação das unidades, etc ...

Assim, para complementar o conceito trazido pela legislação, recorre-se à doutrina, destacando-se o conceito trazido por Melhim Namem Chalhub⁸, segundo o qual faz parte da natureza da incorporação imobiliária a mobilização de esforços para obtenção de recursos e, concomitantemente, a realização da construção e entrega das unidades àqueles que custearam o negócio. Nesse sentido, o autor destaca ser traço característico, justamente, a venda antecipada das unidades, em uma espécie de autofinanciamento, onde a execução da obra depende dos investimentos dos próprios compradores ou, na maioria das vezes, promissários compradores.

Conforme extrai-se das palavras de Leandro Leal Ghezzi⁹, a incorporação é o negócio jurídico por meio do qual o incorporador promove e realiza a edificação de um prédio, vendendo a uma ou mais pessoas frações ideais do terreno que ficam vinculadas a unidades autônomas em construção ou que serão construídas.

⁷ AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário – 2ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.616

⁸ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. p.08. Disponível em Unifor Online. Acesso em 30 de março de 2018

⁹ GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

Nesse sentido, enriquecendo a delimitação da atividade aqui estudada, ressalta-se a pontuação feita por Everaldo Augusto Cambler¹⁰, segundo o qual: “é imprescindível para a configuração jurídica da incorporação imobiliária que o elemento objetivo, ao ser comercializado, ainda esteja em construção ou apenas no projeto...”.

Portanto, verifica-se que um fator determinante da incorporação imobiliária, além do objeto previsto pela legislação, é justamente a necessidade de captação dos recursos necessários para a construção do edifício nos termos do projeto que fora ofertado aos promissários compradores, sendo a origem desses recursos os próprios adquirentes que, através da compra antecipada, fornecem o capital necessário a partir do adimplemento das parcelas previamente acordadas.

A partir disso, tem-se o porquê de se considerar o incorporador como a peça chave de todo o negócio, sendo impossível conceituar satisfatoriamente o instituto sem focar no papel desenvolvido por esse sujeito, vez que ele é o responsável por esse planejamento, tendo, dentre suas responsabilidades, a obrigação de prever o custo de todo o empreendimento, captar os interessados no negócio e dividir entre eles a despesa total para o custeio da obra, incluindo nesse valor a margem de lucro que torna a incorporação atrativa no mercado da construção civil.

Neste ensejo, analisando a disposição trazida pela Lei 4.591/64 especificamente acerca da figura do incorporador, verifica-se que o art. 29 dispõe que o incorporador é aquele que realiza a comercialização das frações ideias de determinado terreno, comprometendo-se a entregar unidades autônomas de um mesmo empreendimento que ainda está em construção, tendo como função primordial a coordenação dos recursos e da execução da obra e assumindo a responsabilidade pela realização do negócio nos termos previamente repassados aos adquirentes

Dentro deste conceito, a referida norma limita a possibilidade de exercer regularmente a incorporação, atribuindo-a apenas a três personalidades: i) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário; ii) o construtor ou corretor de imóveis e iii) o ente da Federação imitado na posse a partir de decisão proferida em processo judicial de desapropriação em curso ou o cessionário deste, conforme comprovado mediante registro no registro de imóveis competente.

Portanto, verifica-se que o incorporador pode ser pessoa física ou jurídica, não exigindo a lei que exerça a atividade de forma habitual ou profissional. Todavia, o que não se

¹⁰ CAMBLER, Everaldo Augusto. Responsabilidade Civil na Incorporação RT, São Paulo, 1998, p.32

pode negar, em todos os casos, é o caráter lucrativo da incorporação, uma vez que a incorporação surgiu como um meio de obtenção de vantagens econômicas por aquele intermediador que atua frente ao interesse de terceiros, assumindo responsabilidades pelo resultado e pelas consequências disto.

Neste oportuno, frisa-se o preceituado por Caio Mario da Silva¹¹, ao versar acerca da finalidade lucrativa do instituto, tendo em sua obra se utilizado do artifício da analogia para comparar a atividade desempenhada pelo incorporador ao do sócio integrante de uma sociedade anônima:

(...) o incorporador tudo faz visando a um benefício, ou tem um fito de lucro, que até na forma de realização os aproxima, pois que na sociedade anônima é representado por ações (às vezes caracterizado em um quota percentual nos lucros financeiros) e, no condomínio, por unidades do próprio edifício, ou porcentagem no custo das mesmas.

Assim, diante do que fora aqui exposto, conclui-se que a incorporação imobiliária surgiu a partir da atividade desenvolvida pelos intermediários – hoje denominados incorporadores – resultante do crescimento das cidades e, conseqüentemente, do aquecimento da construção nos centros urbanos, sendo, dessa forma, justamente na figura do incorporador e no desenvolvimento de suas funções que repousa a definição do instituto.

2.2 O contrato no âmbito da incorporação imobiliário: objeto e natureza jurídica do contrato

A partir do conceito do negócio jurídico tratado no tópico anterior, extrai-se a complexidade do objeto do contrato de incorporação, tendo em vista que abrange diversos atos jurídicos de naturezas distintas. Assim, tem-se que o referido vínculo contratual versa, basicamente, sobre três pretensões essenciais, sem as quais não se caracteriza a incorporação edilícia, quais sejam: i) a alienação de unidades autônomas correspondente a frações ideais do terreno (obrigação de dar); ii) a construção do edifício (obrigação de fazer); e iii) a constituição do condomínio (direito real).

Logo, segundo dispõe Melhim Namem Chalhub¹² o contrato se divide em duas esferas: a primeira diz respeito à parte obrigacional, que corresponde ao seu objeto imediato; ao passo que a segunda se refere ao aspecto real do negócio jurídico, o qual constituiria o objeto mediato deste acordo de vontades.

De uma lado existe a obrigação de fazer e de dar assumida por ambos os contratantes, tanto o incorporador que se compromete a construir e entregar o empreendimento, quanto os

¹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Condomínio e incorporação: edição atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.244

¹² Chalhub, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. Acesso em 04 de abril de 2018. p.160.

adquirentes que assumem a responsabilidade de pagar um valor mensal, ficando ambos obrigados a adimplir o que fora acordado, respeitando a força normativa dos contratos. Do outro, subsiste o elemento real do contrato que se revela pela constituição do direito à propriedade originada pela consumação do contrato firmado individualmente com cada adquirente.

No mesmo sentido, Pedro Elias Avvad¹³ afirma que o contrato de incorporação possui uma essência mista: “(...) envolvendo um compromisso de venda de fração de terreno com uma obrigação de fazer, juntamente com a constituição de uma propriedade condominial, convergindo, tudo, para o objeto único, que é a realização da incorporação”.

Assim, constata-se que a atividade, ora analisada, transita entre objetos de distintos contratos já existentes, como o de compra e venda; de promessa de compra e venda; de empreitada e de constituição de propriedade através de condomínio especial, o que gera a indagação acerca da unidade desse contrato propriamente dito ou se ele não seria apenas a junção dessas outras espécies.

Para esclarecer tal questionamento, recorre-se aos ensinamentos de Orlando Gomes¹⁴, segundo o qual: “se trata de prestações típicas de três contratos, unificadas por uma causa típica. Essas características não perdem a individualidade, mas se fundem numa unidade complexa que adquire tipicidade ao ser definida, nomeada e disciplinada na lei.”

Logo, o contrato de incorporação é típico, sendo regulamentado majoritariamente pela Lei 4.591/64, tendo contribuições posteriores de normas complementares promulgadas posteriormente, de modo que, ainda que disponha de pretensões originárias de outras espécies de contratos, não se confunde com eles, possuindo, através dessa unificação, características próprias.

Quanto a essas singularidades, frisam-se os três pontos indicados por Chalhub¹⁵, os quais, para o autor, são tidos como os fatores que distinguem o contrato da incorporação imobiliária das demais espécies as quais se assemelha, evidenciando, portanto, a tipicidade deste contrato.

De acordo com o referido autor, esses fatores são: i) a venda das unidades vinculada necessariamente à existência de uma construção em andamento; ii) o caráter coletivo, sendo apontada a semelhança entre o vínculo entre os condôminos e a *affectio societatis* existente

¹³ AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário – 2ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.616

¹⁴ Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p.556

¹⁵ CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. Disponível em Unifor Online <Acesso em 06 de abril de 2018> 151p.

nas sociedades empresárias; e iii) a sujeição do incorporador a mecanismos próprios de controle e fiscalização, representado pela Comissão de Representantes dos Adquirentes.

Nesse sentido, urge destacar a existência de inúmeras particularidades trazidas pela Lei 4.591/64 que contribuem para idiosincrasia do contrato de incorporação, dentre as quais destacam-se: a obrigatoriedade do registro prévio do memorial descritivo do empreendimento, além de uma série de outros documentos; a previsão da criação de um patrimônio de afetação destinado exclusivamente à obra e a blindagem deste perante os efeitos de uma eventual falência do incorporador; os poderes de fiscalização conferidos à comissão de representantes de adquirentes, entre outras inovações.

Assim, *à priori*, o que se conclui quanto à classificação do contrato a partir da definição do seu objeto diz respeito à sua tipicidade, tendo em vista a existência de legislação própria que o regula conforme suas especificidades, não se confundindo com os contratos de construção e/ou alienação.

Portanto, ultrapassada a delimitação do contrato de incorporação frente às demais espécies contratuais, tendo sido demonstrado o caráter típico deste apesar de transitar por outras modalidades, passa-se às demais características presentes no acordo de vontades originário do instituto aqui estudado. De antemão, atesta-se a conformidade da doutrina nessa classificação, a qual, em regra, não aponta muitas divergências relevantes.

Para Arnoldo Wald¹⁶, o contrato firmado no âmbito da incorporação imobiliária é bilateral, consensual, oneroso, formal, de execução diferida ou continuada, com obrigação de resultado assumida pelo incorporador.

De forma semelhante, delimita Arnaldo Rizzardo¹⁷, segundo o qual se trata de um contrato *bilateral*, porque decorre de obrigações imputadas a ambas as partes; *oneroso*, devido à necessidade de contraprestações de cada parte; *comutativo* uma vez que as prestações devidas pelos contratantes devem manter uma equivalência entre si; *consensual*, tendo em vista a manifestação de vontade das duas partes através de instrumento escrito; *típico* em decorrência de legislação própria; *de execução continuada* já que não se esgota em um determinado

¹⁶ WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos/Arnoldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.182/187

¹⁷ RIZZARDO Arnaldo, Condomínio Edifício e incorporação imobiliária - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 247

momento e, por fim, *solene* devido à necessidade de formalização escrita, entre outros requisitos impostos pela lei.

Compondo o quadro de doutrinadores que versam sobre o tema, tem-se Everaldo Augusto Cambler¹⁸, o qual traz um ponto de divergência na doutrina, conforme será explanado adiante.

Considerando em si mesmo, o negócio incorporativo, quanto à natureza da obrigação entabulada, caracteriza-se como bilateral (sinalagmático) simplesmente consensual, oneroso, comutativo, por adesão; quanto à forma, formal (não solene); quanto à designação: nominado (típico); quanto ao tempo de duração: de execução continuada; quanto à pessoa do contratante: pessoal.

Constata-se que o mencionado autor classifica, quanto à natureza da obrigação entabulada, o contrato como de adesão, se utilizando do conceito trazido, primordialmente, pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e reforçado, posteriormente, pelo Código Civil de 2002, o qual tem regulamentação própria e possui como objetivo proteger a parte hipossuficiente do negócio, no caso, o consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor traz a definição dessa modalidade contratual em seu art. 54¹⁹, como aquele em que contém cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, parte que detém maior poderio negocial, cabendo ao consumidor apenas anuir com as disposições previamente estabelecidas, não tendo espaço para discussão ou alteração por parte deste.

Todavia, apesar de não se negar o caráter consumeirista da relação existente entre incorporador e o destinatário final das unidades, no que diz respeito ao enquadramento do contrato de incorporação no conceito de adesão trazido pelo Código de Defesa do Consumidor, faz-se necessário, em respeito à relevância das contribuições trazidas pelo autor

¹⁸ CAMBLER, Everaldo Augusto apud AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário – 2ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, 636/637pp.

¹⁹ Art. 54. Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. § 1º A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato. § 2º Nos contratos de adesão admite-se cláusula resolutória, desde que a alternativa, cabendo a escolha ao consumidor, ressaltando-se o disposto no § 2º do artigo anterior. § 3º Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor. § 4º As cláusulas que implicarem limitação de direito do consumidor deverão ser redigidas com destaque, permitindo sua imediata e fácil compreensão.

ao presente tema, apontar a doutrina de Caio Mário da Silva²⁰ segundo a qual no âmbito da incorporação tem-se contratos-tipo, o que não se confunde com a modalidade de adesão.

Assim, segundo o autor que elaborou o ante-projeto da Lei de Incorporação Imobiliária, a distinção ocorre com base na possibilidade ou não de discussão e alteração da cláusulas, sendo irrelevante o fato destas já terem sido previamente estabelecidas por uma das partes. Assim, desde que haja margem para diálogo entre as partes e eventual alteração do que já fora previsto, não há que se falar de contrato de adesão, razão pela qual defende que os adquirentes, ao poderem dispor acerca das condições de pagamento, das especificidades das unidade, etc, descaracterizam o contrato de adesão.

Sob esse prisma, o contrato de incorporação se afasta do conceito da contrato de adesão por não restar caracterizada a inesgotabilidade dos termos acordados, os quais, apesar de previamente estabelecidos em sua maioria, ainda podem ser discutidos entre os contratantes.

Todavia, na prática, vislumbra-se que, independentemente dessa divergência, os contratos de incorporação, principalmente na esfera do judiciário, são tratados de acordo com os princípios do direito do consumidor, notadamente, no que diz respeito às cláusulas abusivas, o que atenua a relevância da discussão acerca dessa classificação.

Logo, conclui-se que nesse estudo adotar-se-á a classificação do contrato de incorporação da seguinte forma: típico, bilateral, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada, não se negando, entretanto, a possibilidade do contrato vir a ser tratado de acordo com a regulamentação do “contrato de adesão” nos casos em que estejam presentes os requisitos deste.

2.3 Os avanços da legislação na proteção aos interesses do adquirente e a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor no contrato de incorporação

A relação existente entre incorporador e comprador das unidades imobiliárias merece uma análise especial, tendo em vista os progressos da legislação no sentido de proteger o adquirente, fato este que antecedeu o próprio Código de Defesa do Consumidor, apesar de ter atingido seu ápice com este.

Assim, partindo do histórico traçado no primeiro tópico deste capítulo acerca do

²⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. *Revista dos Tribunais*, Brasília, v. 712, n. 0, p.102-111, fev. 1995, p.8

surgimento da figura do incorporador, constata-se que, nos primórdios dessa atividade, não existia regulamentação adequada, tendo em vista que se tratou de uma evolução natural do comércio de imóveis edificados, os quais estavam em ascensão à época.

Nesse contexto, Caio Mário da Silva²¹, ao dispor sobre o sujeito que promovia a aquisição das unidades por terceiros em moldes semelhantes ao que ocorre hoje na incorporação com a Lei 4.591/64, enfatiza a ausência de responsabilidade que lhe era imposta em consequência da falta de regulamentação da matéria, o que deu margem a interpretações pelos tribunais que equipararam o instituto ao do corretor, que atua meramente em nome de terceiros a título de promessa, sem ser obrigado pelo resultado.

Ora, é evidente que diante daquele cenário de irresponsabilidade total do agente intermediário, reinava a insegurança jurídica do contrato de promessa de compra e venda de imóveis na planta, circunstância que colocava o adquirente em demasiada vulnerabilidade, o que, vale ressaltar, não era interessante à continuidade do próprio negócio, vez que o tornava pouco atrativo, ante ao elevado risco que se corria, principalmente quando se considerava o fato da execução se dar a longo prazo.

Assim, como reposta a esta ausência de disciplina específica, foi promulgada a Lei 4.591/64, cujo objetivo é, notadamente, regulamentar a atividade da incorporação propriamente dita, tendo inovado ao dispor acerca de uma série de obrigações impostas ao incorporador, as quais estão majoritariamente compiladas no Título II, Capítulo II, da referida legislação.

Dentre essas disposições, destaca-se, por exemplo, a irretratabilidade do contrato de promessa de compra e venda prevista no seu art. 32, § 2º, o prazo de tolerância para desistência do empreendimento pelo incorporador constante no seu art. 34 e a necessidade de fixação de prazo da entrega do empreendimento e o caráter vinculativo deste, previsto no seu art. 48, §2º.

Com isso, o legislador buscou obstar eventuais imprudências ou negligências vindas do incorporador que, anteriormente, poderia a qualquer tempo inadimplir ou simplesmente rescindir o contrato, sem sofrer qualquer sanção por se tratar de mero contrato preliminar. Logo, verifica-se que o referido diploma já apresentou um relevante avanço no sistema de proteção ao adquirente, notadamente no que diz respeito às hipóteses de quebra contratual por parte do promitente vendedor.

Contudo, a proteção aos direitos do adquirente atingiu seu ápice com a promulgação

²¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva, Condomínio e incorporação: edição atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro, Forense, 1998, 234p.

do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, inspirado nos novos princípios constitucionais, com ênfase ao art. 5º, XXXII, da Constituição Federal de 1988, que elevou a proteção ao consumidor ao patamar de direito fundamental, enquadrando-a como matéria de interesse público.

Nesse sentido, tem-se que a Lei 8.078/90, inaugurou um microsistema direcionado ao interesse de um determinado grupo - o consumidor - tendo como pressuposto a condição de vulnerabilidade destes frente ao fornecedor que detém maior potencial técnico e econômico, dispondo, por conseguinte, de melhores condições no âmbito negocial.

Nas palavras de Arnoldo Wald²², o direito do consumidor veio como uma ferramenta utilizada para sanar injustiças ocasionadas pelos denominados “efeitos perversos” decorrentes das relações de consumo, as quais se caracterizam, notadamente, pela hipossuficiência do consumidor perante o poderio econômico e técnico do fornecedor, o que torna necessária a criação de instrumentos externos que interferissem na relação e mantivessem o equilíbrio necessário.

Assim, a legislação específica de proteção ao consumidor, ao conceituar a figura do fornecedor, traz uma definição demasiadamente abrangente caracterizando-o como toda pessoa física ou jurídica que desenvolve as seguintes atividades: produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

No âmbito da incorporação imobiliária, verifica-se que o incorporador se enquadra nessa condição de fornecedor, tendo em vista que, conforme extrai-se dos ensinamentos de Ghezzi²³, mesmo quando o incorporador promove a construção do empreendimento, sem, contudo, ser o responsável por efetivamente construir o imóvel, ainda assim é possível encaixá-lo no disposto no art. 3º²⁴, do Código de Defesa do Consumidor na condição de comerciante

Quanto ao comprador das unidades, não há maiores dificuldades em compatibilizá-los com o conceito trazido pela norma específica, bastando uma interpretação literal do disposto no art. 2º desta, segundo o qual: *consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou*

²² WALD, Arnoldo. Obrigações e contratos/Arnoldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.522

²³ GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 209p.

²⁴ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

utiliza produto ou serviço como destinatário final. Frisa-se apenas a exigência legal de que o adquirente seja o último da cadeia de consumo, não se encaixando, portanto, o especulador imobiliário que tem na compra e venda de imóveis atividade lucrativa.

O ponto crítico versa, portanto, em relação à natureza sobre a qual versa o bem da incorporação, tendo em vista que ao tecer a delimitações do quadro de incidência do Direito do Consumidor, o diploma faz menção, unicamente, a serviços e produtos, de modo que para conceber a interferência da norma consumeirista na atividade de incorporação, é necessário tratar o bem imóvel como produto, sem que tenha sido feita qualquer diferenciação pelo fato de ser móvel ou não.

Tal fato desperta a atenção dos estudiosos em razão da complexidade dos negócios que, normalmente, envolvem bens de natureza imobiliária. Nesse sentido, destaca-se sobre a problemática ora mencionada, o disposto por Marcelo Terra²⁵ acerca da dificuldade de enquadrar o imóvel na definição de objeto de consumo, haja vista as peculiaridades que tornam necessária uma análise detida que repouse sobre as características própria do bem de acordo com sua natureza.

Nessa mesma linha, Chalhub²⁶, ao abordar essa questão, determina a condição de coexistência das normas, tanto a Lei 4.591/64 – a qual volta-se com mais atenção especificamente às peculiaridades do negócio de incorporação – quanto as normas consumeiristas, que possuem como objeto, notadamente, os interesses de um dos contratantes, no caso, o adquirente.

Apesar de a legislação sobre as incorporações contemplar adequado sistema de proteção do adquirente, o CDC, de forma indireta, equipara o contrato de incorporação ao contrato de consumo, ao classificar o *bem imóvel como produto* para efeito das relações jurídicas de consumo e, além disso, ao considerar a *construção e a comercialização de imóveis* como atividades caracterizadoras da figura de *fornecedor*. Essa equiparação, entretanto, não implica derrogação do regime jurídico especial do contrato de incorporação, que coexiste com o sistema de proteção estruturado pelo CDC. O contrato de incorporação deve ser apreciado de acordo com sua tipificação, à luz dos princípios da boa-fé e do equilíbrio do contrato, que, além de terem orientado a formulação da Lei das Incorporações e do CDC, estão enunciados no Código Civil.

Logo, de fato, aplica-se a Lei 8.078/90 nos contratos firmados em decorrência da incorporação, sem que isso signifique na total desconsideração da lei 4.591/64 que é específica, devendo ambas agirem de forma complementar. Em relação a este aspecto,

²⁵ TERRA, Marcelo. AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O ART. 53 DO CDC: The real estate developments and the art. 53 of the CDC. **Revista dos Tribunais Online**: Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 80, p.409-417, jan. 2016. Disponível em Unifor Online. Acesso em: 18 mar. 2018.

²⁶ Chalhub, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. Disponível em Unifor Online. Acesso em 20 de abril de 2018. 310p.

destaca-se como julgado paradigma o Recurso Especial 80.036²⁷, que teve como Relator o Ministro Ruy Rosado:

INCORPORAÇÃO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO. LEI Nº 4.591/64. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. O contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela Lei que lhe é própria (Lei nº 4.591/ 64), mas sobre ele também incide o Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no sistema civil princípios gerais que realçam a justiça contratual, a equivalência das prestações e o princípio da boa-fé objetiva. 2. A abusividade da cláusula de decaimento, com previsão de perda das parcelas pagas em favor do vendedor, pode ser reconhecida tanto na ação proposta pelo vendedor (art. 53 do CODECON) como na de iniciativa do comprador, porque a restituição é inerente à Resolução do contrato e meio de evitar o enriquecimento injustificado. 3. Porém, não viola a Lei o acordão que examina fatos e contratos à luz do CODECON e nega a extinção do contrato de incorporação, afastando a aplicação da teoria da imprevisão e a alegação de culpa da empresa vendedora. Mantido o contrato, não há cuidar da devolução das prestações pagas. Recurso não conhecido (sumulas 5 e 7). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 80036, de São Paulo. Quarta Turma, relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Julgado em: 12/ 02/ 1996. DJU de 25/03/1996.).

Portanto, verifica-se que, em regra, um diploma não anula o outro, devendo, pelo contrário, agirem de forma complementar, demandando uma interpretação conjunta e integradora, para que, nas palavras de Wald²⁸: “ambos se completem e se conciliem, em vez de criar um conjunto de normas incoerentes e conflitantes uma com as outras”.

Cláudia Lima Marques²⁹, ao falar acerca do diálogo das fontes, aponta-o como instrumento necessário por permitir a aplicação concomitante de diplomas distintos, sem que isso ocorra de forma conflituosa, mas sim coordenada e, conseqüentemente, mais efetiva.

Nesse contexto, a título de exemplo, pode-se destacar o disposto no art. 53, do Código de Defesa do Consumidor, que veda a previsão contratual que determine a perda integral das parcelas pagas pelo comprador inadimplente nos contrato de compra e venda de imóveis, em uma clara finalidade de tutelar os interesses do comprador nessas hipóteses.

Tal disposição representa, portanto, uma conduta ativa do legislador que limita a liberdade contratual do incorporador, não permitindo a retenção total dos valores pelo fornecedor, sem, contudo, impedir que este insira cláusulas penais nos contratos firmados com os compradores. Observa-se que a referida norma não estabelece a porcentagem que é devida

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 80.036 - SP. Relator: Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - QUARTA TURMA. **Diário de Justiça**. Brasília, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500608634&dt_publicacao=25-03-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 13 abr. 2018.

²⁸ WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos/Arnaldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.525

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. Revista do Direito do Consumidor, v.45, pp.71-99, janeiro, 2003. 74p.

nesses casos, não tendo, desta forma, cassado a liberdade inerente aos contratante, a qual permanece nas relações ainda que de consumo, tendo interferido apenas com fator limitador.

Portanto, a partir do exemplo apontado, verifica-se que a norma propriamente dita não necessariamente gera os conflitos que, frequentemente, presencia-se na prática, os quais predominantemente são resolvidos com a adoção de uma supremacia absoluta dos interesses do consumidor que está apresentando a referida demanda. A verdade, entretanto, é que tal fato decorre muito mais da interpretação extensiva dada ao texto legal pelo poder judiciário do que da coexistência de ambos os diplomas disciplinando o mesmo objeto.

3. O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA E OS EFEITOS DA SUA QUEBRA CONTRATUAL

Conforme definido no tópico anterior, a incorporação se trata de uma atividade multifacetada, envolvendo diversos contratos que a compõem, mas que com ela não se confundem, representando, na realidade, elementos do negócio em si.

No caso, o objeto de estudo deste trabalho diz respeito à dissolução do contrato por parte dos promissários compradores, razão pela qual revela-se imperioso analisar o vínculo contratual firmado entre estes e o incorporador, percorrendo desde as determinações legais e doutrinárias existentes sobre o tema até as interpretações dada pelo poder judiciário, sendo estas últimas as de maior relevância ao presente estudo.

Assim, faz-se necessária análise dos precedentes jurisprudenciais para entender a origem do entendimento ora consolidado, para que, então, possa ser feita uma análise crítica acerca da forma como a questão vem sendo tratada na prática.

3.1 A promessa de compra e venda como forma de aquisição de unidades na planta e a irretratabilidade do pacto no âmbito da incorporação

A complexidade do contrato de incorporação é evidente frente aos consumidores via de regra a instrumentalização do referido negócio jurídico ocorre de forma mais simplificada através de apenas um dos elementos da incorporação. De forma mais frequente, tem-se a promessa de compra e venda, razão pela qual será a espécie adotada no presente estudo ao analisarmos os contratos para aquisição de unidade firmados entre incorporador e adquirente.

Logo, é evidente a relação dessa espécie contratual com a própria natureza do empreendimento, tendo em vista o aspecto da incorporação acerca da concomitância entre a evolução da obra e a captação de recursos para financiá-la, ou seja, as vendas sempre ocorrerão em relação a um objeto futuro que ainda está em fase de concretização.

Nesse sentido, Rizzardo³⁰ afirma que a promessa é um elemento que compõe a natureza do contrato de incorporação, do qual este não pode se desvincular tendo em vista o aspecto futuro do objeto contratual que necessariamente precisa estar presente nesse tipo de negócio. Caso contrário, considerando o caso do imóvel a ser comercializado já estar pronto, sequer se estaria diante de uma incorporação.

Sabe-se que a promessa de compra e venda se classifica como “contrato preliminar”, tendo em vista que, apesar de revelar um acordo de vontades, não há uma forma definitiva. Segundo aponta Arnoldo Wald³¹, trata-se de pacto de vontades que gera obrigação entre as partes de contrair, futuramente, o acordo definitivo desde que atendidas as condições previamente estabelecidas para tanto.

Assim, apesar de gerar uma expectativa acerca da obrigação pretendida no contrato futuro de caráter definitivo, o contrato preliminar, em regra, não vincula as partes diretamente ao objeto deste último, de modo que surge a discussão acerca da segurança jurídica desses contratos, com ênfase no que diz respeito à possibilidade de desistência de uma das partes por se tratar de contrato preliminar.

Não é demais esclarecer que a referida discussão gira em torno das hipóteses em que a extinção prematura é motivada pela mera liberalidade de uma das partes, sendo evidente que nos casos em que há inadimplemento por um dos contratantes, a outra parte não é obrigada a permanecer com o vínculo negocial outrora firmado, não se enquadrando na cláusula de irretratabilidade.

Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro rege-se pelo Código Civil de 2002, o qual, em seu art. 1.417³² tem como regra a irretratabilidade do contratos de promessa,

³⁰RIZZARDO Arnaldo, Condomínio Edifício e incorporação imobiliária - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 460

³¹ WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos/Arnoldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.191

³² Art. 1.417. *Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.* O “direito real de habitação” trata-se de uma peculiaridade referente aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis, criado justamente de atribuir segurança jurídica ao negócio, protegendo, notadamente, o adquirente de eventuais abusos praticados pelo promitente vendedor, que ainda permanece como proprietário do bem nas alienações à longo prazo. Segundo definição de Marco Aurélio da Silva Viana, entende-se esse direito como o poder do promissário comprador de, através do registro do contrato preliminar, já dispor do bem, podendo reavê-lo de terceiros, independente da efetiva transferência de propriedade que se dá através do registro na matrícula do imóvel (CF: VIANA e Silva. M.A.

admitindo, contudo, a possibilidade de cláusula de arrependimento, expressamente manifestada entre as partes, que, nas hipóteses de imóveis não loteados³³, afastam a consumação do direito real de habitação.

No ramo da incorporação, contudo, o contrato de promessa possui um tratamento diferenciado por dispor de lei específica que o regulamenta. A Lei 4.591/64, em seu art. 32, §2º³⁴, prevê, expressamente, a irretratabilidade deste contratos, dispondo acerca da possibilidade de adjudicação compulsória por parte dos compradores frente ao incorporador e a terceiros, nesse caso, desde que averbados.

Nesse diapasão, Orlando Gomes³⁵ dispõe acerca da relevância da irretratabilidade na hipótese de promessa de compra e venda, a qual, de acordo com o referido doutrinador, está intimamente vinculada a eficácia do contrato, não sendo admitida sequer a cláusula de arrependimento na seara deste negócio jurídico.

Nesse mesmo sentido, Chalhub³⁶ aborda a relevância do aspecto irretratável dos contrato de promessa de compra e venda utilizado para aquisição de unidades pelos interessados no edifício em construção. Ressalta o autor que a impossibilidade de desistência do negócio visa não só assegurar o patrimônio do consumidor, frente a um eventual abandono da obra por parte do incorporador, mas também garantir o equilíbrio financeiro do empreendimento, tendo em vista o seus caráter de autofinanciamento, no qual o capital oriundo do contratos firmado individualmente são os responsáveis pela execução da totalidade do negócio.

Portanto, verifica-se que uma das características essenciais do contrato de promessa de compra e venda firmado entre incorporador e adquirente diz respeito à ausência de

08/2013, Comentários ao Novo Código Civil – Vol XVI, 4ª Edição, Forense, Disponível em Unifor Online <acesso em 27 de maio de 2018> 807/808 pp.)

³³ No caso de imóveis loteados, estes são regidos especificamente pela Lei de Parcelamento do Solo Urbano (Lei 6.766/79), que prevê em seu art. 25 que estes contratos são irrevogáveis e irretratáveis, de modo que, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves: “Qualquer cláusula de arrependimento, nesses contratos, ter-se-á, pois, por não escrita”. (CF: GONÇALVES Roberto, C. 2017, Direito civil brasileiro, v.2 – Contratos e atos unilaterais, 14ª edição. 14th edição, Editora Saraiva, Disponível em Unifor Online <Acesso em 26 abril 2018> 165p.)

³⁴ Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos: § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.

³⁵ Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009, p.551

³⁶ Chalhub, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. Disponível em Unifor Online. Acesso em 20 de abril de 2018 .192p.

possibilidade de arrependimento por alguma das partes, afastando, conseqüentemente a hipótese de rescisão³⁷ contratual independentemente de expressa previsão contratual.

Entretanto, embora a irrevocabilidade tenha essa relevância no âmbito da promessa de imóveis, principalmente, quando vendidos ainda na planta, este aspecto não é encarado de forma absoluta, mormente quando se trata de relação que está inserida no sistema de proteção ao consumidor, como é o caso da incorporação, em que se analisa a situação prioritariamente sob o ângulo do interesse do consumidor, o qual, ordinariamente, desperta a atenção do poder judiciário, sob a justificativa de se encontrarem sob o véu da vulnerabilidade.

Apesar da lei e da doutrina, ao tratarem da irrevocabilidade da promessa firmada na esfera da incorporação, não fazerem qualquer distinção entre incorporador e consumidor, observa-se que, na esfera jurisprudencial, a qual lida com os casos práticos, a aplicação dessa característica contratual varia de acordo com a parte que a invoca, tendo como base para essa distinção, notadamente, a defesa aos interesses do consumidor que busca o judiciário.

Assim, no que diz respeito à possibilidade de arrependimento do incorporador, verifica-se que o ordenamento é bem rígido, tendo previsto legalmente uma única hipótese que permite a não continuidade do negócio pelo incorporador, a qual só pode ocorrer dentro do prazo de carência previamente estabelecido, o qual é improrrogável e deve necessariamente estar expresso no contrato de promessa de compra e venda, conforme preconiza o art. 34, da Lei 4.591/64³⁸.

Já no caso da desistência pelos consumidores, observa-se que a jurisprudência tem sido extremamente complacente nessas situações, sendo rotineiros os casos em que o promissário comprador requer a dissolução do contrato, sem que tenha havido inadimplemento por parte da vendedora que dê causa à pretensão, justificando seu

³⁷ A despeito da jurisprudência pátria, majoritariamente, adotar de forma indistinta a terminologia “rescisão” para tratar de todas as hipóteses de extinção prematura do contrato de promessa de compra e venda de imóveis, neste trabalho iremos utilizar a definição doutrinária de Caio Mário da Silva, que diferencia os tipos de extinção conforme a causa que a motivou. Logo, a rescisão se refere à hipóteses específicas motivadas por fatos especiais, por exemplo, caso de fraude contra credores. Já a resolução se opera quando ocorre inadimplemento de uma das partes contratantes, ao passo em que a rescisão é resulta da manifestação de vontade em interromper a continuidade do negócio, podendo esta ser bilateral ou unilateral. Esta última se dá de forma excepcional, tendo em vista a *pacta sunt servanda*, segundo a qual reina a obrigatoriedade dos contratos, sendo a liberdade das partes para agir em desacordo com o outrora pactuado tido como exceção. (C.F PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Vol. III – Contratos, 21ª edição. Disponível em Unifor Online. Acesso em 22 de abril de 2018).

³⁸ Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.

requerimento apenas na ausência de condições financeiras ou até mesmo na perda do interesse na continuidade do negócio por parte deste comprador.

Nessas hipóteses, observa-se que os Tribunais, pautando-se primordialmente na interpretação dada com base no Código de Defesa do Consumidor, tem admitido não só a desistência do negócio por parte dos adquirentes, mas também a restituição de parcela significativa do valor já adimplido.

Contudo, esse posicionamento adotado pelo poder judiciário não parte de origens doutrinárias, pelo contrário, o que se observa é que parcela renomada da doutrina especialista no tema defende posicionamento que vai de encontro ao ora relatado, como é o caso de Chalhub³⁹ que defende a inexistência de previsão no Código de Defesa do Consumidor que permita o instituto do arrependimento no contrato de incorporação, tendo em vista que as hipóteses de arrependimento trazidas pelo referido diploma versam sobre bens móveis e adquiridos fora do estabelecimento comercial.

Nesse mesmo sentido, Caio Mário da Silva⁴⁰ também critica a aplicação do direito de arrependimento para justificar a rescisão unilateral por parte dos adquirentes sob à justificativa única de estarem tutelado pelo sistema de proteção ao consumidor:

Assegurar o direito de arrependimento nesses casos, atentaria contra o fim social da Lei das Incorporações, que visa ao bem comum da coletividade, estimulando a edificação que atenda ao bem comum da comunidade. Não se compreende, em verdade, que uma incorporação imobiliária envolvendo unidades residenciais (ou de outra espécie) seja desequilibrada, pondo em risco (ou trazendo danos a um universo de adquirentes), pelo capricho de um adquirente que resolva, sem justificção que atenda a um fim social, arrepender-se do negócio realizado.

Entretanto, a despeito das duras críticas doutrinárias, verifica-se que a jurisprudência é pacífica quanto à flexibilização do caráter irrevogável do contrato de promessa de compra e venda firmado no plano da incorporação imobiliária, quando se tratar de rescisão unilateral motivada pelo consumidor, admitindo, sem maiores questionamentos, a desistência do negócio pelo adquirente, sem que seja analisado detidamente os fatos apresentados pela parte.

3.2 A dissolução do contrato por parte do adquirente: construção jurisprudencial até a edição da súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça

³⁹ CHALHUB, Melhim Namem. O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. *Revista dos Tribunais*: Revista de Direito Imobiliário, Rio de Janeiro, v. 50/2001, pp.92-135, Jan-Jun. 2001. p.22. Disponível em Unifor Online. Acesso em 22 de abril de 2018

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 712/1995, p.102-111, fev. 1995. Disponível em Unifor Online. p. 04.

Diante do caráter irrevogável dos contratos de promessa de compra e venda no âmbito da incorporação, a única forma que os contratantes teriam como se desvencilhar antes do término do contrato deveria se limitar às situações em que ocorressem inadimplemento por uma das partes, cabendo a parte contrária o direito de dissolver o vínculo contratual até então existente, desonerando-se da obrigação outrora contraída.

Todavia, a despeito da vigência do art. 32, §2º, da Lei 4.591/64, conforme sintetiza a Min. Isabel Gallotti durante sua contribuição na II Edição do Seminário: A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ⁴¹, em decorrência do surto inflacionário que assolou o país, mormente, até a implantação do plano real, houve reiterada procura do judiciário pelos consumidores, os quais endividados, buscavam a extinção do contrato e a restituição dos valores já quitados.

No caso, não há inadimplemento da parte incorporadora que motive o pedido de resolução por parte do consumidor, razão pela qual se iniciou na jurisprudência a discussão quanto à possibilidade dessa espécie de desistência ocasionada pelo superendividamento do adquirente que passava a não mais dispor de condições de dar continuidade ao negócio.

Dentro desse debate, parcela significativa da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a se posicionar favoravelmente ao consumidor, defendendo que, dentro daquela situação, ele não estaria obrigado a permanecer no contrato, bem como não seria admitida a retenção integral dos valores pagos, ainda que houvesse cláusula contratual nesse sentido, tendo como *leading case* o EResp 59.870-SP⁴², julgado em 09 de dezembro de 2002, sob a relatoria do Min. Barros Monteiro⁴³.

⁴¹ II SEMINÁRIO A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2018. (260 min.), color. 146'02"/146'33" *ipse litteris*: "(...)como irrevogáveis, o que deveria conferir segurança tanto para o incorporador quanto para o adquirente da futura unidade, mas nos anos que precederam a edição do Código do Consumidor e também dos anos subsequentes, pelo menos até a implantação do Plano Real, o surto inflacionário impactou fortemente o crédito imobiliário com consequências deletérias para o fornecedor e para o consumidor". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IJqesmq3fg&t=9400s>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

⁴² PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO. - O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuortabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (C.F BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp nº 59.870. Segunda Seção. Relator: Min. Barros Monteiro. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 09 dez. 2002)

⁴³ O referido Embargo de Divergência foi suscitado no âmbito do Resp. 59.870-SP, de relatoria do Min. Ari Pargendler, em função da dissonância com o disposto no Resp. 132.903-SP que teve como relator o Min. Ruy Rosado. Este último tratou do pedido de dissolução do contrato pleiteada pelo consumidor em razão de dificuldade financeiras adquiridas após a assinatura do contrato, no qual já havia a concordância da incorporadora com a desistência, tendo como objeto da ação apenas os efeitos dessa extinção contratual, ao passo que o primeiro analisou o direito de resilição do consumidor por se tratar de contrato de adesão firmado entre ele e o incorporador. Na ocasião, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça entendeu que, ainda que

O referido acórdão paradigmático, ao julgar a divergência entre o Resp 59.870-SP⁴⁴ e o Resp 132.903-SP⁴⁵, entendeu pela possibilidade do consumidor não só pleitear a extinção prematura do contrato, mas também de reaver, em parte, os valores já adimplidos ao incorporador, tendo inclusive fixado o percentual de 25% a ser retido pelo fornecedor.

O então relator, Min. Barros Monteiro, ao fundamentar sua decisão, fez menção ao Resp 109.331-SP⁴⁶ de relatoria do Min. Ruy Rosado, no qual este julgador defende que, apesar de não ser a regra, nas hipóteses em que tiver havido alteração na base contratual, é possível a extinção do contrato pelo devedor independentemente do inadimplemento da outra parte:

O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a juízo para provocar a extinção do contrato. Aceita essa premissa, a jurisprudência tem reconhecido como fato suficiente para a resolução a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do devedor e o impedem de continuar cumprindo o contrato. Nessa circunstância, pode o devedor tomar a iniciativa da propositura da ação de rescisão

O art. 53 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁷ também foi fonte reiterada utilizada para fundamentar o entendimento, então consolidado, acerca do cabimento da dissolução contratual requerida pelo comprador que não mais dispõe de condições para arcar com as obrigações decorrentes do vínculo outrora firmado.

Antônio Rizzato Nunes⁴⁸ defende que o fundamento do referido dispositivo é o do não enriquecimento sem causa, de modo que, retirar do adquirente o direito de reaver os

se trate de contrato de adesão, a interpretação do art. 54 do CDC não torna possível que o próprio credor inadimplente venha a pedir a dissolução com a restituição das parcelas, posto que isto havia sido previsto no parágrafo primeiro do art. 53, do CDC, o qual contudo fora vetado, razão pela qual defendeu-se que o artigo que regulamenta o contrato de adesão não pode ser aplicado de forma indiscriminada a pontos de anular o veto outrora realizado sobre a matéria.

⁴⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº 59.870. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 07 fev. 2000.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp nº 132.903-SP. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 19 dez. 1997.

⁴⁶ O referido acórdão tratou da possibilidade de extinção do contrato por culpa do comprador que não mais dispunha de condições financeiras de manter o contrato devido à desvalorização da moeda decorrente das inúmeras alterações do plano econômico adotado pelo país e diferentes critérios adotados para o cálculo da atualização monetária. (C.F: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp. nº 109.331-SP. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 31 mar. 1997)

⁴⁷ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

⁴⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzato, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direto material (arts. 1º a 54)/Luiz Antonio Rizzato Nunes – São Paulo: Saraiva, 2000. 605 p.

valores quitado devido à ausência de condições deste em manter os pagamentos, é inadmissível por fazer com que o consumidor fique sem o bem e sem o dinheiro. Sob esse prisma, estaria havendo o enriquecimento excessivo do incorporador que passaria a deter tanto o investimento pecuniária já realizado, quanto o bem que poderia ser destinado a outro interessado.

Nesse sentido, Ruy Rosado, no voto proferido no âmbito do Resp 132.903-SP, defendeu que por existir a garantia de reaver as parcelas pagas assegurada pelo Código de Defesa do Consumidor, existe o direito da ação ser proposta pelo próprio consumidor inadimplente, o que se legitimaria ainda na justificativa da onerosidade excessiva *“ou por outro nome que se lhe queira dar (imprevisão, alteração da base do negócio, etc), cuja consequência será a restituição das partes à situação anterior.”*

Contudo, a aplicação do referido dispositivo nessas hipóteses não é isenta de críticas. Isto porque o texto legal fala dos casos em que o credor pleiteia a resolução em razão do inadimplemento do devedor. Ou seja, a situação abrangida pelo *caput* é aquele em que o incorporador, após ter recebido determinada quantidade pecuniária do adquirente, pleiteia a resolução do contrato devido à cessação de pagamento por parte do consumidor, o que não se confunde com o fato do próprio inadimplente pleitear a dissolução contratual por ausência de condições de manter o adimplemento das parcelas.

O Min. Ari Pargendler, seguido por unanimidade pelos demais ministros da terceira turma, ao julgar Resp. 59.870, defendeu justamente a impossibilidade de atribuir interpretação extensiva ao texto legal trazido no art. 53 do CDC, em razão do veto do parágrafo primeiro, originalmente, previsto na redação do artigo no projeto da Lei 8.078/90, segundo o qual de restituição de valores nos casos em que a dissolução está sendo pleiteada pelo próprio consumidor inadimplente. Logo, entendeu-se que aplicar o *caput* para justificar a restituição nesses casos seria dar eficácia a uma norma que não possui vigência, ou melhor, que sequer existe.

Os argumentos trazidos no julgamento do referido Recurso Especial tem relevância didática, visto que apresentam uma visão mais criteriosa quanto ao enquadramento do contexto apresentado dentro dos preceitos legais, todavia, foram vencidos no EResp 59.870, tendo se tornado entendimento superado no STJ.

A verdade é que desde o início do século XXI, a jurisprudência se pacificou

quanto à possibilidade de dissolução motivada e pleiteada pelo consumidor que não dispõe mais de condições financeiras suficientes, tendo o Enunciado do STJ nº 0302/2006 atestado que a partir do Resp. 59.870, firmou-se entendimento naquela Tribunal Superior quanto à possibilidade de propositura de desfazimento do negócio por parte do comprador quando este não mais dispôr de condições financeiras. Ademais, definiu-se como percentual razoável de retenção o total de 25% sobre o montante quitado.

Todavia, se a questão da possibilidade da extinção do contrato provocado pelo próprio devedor, com restituição de parte das parcelas, se pacificou a partir do referido *leading case*, o mesmo não pode se dizer a respeito da porcentagem a ser restituída, visto que, a despeito do que fora defendido pelo Superior Tribunal de Justiça, o tribunais inferiores passaram a adotar a quantia como um percentual máxima, de modo que, muitas vezes, fixam em quantia inferiores que variam de 10% a 25%.

Outra questão que passou a aquecer as discussões na esfera do STJ foi a referente ao período em que deveria ser realizada a restituição. Ora, apesar do entendimento já consolidado, nada impedia de que fosse previsto contratualmente cláusula que determinasse o parcelamento da restituição ou a postergação da devolução do dinheiro para o final da obra ou para o momento em que a unidade fosse revendida a outrem.

Aliás esta última alternativa se revela mais compatível com a previsão trazida pela Lei 4.591/64, que, ao prever situações de inadimplemento do adquirente, dispõe, em seu art. 6, acerca do leilão extrajudicial promovido pelo incorporador em relação à unidade do então inadimplente, condicionando a restituição dos valores ao montante que for auferido nessa segunda comercialização descontados os débitos existentes, as despesas suportadas pelo incorporador, a comissão de corretagem no valor de 5% e a multa compensatória no montante de 10%.

Todavia, em sentido contrário, a jurisprudência do STJ já era firme quanto à impossibilidade tanto do parcelamento, quanto do pagamento posterior do incorporador ao adquirente desistente, por classificarem tais práticas como abusiva, pautando-se na inteligência dos art. 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor que vedam a adoção por parte do fornecedor de condutas consideradas lesivas ao consumidor.

Nesse sentido, dada a relevância do tema, houve a sua afetação através do Resp.

1300418/SC⁴⁹, sob a relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, no qual pacificou-se o entendimento, que já vinha sendo adota de forma majoritária pelo Tribunais, de que, sob a égide do Código de Defesa do Consumidor, a extinção do contrato implica na imediata restituição dos valores outrora quitados pelo adquirente, independentemente de quem tenha dado causa à dissolução contratual.

De acordo com o referido ministro, a abusividade residiria no fato do desequilíbrio entre as partes que causaria a restituição postergada ou parcelada, vez que, ao reaver a posse do imóvel, o incorporador poderia obter, a uma só vez, os valores da nova comercialização, dos quais ainda poderiam advir acréscimo de valorização do bem.

Outro argumento utilizado na defesa deste posicionamento repousa no próprio Código Civil, tendo em vista a vedação à cláusula meramente potestativa trazida no art. 122 do referido diploma. Nas palavras de Salomão⁵⁰: *“o direito ao recebimento do que é devido ao consumidor fica submetido ao puro arbítrio do fornecedor, uma vez que a conclusão da obra é providência que cabe a este com exclusividade, podendo, inclusive, nem acontecer ou acontecer a destempo.”*

A partir da firmação dessa tese, a jurisprudência, através de inúmeros julgamentos nesse sentido⁵¹, caminhou para a edição da Súmula 543, a qual se deu em agosto de 2015, consolidando a posição quanto à necessidade de restituição imediata e em parcela única, variando apenas a quantidade: integralmente em caso de culpa da vendedora e parcialmente quando a dissolução tiver sido motivada pelo comprador.

Apesar dos precedentes que construíram não só a Súmula 543 do STJ, mas também o entendimento atualmente adotado pelo referido tribunal, fazerem menção especificamente à hipótese de dissolução pelo promissário comprador que, por alteração na base do contrato, não disponha mais de condições de se manter no negócio, tem-se que, a interpretação dada pelos tribunais de primeira instância é mais abrangente, permitindo situações de resilição unilateral do comprador em qualquer situação, desde que aplicada

⁴⁹ Tema repetitivo 577, julgado através do Resp 1300418/SC, teve como tese firmada: *“Em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de qualquer dos contratantes”*

⁵⁰ Ibid., 2003, p.7

⁵¹ AgRg no AREsp 525955-SC, EDcl no AgRg no REsp 1349081- AL, REsp 1300418-SC, AgRg no REsp 1207682-SC, AgRg no REsp 1249786-SC, RCDESP no AREsp 208018-SP, AgRg no REsp 997956-SC, AgRg no REsp 1238007-SC, AgRg no REsp 677177-PR, AgRg no REsp 1219345-SC, REsp 877980-SC

retenção de parcela dos valores quitados na margem de percentual também já definidos.

Logo, nos dias atuais, a discussão gira, praticamente, em torno da porcentagem dessa retenção e de outras questões periféricas referentes às eventuais indenizações cabíveis. Contudo, não se tem levado em consideração as críticas que pairam sobre a própria aplicação desse entendimento da forma como vêm ocorrendo, a qual, em decorrência da incidência da Súmula 7 do STJ⁵², não se atenta para as peculiaridades fáticas do caso, criando uma realidade de análise meramente jurídico em situações que envolvem distintos interesse e, constantemente, variam de acordo o caso.

3.3 Os efeitos da rescisão sobre o empreendimento em construção

A incorporação imobiliária, devido à sua natureza, demanda uma análise de riscos minuciosas, tendo em vista a complexidade da atividade, na qual existem interesses distintos, uns de natureza particular, outros coletiva, atuando de forma conjunta e, muitas vezes, um dependendo do outro. Assim, o desequilíbrio de uma área afeta, intimamente, outra, como é o caso da dissolução dos contratos de promessa de compra e venda firmados, individualmente, com os promissários compradores, cuja alteração interfere em todo o empreendimento.

Logo, diante dessa complexidade inerente à incorporação, é evidente a necessidade de cautela para o exercício da atividade, demandando, conseqüentemente, avaliação de risco a ser realizada pelo incorporador antes de lançar o projeto, onde será analisada a viabilidade do negócio nas condições postas no mercado.

Sobre essa questão, Chalhub⁵³, destaca como pressuposto da avaliação a ser realizada pelo incorporador a observação do potencial econômico do seu ativo, considerando a regularidade do fluxo de caixa, o qual é proveniente dos pagamentos assumidos pelos promitentes compradores, os quais, quando não significam diretamente o dinheiro utilizado no empreendimento, são utilizados como garantia para o financiamento de construção.

Assim, a análise de riscos visa combater eventuais situações conflituosas que ameacem a segurança do negócio. Todavia, tornam-se verdadeiros desafios a previsão de circunstâncias inesperadas, como é o caso das extinções prematuras dos contratos de

⁵² *A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.* (C.F BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 03 jul. 1990)

⁵³ CHALHUB, Melhim. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO CONTEXTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS EFEITOS DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, S/i, v. 07, n. /, p.147-183, abr. 2016. P.04. Disponível em Unifor Online.

promessa de compra e venda, independentemente, das razões que o motivem.

Nesse diapasão, adentrando na parte prática, José Carlos Gama⁵⁴ menciona que, no ato do registro prévio do memorial necessário à incorporação, o fornecedor, utilizando-se do prazo de carência concedido pela Lei 4.591/64⁵⁵, pode condicionar o prosseguimento da atividade à obtenção de certo número de promissários compradores, dentro de determinado período.

Ou seja, o incorporador faz menção ao mínimo necessário à viabilidade do negócio dentro dos padrões mercantis, de modo que, findo o prazo de tolerância, caso tenha sido obtido o número determinado, a obra terá continuidade, caso contrário o responsável está eximido da obrigação de continuar, devendo estabelecer as mesmas condições das partes inicialmente.

Contudo, após o referido prazo, caso o índice de desistências resulte em um número menor do que o estabelecido inicialmente, nada mais poderá ser feito pelo fornecedor, o que gerará, conseqüentemente, um desequilíbrio contratual.

A verdade é que a extinção prematura do contrato, em um primeiro momento, implica na cessação de aporte financeiro proveniente daquele promissário comprador, vindo acompanhado da obrigação imposta ao incorporador de restituir os valores pagos anteriormente por aquele adquirente sob a justificativa de que o imóvel voltará à sua disposição, podendo ser vendido novamente.

Todavia, o retorno ao *status quo ante*, que à priori poderia levar à conclusão de estar sendo conferido equilíbrio entre as partes, na realidade, representa uma disparidade relevante, notadamente, no que diz respeito à liquidez dos recursos necessários ao negócio.

Nesse sentido, Graziela Fortunato⁵⁶ dispõe que, haja vista o longo prazo inerente

⁵⁴ II SEMINÁRIO A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2018. (260 min.), color. 217'30"/218'08". Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IJqesmqa3fg&t=9400s>>. Acesso em: 01 mai. 2018.

⁵⁵ Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento. § 1º A fixação do prazo de carência será feita pela declaração a que se refere a alínea "n", do art. 32 onde se fixem as condições que autorizarão o incorporador a desistir do empreendimento. § 2º Em caso algum poderá o prazo de carência ultrapassar o termo final do prazo da validade do registro ou, se fôr o caso, de sua revalidação.

⁵⁶FORTUNATO, Graziela et al. Valor da Opção de Abandono em Lançamentos Imobiliários Residenciais Residenciais: Value of the Abandonment Option in Residential Real Estate. **Rac Eletrônica**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.531-545, set/dez.

aos negócios imobiliários, um dos maiores fatores de risco que podem vir a ser enfrentados por um incorporador pouco capitalizado é a ausência de liquidez. Logo, a desistência do adquirente implica em uma série de consequências, das quais, além de despesas adicionais necessárias à nova venda da unidade, destaca-se limitação do fluxo de caixa do empreendimento.

No que diz respeito ao caixa disponível à realização da obra, é importante destacar outro aspecto relevante em relação à atividade da incorporação, qual seja, a existência de um patrimônio de afetação destinado exclusivamente à concretização daquele empreendimento. Trata-se de mais uma exigência trazida pela Lei 4.591/64 no intuito de garantir a segurança do negócio ao determinar que o incorporador segregue os recursos destinado à incorporação, evitando confusão patrimonial que venha a obstar a viabilidade da edificação.

Mauro Antônio Rocha⁵⁷ menciona que, dada a complexidade e dinâmica da incorporação, foi necessária a previsão de um instrumento que garantisse a capacidade financeira do fornecedor durante toda a obra, com o fito de assegurar a entrega das unidades que já haviam sido comercializadas desde a fase de construção ou até mesmo antes disto.

Contudo, se a criação de um patrimônio de afetação destinado exclusivamente aos interesses daquele empreendimento específico foi consequência, principalmente, da necessidade de proteger os adquirentes de eventuais problemas financeiros que viessem a obstar a finalização da obra, ao ser posto em prática, esse instrumento jurídico passou a surtir efeito sobre qualquer questão que versa sobre o aspecto patrimonial do empreendimento, independentemente de quem tenha dado origem ao impacto.

Com isso, de acordo com o preceituado por Francesco Messineo⁵⁸, a segregação de patrimônio tem como objetivo, além de destinar recurso especificamente a um fim negocial, reservar à determinado grupo de credores bens sobre os quais eles poderão satisfazer seus eventuais crédito decorrentes daquela atividade específica.

2008. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Luiz_Brandao/publication/26569895_Abandonment_Option_Value_in_Residential_Real_Estate_Presale/links/57572f8e08aef6cbe35f532e/Abandonment-Option-Value-in-Residential-Real-Estate-Presale.pdf pdf>. Acesso em: 02 maio 2018. p.533

⁵⁷ROCHA, Mauro Antônio. O REGIME DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - UMA VISÃO CRÍTICA DA LEI. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Imobiliário, S/I, v. 59, n. S/I, p.153-165, jul-dez 2005. Disponível em Unifor Online. 02 p.

⁵⁸MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954. 263p.

Logo, no caso da incorporação, onde a instituição de um patrimônio de afetação é a regra, é notório que os débitos provenientes daquele empreendimento também serão quitados utilizando o dinheiro segregado para aquele fim, de modo que, ao determinar-se a restituição imediata do montante atualizado que veio sendo pago durante os meses anteriores, o poder judiciário está interferindo diretamente no fluxo de caixa daquela obra, alterando, no mínimo, sua liquidez.

Como consequência dessa atenuação de recursos disponíveis, tem-se a ameaça a continuidade do negócio, implicando no seu atraso – até que haja a captação de novos recursos através de uma nova comercialização das unidades – ou até mesmo paralisação das obras, nos casos em que o desequilíbrio atinja níveis mais elevados que a impeçam a efetivamente a viabilidade do negócio. Em ambos os casos, observa-se comprometido o interesse dos demais consumidores que permaneceram vinculados àquele empreendimento.

Por outro lado, o incorporador, diante desse cenário, pode passar também a agir de forma preventiva, no lugar de remediadora. Ou seja, em relação aos negócios futuros, ele pode – na verdade, deve – passar a incluir esse fator de risco em sua avaliação prévia do potencial do empreendimento.

Todavia, isso não deixa de significar prejuízos aos consumidores do ramo imobiliário, visto que, conforme preleciona Rubens Menin⁵⁹, essa inclusão das despesas adicionais, representará uma elevação no custo previsto de produção, o que, consequentemente, interferirá negativamente no preço disponibilizado aos interessados desde a comercialização na planta, limitando, com isso, o acesso ao mercado imobiliário.

Desta feita, verifica-se que, a despeito dos contratos firmados individualmente com os adquirentes precisarem observar as normas de proteção ao consumidor, não podem ignorar as consequências referentes à totalidade do empreendimento, o que envolve o interesse de um grupo de indivíduos também caracterizados pela relação de consumo, razão pela qual faz-se necessária uma ponderação de valores nas situações que envolvem as obrigações decorrentes do contrato de incorporação

4. ANÁLISE DOS EFEITOS DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 543 E O

⁵⁹ MENIN, Rubens. Distratos: a busca do equilíbrio. **Revista do SFI**, S/i, v. 44, n. /, p.26-28, jul. 2016. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/artigos/2016/07/19/distratos-busca-do-equilibrio/>>. Acesso em: 05 maio 2018.

INTERESSE DOS DEMAIS ADQUIRENTES DO EMPREENDIMENTO COM BASE NA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO

Desta feita, ante as inconsistências identificadas nos precedentes que originaram a Súmula 543 com a forma como esta vem sendo aplicada rotineiramente, revela-se importante uma análise axiológica a respeito do interesses envolvidos no negócio, dentre os quais destaca-se o dos demais adquirentes – também consumidores – tendo como base o preceitos da função social do contrato, para justifica a relevância dos interesses destes em relação à extinção de um contrato ao qual sequer fizeram parte diretamente.

4.1 A obrigatoriedade dos contratos de promessa de compra e venda no âmbito da incorporação e a atuação do poder judiciário sobre esse aspecto

O contrato nada mais é do que o acordo de vontades de indivíduos de interesses distintos que fazem concessões recíprocas em prol de uma determinada finalidade, se obrigando reciprocamente, por meio de um ato volitivo, a realizar determinado negócio jurídico, tendo como fator norteador o princípio da boa-fé objetiva disposto no art. 422 do Código Civil.

Extrai-se desse conceito característica essencial aos contratos que é obrigatoriedade inerente a estes. Nesse sentido, Orlando Gomes⁶⁰ elenca, dentre os princípios norteadores do vínculo contratual, o da *força obrigatória*, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes, através da restrição voluntária da liberdade destas em prol de um objetivo, tendo como consequência a irretratabilidade do que fora previamente acordado.

Contudo, apesar de não se questionar o caráter vinculante dos contratos, sabe-se que este pode ser relativizado por determinadas razões, as quais podem ocorrer de forma originária – desde a firmação do contrato – ou superveniente e legitimam a alteração ou até mesmo a extinção do contrato de forma contrária ao que havia sido disposto originalmente nas cláusulas contratuais.

No que tange às questões supervenientes, merece ênfase a teoria da imprevisão, a qual, de acordo com o preceitos trazidos por Caio Mário da Silva⁶¹, tem sua origem na

⁶⁰ Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009, 38 p.

⁶¹ PEREIRA e Silva, Caio Mário. 01/2017, Instituições de Direito Civil, Vol. III – Contratos, 21ª Edição, Forense. Disponível em: Unifor Online. Acesso em 05 de maio de 2018.

cláusula da *rebus sic stantibus*⁶², que justifica a flexibilização da obrigatoriedade dos contratos nas hipóteses em que, devido a fatores externos e imprevisíveis, há uma alteração fática considerável na realidade de um dos sujeitos, que torna a obrigação original demasiadamente sacrificante, causando o desequilíbrio contratual.

Outro não foi entendimento consubstanciado pelo Código Civil de 2002, o qual em seus artigos 478 a 480 dispõe acerca da resolução por onerosidade excessiva, configurada nos casos em que, na esfera dos contratos de execução continuada, a prestação de uma das partes se torne demasiadamente pesada, ao passo em que a outra parte fica em extrema vantagem. O dispositivo é claro em adotar a referida teoria, dispondo quanto à necessidade da onerosidade excessiva ser consequência de fatores extraordinários e imprevisíveis.

Esta teoria é a que mais se aproxima da argumentação utilizada pelo poder judiciário para flexibilizar o caráter irrevogável dos contratos de promessa de compra e venda realizados no âmbito da incorporação imobiliária, tendo sido o argumento adotado no Resp 132.903-SP e no Resp. 109.331-SP, ambos de relatoria do Min. Ruy Rosado analisados no tópico 3.2 deste trabalho.

Isto porque os referidos julgados, os quais foram reproduzidos por diversos outros após terem sido a tese vitoriosa no EResp 59.870, legitimam a dissolução prematura do contrato por parte do adquirente que não mais dispõe de condições financeiras de adimplir as parcelas em razão da alteração na base contratual do negócio. Na ocasião do Resp. 109.331-SP, por exemplo, decorrente da mudança do plano econômico vigente à época, o que havia tornado as parcelas, anteriormente acordadas, demasiadamente onerosas aos consumidor.

Contudo, apesar dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça versarem, notadamente, sobre casos de alteração na base contratual do contrato o que justifica a aplicação da resolução por onerosidade excessiva, esse entendimento tem sido expandido pelos demais julgadores, os quais, muitas vezes, sequer tem a cautela de delimitar se a

⁶² A cláusula *rebus sic stantibus* teve sua origem na idade média e surgiu como uma medida necessária aos contratos de execução diferida, tendo em vista que, em razão do decurso do tempo, acontecia da realidade de dado momento não mais corresponder com àquela na época em que o negócio foi realizado. Trata-se de uma cláusula implícita presente nos contratos dessa natureza, segundo a qual, nas palavras de Caio Mário: *os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientais se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração.* (CF. Ibid., 2017. Disponível em: Unifor Online. Acesso em 05 de maio de 2018.)

situação se enquadra em hipótese *resolução*, *resilição* ou *rescisão*⁶³, sendo frequente a utilização de todos esses termos de forma indistinta.

Observa-se que os Tribunais, ao proferirem suas decisões com base nos precedentes do STJ, não têm se preocupado em analisar as causas que motivaram o pedido de dissolução contratual por parte dos adquirentes, não importando se foi a ocorrência de desemprego superveniente, a alteração do plano econômico adotado pelo país ou a perda do interesse do empreendimento, de modo que todas essas hipóteses vêm sendo resolvidas com base na súmula 543 do referido Tribunal Superior⁶⁴, ora compreendida como *resolução*, ora como *resilição* ou *rescisão*.

Assim, em todas as hipóteses de pedido de dissolução pelo adquirente, tem-se entendido a possibilidade de extinção prematura do contrato requerida pelo consumidor, com a restituição imediata dos valores pagos por este, variando apenas na porcentagem da quantia a ser devolvida, a qual transita, em média, de 10% a 25%, não ultrapassando os 30%.

A verdade é que, na esfera dos contratos de promessa de compra e venda de unidades na planta, em razão da existência da relação de consumo, a discussão circunda predominantemente sob a égide da regulamentação do direito consumerista, com notória atenção aos interesses do adquirente, que, ao se enquadrar na condição de consumidor, já tem como presumida sua hipossuficiência.

Nesse sentido, verifica-se que possibilidade de alteração do contrato trazida pelo art. 6º, inciso V⁶⁵, do Código de Defesa do Consumidor, possui disposição bem mais branda daquela adotada pelo Código Civil, não exigindo a imprevisibilidade do fato superveniente causador do desequilíbrio, nem tampouco o benefício exacerbado da outra parte em função disto, o que pode ser considerado como uma mitigação da teoria da imprevisão.

⁶³ Orlando Gomes traz em sua doutrina a distinção desses institutos, de modo que: i) a *resolução* ocorre nos casos em que há inexecução por uma das partes, podendo ser voluntária, involuntária ou por onerosidade excessiva; ii) a *resilição* decorre da mera manifestação de vontade dos contratantes, podendo ser bilateral ou unilateral, esta última de forma excepcional e iii) *rescisão*, a qual, apesar de ser utilizada ora como *resolução*, ora como *resilição*, deve ser compreendida como um modo de extinção específico para determinadas modalidades contratuais. (CF. Gomes, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro, Forense, 2009, pp. 204/227)

⁶⁴ *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.* (C.F: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015)

⁶⁵ Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Para Paulo Lobo⁶⁶, o referido dispositivo do diploma consumerista é o que melhor resgata a inteligência da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que encara a onerosidade excessiva como um fator objetivo que independe da imprevisão ou excepcionalidade, diferentemente do que prevê a Teoria da Imprevisão adotada pelo Código Civil, a qual, segundo entendimento do referido autor, limita a cláusula medieval.

No Resp 26.8661-RJ de Relatoria da Min. Nancy Andrighi⁶⁷, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou no sentido de que, no âmbito da relação de consumo, o poder de alteração contratual por parte do consumidor deve ser encarado de forma objetiva, bastando a ocorrência de onerosidade excessiva pela parte hipossuficiente para que aplique a *rebus sic stantibus*.

Essa dispensa do caráter extraordinário e imprevisível do acontecimento para que ele mereça tutela especial do ordenamento, somada à inversão do ônus da prova em benefício do consumidor deferida de forma presumida e absoluta, coloca em segundo plano a análise aprofundada pelo poder judiciário acerca dos motivos que resultaram no pedido de dissolução contratual, vez que, em razão do primeiro ponto, basta a demonstração de problemas financeiros contraídos em momento posterior ao contrato e, por consequência do segundo, não se exige a comprovação efetiva dessa dificuldade financeira adquirida e, muito menos, a comprovação da superveniência desta.

Como consequência desse contexto apresentado, tem-se que os tribunais em geral têm analisado, de forma cada vez mais objetiva, os casos de rescisão contratual de promessa de compra e venda realizados no âmbito da incorporação, seja pela pacificação da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, seja pela previsão especial trazida pelo Código de Defesa do Consumidor que atenua a Teoria da Imprevisão, tornado prescindível a análise aprofundada dos motivos apresentados por aquele que alega a onerosidade excessiva.

Tal fato se agrava em razão da aplicação da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a apreciação de fatos por parte do referido tribunal. Ou seja, nos casos em que os tribunais de primeiro e segundo grau se limitam a aplicar a súmula 543 para justificar,

⁶⁶ LOBO Paulo, 2017, Direito Civil – Contratos, 3ª edição, Editora Saraiva. Disponível em: Unifor Online. Acesso em 08 de maio de 2018.

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. nº 26.8661-RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 24 set. 2001. Em seu voto a Ministra Relatora, seguida pelos Min. Antônio de Pádua Ribeiro e Min. Carlos Alberto Menezes, se manifestou no sentido de: “A aplicabilidade do artigo 6, inciso V, do CDC dependerá apenas da ocorrência de fato posterior que cause, objetivamente, excessiva onerosidade ao consumidor.” (C.F: Ibid., 2001, 06 p.)

de forma indistinta, a extinção dos contratos independentemente de ter sido, realmente, demonstrada a ocorrência de relevante alteração na base contratual, os Tribunais Superiores não tem sequer condições de afastar a aplicação desse entendimento devido ao impedimento de análise fática que lhes é imposto.

Nesse sentido, tendo em vista justamente essa limitação do Superior Tribunal e Justiça quanto ao julgamento de matéria de fato, questiona-se a consolidação nessa instância de um entendimento acerca da matéria da dissolução de contrato de forma tão abrangente como vêm sendo interpretada pelos demais tribunais, mormente, quando se trata de negócio jurídico realizado dentro de um universo tão complexo como o da incorporação imobiliária.

Esse questionamento aliás foi trazido no âmbito do EAg nº 1.138.183 – PE⁶⁸, de relatoria do Min. Sidnei Beneti, onde se discutia a porcentagem a ser retida por parte da incorporadora no caso em que já tivesse havido fruição do bem por parte do comprador inadimplente, confrontando tal situação com o valor de 25% fixado no Resp 59.870, de relatoria do Min. Barros Monteiro.

Na ocasião, o ministro defendeu que o percentual outrora fixado pelo STJ não deveria ser aplicado, indistintamente, em todos os casos de rescisão contratual na esfera da incorporação imobiliária, devendo, segundo seu entendimento, haver uma margem de discricionariedade concedida ao julgador, para que este firme seu convencimento de acordo com as peculiaridades do caso, tendo em vista que a retenção não visa apenas indenizar quebra contratual, mas também reparar eventual desgaste do imóvel e restituir despesas tidas pela vendedora.

Assim, em seu voto, ao mencionar as inúmeras circunstâncias que devem ser analisadas, as quais variam de caso a caso, o Min. Villas Boas⁶⁹ preceituou:

Referidas circunstâncias oscilam dependendo de cada caso concreto e devem ser consideradas para efeito de estabelecimento do valor a ser retido. Daí porque entendo que o engessamento das instâncias ordinárias, com a imposição de percentual único, fixo para toda e qualquer hipótese, ao invés de prestigiar o tratamento isonômico das partes, vai acabar propagando injustiças ao tratar igualmente casos que apresentam peculiaridades que os diferenciam.

Observa-se que, na realidade, a incorporação imobiliária por si já possui uma complexidade que exige a análise caso a caso, mormente, quando se trata da dissolução dessa

⁶⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg nº 1138183 / PE. Segunda Seção. Relator: Min. Sidnei Beneti. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 04 out. 2012.

⁶⁹ Ibid., 2012, 15 p.

espécie contratual. Isto porque, ainda que só consideradas as hipóteses em que a quebra se dá por culpa do inadimplente, esta pode ocorrer por diversas razões, como a insuficiência financeira posterior suficiente a apresentar óbice à continuidade do negócio, o mero arrependimento por parte do adquirente ou até mesmo devido ao fato do contrato ter sido firmado unicamente como fonte de investimento.

Além disso, o impacto da extinção prematura do vínculo entre promissário comprador e promitente vendedor também varia de acordo com o estágio em que a obra se encontra, com a localização do empreendimento, com existência ou não de financiamento bancário, com o tipo de financiamento bancário nos casos em que há, com as efetivas despesas realizadas pelo incorporador etc...

Como contemplar todos essas peculiaridades em um único entendimento consolidado? E principalmente, como pode um posicionamento tão limitador nesse contexto partir de um tribunal que sequer tem condições de adentrar, de fato, na discussão sobre os fatos e na análise das provas da demanda?

É importante destacar que a crítica não é diretamente acerca da possibilidade do Superior Tribunal de Justiça se posicionar ou não em casos de rescisão de contratos firmados no âmbito da incorporação, mas sim a amplitude da matéria que pode ser pacificada por este tribunal, bem como a interpretação extensiva e aplicação objetiva que vem sendo dado a esse entendimento pelos tribunais inferiores.

Quanto à possibilidade de dissolução unilateral do contrato por parte do adquirente, sabe-se que o próprio direito tutela situações excepcionais em que se admite tal feito, as quais podem vir a ser aplicadas, desde que presentes os requisitos necessários, o que torna necessária a análise cautelosa do caso para aplicação da norma ou de precedentes nesse sentido.

Assim, utilizando novamente o Resp nº 59.870 como fonte paradigmática, tem-se que este foi julgado com base na realidade de determinado caso, qual seja, a impossibilidade de continuidade do negócio por parte do consumidor que não mais dispõe de condições financeiras devido à alteração da base do contrato ocasionada pela alteração do plano econômico do país. Logo, o entendimento aí consolidado deve se ater à esfera fática compatível com esse julgado.

Não há porque induzir a partir daí que, em qualquer caso, o consumidor pode requerer a dissolução do contrato recebendo o mesmo tratamento, inclusive com o mesmo percentual outrora determinado, visto que nem sempre haverá hipótese de onerosidade excessiva, ainda que encarada da forma que preceitua o Código de Defesa do Consumidor.

Já em relação ao entendimento em relação ao percentual e ao momento em que este deve se realizar, é difícil compreender como um Tribunal que não tem alcance da realidade dos fatos e, portanto, dos efeitos que aquilo gerará no universo de cada empreendimento poderá fixar um único entendimento que seja aplicado em todos os casos de forma indistinta sem ferir o princípio da justiça e da equidade.

A verdade é que firmar um contrato a longo prazo de grande vulto como é o caso da promessa de compra e venda de um imóvel na planta é um negócio que exige responsabilidade de ambas as partes, não podendo ser encarada de forma banal. Do mesmo modo não pode ser encarada a dissolução do vínculo contratual dessa natureza, tendo em vista que os efeitos gerados desse ato não refletem unicamente no empresário, mas também em todos os demais consumidores envolvidos no empreendimento, não podendo a matéria ser analisada objetivamente, sem atenção às peculiaridades de cada caso.

4.2 Ponderação entre os interesses envolvidos no empreendimento imobiliário objeto da incorporação

Conforme extrai-se da definição de incorporação imobiliária, nota-se que a atividade envolve, concomitantemente, interesses distintos que unidos levam a um mesmo resultado: a construção de um único empreendimento com unidades autônomas entre si. Esse alinhamento de vontades, entretanto, merece ser analisado detidamente, tendo em vista que, uma vez que confrontados, algum terá que ser atenuado em prol do outro para a solução do litígio.

Além da clássica contraposição existente entre o vendedor – aquele que exerce a atividade e obtém lucro sobre isso - e o comprador – o que adimple a contraprestação necessária para desfrutar do resultado do negócio, no caso, a aquisição da propriedade de uma unidade, tem-se o conflito do interesse particular firmado através de cada contrato de promessa de compra e venda com o interesse coletivo levando em consideração o conglomerado de promessas firmadas dentro do contrato de incorporação imobiliária em si.

Em outras palavras, apesar da alienação das unidades se dar de forma autônoma com cada adquirente, cada um desses contratos individuais faz parte de uma totalidade, que é o contrato de incorporação em si, dentro do qual tem-se o compromisso de construir o empreendimento que dará origem às inúmeras propriedades que foram prometidas individualmente.

Nesse aspecto, não se pode deixar de reiterar o caráter autossuficiente inerente ao negócio, segundo o qual o dinheiro proveniente dos promissários compradores é o responsável pela viabilidade da obra, de modo que um depende do outro: sem o pagamento, não é possível a concretização saudável do empreendimento, ao passo em que sem o prosseguimento regular da obra, cessam os pagamentos dos adquirentes.

Assim, a extinção prematura de um dos contratos de promessa de compra e venda interfere diretamente no fluxo de caixa da obra, de modo que, se multiplicada a quantidade de dissoluções, tal feito pode por em xeque a própria viabilidade do negócio, o que, além de prejudicar o incorporador, atinge os demais consumidores que vinham pagando o imóvel na expectativa de gozar do bem dentro de determinado prazo.

Assim, nas hipóteses em que essa quebra contratual parte dos adquirentes sem que tenha havido qualquer contribuição do incorporador que justifique essa pretensão, o tratamento dado ao caso merece cautela especial, tendo em vista que de um lado se tem, via de regra, um consumidor, o qual recebe proteção especial do Estado, ao passo que de outro existe não só o fornecedor, mas também os demais adquirentes, os quais, em sua maioria, também se enquadram na condição de consumidores.

No âmbito da relação entre o consumidor e o incorporador, através de uma primeira análise estritamente contratual, sabe-se que vigora a força normativa dos contratos, decorrente da autonomia privada, segundo a qual os contratantes, a partir da liberdade que possuem para contratar, vinculam-se às obrigações originadas pelo negócio jurídico.

Por autonomia privada, entende-se o poder de autodeterminação dos contratantes, pautados na liberdade que dispõem. Segundo extrai-se dos ensinamentos de Francisco dos Santos Amaral Neto⁷⁰, trata-se de princípio fundamental do Direito Privado, pelo qual os

⁷⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Projeto do Código Civil: Autonomia Privada. **Revista Cej**, S/i, v. 3, n. /, p.25-30, set. 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>>. Acesso em: 08 maio 2018.

particulares gozam de poder de criar, transformar ou dissolver realidades jurídicas, regulando-as e atribuindo-lhes efeitos normativos.

À despeito dos pensamentos divergentes⁷¹, entende-se que a autonomia privada, ainda que não contenha previsão expressa constitucional, encontra-se abrangida pela atual Constituição Federal Brasileira, vez que esta tutela diversos princípios cujos fundamento repousam, essencialmente, na autonomia privada.

Assim, defende Wilson Steinmetz⁷² a existência de proteção constitucional ao princípio da autonomia privada, visto que este está presente na matriz de inúmeros outros princípios tutelados pela Constituição, como o direito geral de liberdade (art.5º, caput, CF), o princípio da livre iniciativa (art.1º, IV e art. 170, caput, CF), o direito de convenção ou de acordo coletivo (art. 7º, XXVI, CF), etc...

Logo, nas palavras do referido autor:

Se todos esses princípios e direitos constitucionais mencionados contêm um conteúdo básico de autodeterminação e autovinculação da pessoa, então a autonomia privada – que é um poder geral de autodeterminação e de autovinculação – também é constitucionalmente protegida ou tutelada.

Contudo, não se nega que o ordenamento brasileiro vive, atualmente, a realidade da constitucionalização das relações privadas, as quais não mais se legitimam unicamente pelo exercício da vontade individual. A interferência das normas de ordem pública e de relevante interesse social sobre as normas privadas é uma consequência do Estado Social existente no Brasil, no qual se busca limitar o poder dos particulares com o fito de evitar abusos e proporcionar o equilíbrio das relações.

Conforme contextualização feita por Flavio Meirelles Vettori⁷³, antes mesmo da Constituição de 1988 já se observava a descentralização do direito em relação ao Direito Civil através do surgimento de microssistemas protetivos, como o do inquilinato, da família, dos próprios contratos imobiliários, entre outro, tendo continuado esse movimento após a

⁷¹ Paulo Lobo, ao dispor acerca da Constitucionalização do Contrato, defende que a autonomia privada não possui natureza de direito fundamental, uma vez que não está prevista na Constituição Federal de 1988, razão pela qual o referido autor acredita que, em caso de colisão entre aquela e alguma princípio constitucional não é o caso sequer de ponderação, devendo sempre prevalecer o segundo. (C.F LOBO Paulo, 2017, Direito Civil – Contratos, 3ª Edição 3rd edição, Editora Saraiva, Disponível em Unifor Online, acesso em 11 de maio de 2018)

⁷² STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Maleheiros Editora, 2004.200 p.

⁷³ VETTORI, Flavio Meirelles. **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**. S/I. 12 f. Especialização em Direito Civil e Processo Civil, Fundação Aprender, Varginha, 2014. Disponível em: <<http://blog.newtonpauva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D10-08.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2018.

promulgação da atual Lei Maior, com advento, por exemplo, do Código de Defesa do Consumidor.

Assim, ainda dentro da análise da relação estabelecida entre o promitente vendedor e o promissário comprador, constata-se que, se de um lado existe a autonomia privada, do outro não pode ser ignorada a tutela especial dada ao consumidor através do texto constitucional, que dispõe sobre a matéria nos art.5º, XXXII⁷⁴ e no art. 170, V⁷⁵, elegendo a defesa do consumidor como um dos seus objetivos.

A interferência do Estado nessa área, como já abordado no tópico 2.3 deste trabalho, é consequência do entendimento firmado acerca da hipossuficiência do consumidor que o coloca em uma posição de vulnerabilidade e, portanto, demanda de tutela do poder público.

Nas palavras de Rizzatto Nunes⁷⁶:

(...) o consumidor não senta à mesa para negociar cláusulas contratuais. Na Verdade, o consumidor vai ao mercado e recebe produtos e serviços postos e ofertados segundo regramentos que o CDC agora pretende controlar, e de forma inteligente”, entendimento o qual legitima a flexibilização do direito privado na esfera das relações de consumo.

Contudo, esse entendimento não deve ser interpretado como um esvaziamento da autonomia privada nas relações de consumo, as quais permanecem sendo caracterizadas pela interação negocial entre particulares, sofrendo uma limitação pelo poder público no ímpeto, estritamente, de serem coibidos abusos por parte dos fornecedores, os quais são os detentores do maior poderio econômico e técnico.

Desta feita, no âmbito da incorporação, o adquirente – ainda que se enquadre na condição de consumidor por ser o destinatário final do imóvel – não deve ter como presumida a preponderância dos seus interesses sobre todos os demais envolvidos no empreendimento, pondo em xeque toda a segurança jurídica do negócio sem que se tenha demonstrado razões que justifiquem essa tutela especial.

⁷⁴ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁷⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor;

⁷⁶ NUNES, Luis Antônio Rizzatto, Curso de direito do consumidor: com exercícios/Rizzatto Nunes – 3. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2008, 05p.

Questiona-se, nesse sentido, qual o direito se busca tutelar ao permitir a livre desistência por parte do consumidor, permitindo que este, mesmo se demonstrar a onerosidade excessiva, se desvincule da obrigação sem ser afetado pela cláusula penal previa e livremente estabelecida?⁷⁷ Da mesma forma, qual abuso almeja-se evitar com a determinação de restituição imediata em parcela única do valor atualizado ao consumidor, quando este veio pagando o montante de forma diluída no decorrer dos meses?

É interessante destacar que sequer a doutrina defensora dos direitos humanos nos direitos civis atribuiu tamanha rigidez à interpretação dada ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor, que veda a perda total das parcelas. Diferentemente do que fora consolidado entre os tribunais – que fixaram um percentual que varia entre um pequeno intervalo independentemente da realidade do caso concreto – destaca-se o posicionamento de Rizzato⁷⁸ ao tecer comentários acerca do referido dispositivo legal, no qual ele afirma que o intuito do art. 53 é coibir a vantagem excessiva do fornecedor em detrimento do consumidor, evitando a demasiada desproporção entre as partes:

Nesse sentido, exemplifica o autor⁷⁹: “é razoável a cláusula contratual que estipula que, se o consumidor pagou 10% do preço, perde 90%; se pagou 20%, perde 80%, e assim por diante.” Ora independentemente da eficácia do exemplo utilizado, o que se observa é que Rizzato propões uma aplicação do art. 53, do CDC, de forma ponderada e distinta conforme a realidade do caso e não uma aplicação genérica e unificada para todos os casos em que haja relação de consumo.

Antônio Raposo Subtil⁸⁰, ao discorrer sobre a intervenção judicial nos contratos, pondera que, atualmente, não é cabível interpretar os negócios jurídicos com base, exclusivamente, na manifestação das partes, devendo ser levados em consideração outros critérios, como os aspectos sociais e econômicos envolvidos, ressaltando, contudo, a existência de limites dessa interferência do poder judiciário, a qual deve ser feita com base tanto nos princípios jurídicos quanto no progresso da sociedade e nos direitos fundamentais.

⁷⁷ Nesse sentido, reitera-se o assunto abordado no tópico 3.1 deste trabalho, em relação ao direito de arrependimento por parte do consumidor, o qual, conforme defendido por Caio Mário, é incompatível com o instituto da incorporação imobiliária. (C. F: PEREIRA, Caio Mário da Silva. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 712/1995, p.102-111, fev. 1995. p. 04. Disponível em Unifor Online, 102/111p.)

⁷⁸ NUNES, Luiz Antônio Rizzato, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direito material (arts. 1º a 54)/Luiz Antonio Rizzato Nunes – São Paulo: Saraiva, 2000. 609 p.

⁷⁹ *Ibid.*, 2000, 609p.

⁸⁰ SUBTIL, Antonio Raposo. *O Contrato e Intervenção do Juiz*. Porto: Vida Econômica, 2012., 68p.

Assim, ainda que se preze pela unificação do entendimento entre os Tribunais, isto não pode dizimar a análise judicial caso a caso, notadamente quando se diz respeito a um instituto de demasiada complexidade, cujas realidades se alteram de acordo com o empreendimento a que se refere, devendo, em cada situação, ser realizada a ponderação entre o princípio da autonomia privada, a proteção do consumidor contra abusos em razão da sua hipossuficiência e, não menos importante, os efeitos daquela decisão sobre o empreendimento em si, visto que isto implica no interesse de dezenas ou até centenas de consumidores que configuram naquela relação como terceiros que virão a ser diretamente afetados.

Com isso, adentra-se em uma seara ainda mais delicada, a qual vem despertando discussões recentes sobre o assunto, tendo em vista a necessidade de sopesamento de interesse, desta vez, em relação aos demais consumidores que estão envolvidos no empreendimento objeto da incorporação imobiliária através de contratos de promessa de compra e venda distintos, mas que integram conjuntamente o mesmo contrato de incorporação imobiliária.

Isto porque os efeitos sobre o fluxo de caixa da obra, ao ameaçar a viabilidade do negócio ou pôr em risco a entrega dentro do prazo do imóvel, afeta os direitos dos terceiros que permanecem adimplindo suas prestações e, conseqüentemente, nutrem a expectativa de gozar do bem nos termos em que foi pactuado originalmente.

Nesse sentido, tendo em vista a delicadeza do assunto, este merece um tópico próprio para análise desse conflito de interesses, tendo como base a função social do contrato, a qual, neste trabalho, vai ser utilizada tendo como parâmetro a relação entre os próprios consumidores inseridos em contextos distintos do mesmo negócio.

4.3 O conflito entre os precedentes jurisprudenciais sobre dissolução do contrato por culpa do promissário comprador e os interesses dos consumidores adimplentes com base na função social do contrato

A evolução do direito, conforme abordado no tópico anterior, resultou na limitação da autonomia privada, a qual, ainda que fortemente presente nas relações negociais, encontra-se adstrita aos preceitos legais e até morais que devem reger as relações estabelecidas entre os indivíduos, os quais têm como inerente à dignidade humana, cláusula geral constitucional, que deve ser preservada no âmbito privado.

Dentre os limitadores da liberdade individual no plano das relações obrigacionais, merece destaque a função social do contrato, instituto previsto expressamente no Código Civil de 2002⁸¹, segundo a qual, conforme sintetiza Gustavo Tepedino⁸², atribui-se ao contrato a necessidade das partes de observar, além dos seus próprios interesses, aqueles de relevância social atingidos pelo negócio jurídico ainda que não diretamente ligados a ele.

É interessante observar que, a priori, esse entendimento acarretado pela função social do contrato vai de encontro a um dos princípios basilares do contrato que é o da *relatividade*, segundo o qual o vínculo estabelecido entre os contratantes só gera efeitos a eles, não atingindo pessoas estranhas ao contrato. Em relação ao referido princípio, Caio Mário da Silva⁸³, ao fazer menção ao brocardo “*res inter alios acta aliis nec nocere nec prodesse potest*”, dispõe que este limita o efeito obrigatório do acordo de vontades àqueles que lhe deram origem.

Isto porque a função social do contrato, conforme extrai-se dos ensinamentos de Rodrigo Garcia da Fonseca⁸⁴, quando referente ao seu aspecto externo, implica na atenção dada aos efeitos decorrentes do contrato em relação às pessoas não envolvidas diretamente no negócio jurídico, mas que, de alguma forma, tiveram seus interesses afetados por ele ou que, por alguma razão, possam vir a interferir na relação firmada entre os contratantes, em ambos os casos, podendo ocasionar benefícios ou prejuízos.

Logo, nas palavras da mencionada autora⁸⁵, a função social do contrato “relativiza a relatividade” inerente aos contratos. Pode-se dizer, portanto, que a funcionalização do contrato representa importante aspecto desse busca contemporânea pela “humanização” das relações privadas, as quais, apesar de prezarem pelo exercício da autonomia privada, criam limites a esta naquilo que fere a boa-fé.

Observa-se que, ao reconhecer a função social do contrato, o ordenamento está reconhecendo que os contratantes ao firmarem um negócio eles não assumem responsabilidades somente entre si, mas sim em relação aos efeitos que podem ser gerados a

⁸¹ Art. 421. *A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.*

⁸² TEPEDINO, Gustavo. A função social nas relações patrimoniais. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al.]; autores: Aline de Miranda Ververde Terra...[et al.] *Direito Civil*– Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. 452p.; 23cm. – (Direito UERJ/coordenação: Carlos Eduardo Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro; 2), 255p.

⁸³ PEREIRA e Silva, Caio Mário. 01/2017, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III – Contratos, 21ª Edição, Forense. Disponível em: Unifor Online. Acesso em 12 de maio de 2018.

⁸⁴ FONSECA, Rodrigo Garcia da, *A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil/Rodrigo Garcia da Fonseca* – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. 39 p.

⁸⁵ *Ibidem.*, 2007, 48 p.

partir daquele contrato, os quais podem vir a afetar terceiros alheios aos contratantes.

Portanto, a função social do contrato obrigou o direito a enxergar aquilo que na prática sempre existiu, ou seja, vislumbrar e, principalmente, tutelar interesses que não foram contextualizados de forma voluntária, mas que por alguma razão, de forma indireta, tem capacidade de atingir e/ou ser atingido pelo pacto de vontade de pessoas diversas.

Assim, tendo como pressuposto a função social do contrato, bem como os efeitos da aplicação desta no âmbito das relações privadas, passa-se a analisa-la na esfera dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta firmado entre promissário comprador e promitente vendedor.

Chalhub⁸⁶, ao mencionar a função social do contrato nessa seara, aponta a necessidade de harmonia entre as promessas de compra e venda firmadas no âmbito da incorporação, posto que, além de atender individualmente aos interesses dos adquirentes, elas integram o mesmo cenário, gerando efeitos de forma interligada, as quais podem ser em sentido positivo, ao prover os recursos necessários à obra que contempla todas as unidades ou, por outro lado negativo, quando a inexecução de uma parcela afeta a viabilidade de todo o negócio.

Destaca-se, ainda, a relevância de uma característica peculiar desses contratos, decorrente da complexidade da própria atividade, que é a formação de inúmeros contratos autônomos entre si, mas que por integrarem uma mesma realidade, encontram-se interligados, recebendo a denominação de “contratos conexos” ou por alguns “contratos coligados”.

Segundo preleciona Arnaldo Wald⁸⁷, essa modalidade contratual pode ser formada entre contratos independentes entre si ou entre um principal e um acessório, cuja importância é o fato de que o inadimplemento de um reflete, conseqüentemente, no outro, visto que este integram uma “unidade econômica”. Desta feita, ainda que eles sejam autônomos, ele possuem entre si uma ligação que faz com que a dissolução de um gere efeitos na continuidade do outro.

⁸⁶CHALHUB, Melhim. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO CONTEXTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS EFEITOS DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, S/i, v. 07, n. /, p.147-183, abr. 2016. Disponível em Unifor Online. 10p.

⁸⁷ WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos/Arnaldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, 190p.

Na seara da incorporação imobiliária, onde os contratos de promessa de compra e venda tem como objeto a fração ideal de um mesmo empreendimento, cuja entrega, vale ressaltar, só ocorrerá a longo ou médio prazo, torna-se notória a conexão entre eles, uma vez que, apesar de não existir dependência direta, o inadimplemento de parcela dos adquirentes, ao prejudicar o andamento do negócio, afeta o interesse dos demais que estão cumprindo suas respectivas obrigações na expectativa de disporem da unidade adquirida a qual integra a totalidade do empreendimento.

Em outras palavras, a adoção de medidas que visem apenas o interesse do consumidor inadimplente ou desistente em detrimento do negócio jurídico em si não implica em prejuízo apenas ao incorporador, mas também aos outros adquirentes, os quais também se enquadram, via de regra, na condição de consumidores. Isto porque a demasiada afetação do fluxo de caixa da obra, quando não feita dentro dos limites da razoabilidade, leva à inviabilidade da obra, o que vai de encontro aos interesses do fornecedor e, evidentemente, dos outros consumidores envolvidos naquele empreendimento.

Frisa-se que a aplicação da função social do contrato para solucionar imbróglios jurídicos não é algo raro ou inusitado. A título de exemplo, utiliza-se o Resp.187.940-SP⁸⁸, de relatoria do Min. Ruy Rosado, o qual, curiosamente, refere-se a uma situação ocasionada no âmbito da incorporação, contudo envolvendo não apenas adquirente e incorporador, mas também a instituição financeira envolvida no negócio.

Em sede do referido recurso, o Superior Tribunal de Justiça se utilizou, ainda que indiretamente, da aplicação da função social do contrato para justificar a desconstituição de uma hipoteca firmada através do contrato de financiamento firmado, exclusivamente, entre incorporadora- agente financeiro.

Na ocasião, o relator Min. Ruy Rosado destacou que o financiamento concedido pelo banco tinha como finalidade, exclusivamente, viabilizar a concretização da obra, de modo que estava envolvida no negócio e, portanto ter ciência de que as unidades construídas seriam alienadas, razão pela qual as regras da hipoteca não se aplicariam ao caso, em proteção aos interesses dos terceiros que, ainda que não tivessem firmado o negócio financeiro, estariam sendo afetados por ele.

⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 187.940. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, DF. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 15 maio 2018.

Esta, inquestionavelmente, é uma situação em que foi observada a função social do contrato para o deslinde do caso, empregando uma análise mais realista e preocupada com as peculiaridades do caso, não aceitando, portanto, a mera alegação de ausência de vício no contrato de financiamento para justificar a sua plena eficácia. Entendeu-se que para analisar o contrato firmado entre incorporadora-instituição financeira teria que levar em consideração os efeitos ocasionados a terceiro, notadamente porque todos integravam o mesmo negócio.

Lógica semelhante à utilizada no Resp.187.940-SP pode ser empregada na análise dos casos em que o consumidor busca a dissolução prematura do negócio, uma vez que, ante à realidade desses contratos no universo da incorporação imobiliária, os tribunais ao interferirem na relação negocial firmada entre adquirente-incorporador deve se atentar para os interesses dos demais adquirentes que podem vir a ser prejudicados em decorrência de medidas desarrazoadas adotadas na esfera dos contratos individuais.

Assim, tem-se que alterar as cláusula previamente pactuadas referente à multa em caso de dissolução do contrato por culpa do adquirente, bem como impor a obrigação daquele pagamento imediato são medidas que demandam cautela quando analisadas com base na função social do contrato em relação aos demais consumidores também envolvidos no negócio.

Contudo, é evidente que não se almeja – e nem se poderia - imputar ao consumidor o risco do negócio, mas também não é razoável imputar ao incorporador a garantia da concretização do negócio em condições que são inviáveis de se operar, tendo em vista que a grande quantidade de desistências do negócio, somada à necessidade de restituição imediata e atualizada criam uma realidade que, em determinados casos, torna inviável a continuidade do negócio.

Com isso, defende-se que devido à complexidade da incorporação imobiliária, os casos de dissolução das promessa de compra e venda firmados no âmbito deste instituo demandam análise específica dos fatos, com a ponderação dos interesses dentro da realidade de cada caso.

Isto porque o consumidor que requer a dissolução do contrato em razão da onerosidade excessiva ocasionada por um desemprego ou por uma doença grave que demandou densos investimentos para o tratamento não merece a mesma tutela daquele que desistiu por perda do interesse do negócio, posto que, se no primeiro caso há motivo relevante

para que não se considere a função social do contrato em relação aos demais adquirente, o mesmo não se identifica na segunda hipótese.

Da mesma forma, merece ponderação a interferência do judiciário ao determinar a restituição imediata. Ora, ainda que o adquirente não disponha mais de condições de pagar e tenha o direito de reaver parcela do valor quitado, não se justifica a exigência de que este pagamento se dê de forma imediata e integral, posto que isso implica, conseqüentemente, na redução dos recursos destinados à obra, o que, quando ocorre de forma frequente, resulta na inviabilidade desta, o que atinge todos aqueles consumidores que estão na expectativa de dispor do bem pelo qual vêm pagando as parcelas mensalmente.

Assim, verifica-se que inúmeros fatores devem ser analisados pelo julgador para que este possa firmar seu convencimento respaldado, efetivamente, no princípio da justiça. Dentre estes, destaca-se as despesas efetivamente despendidas pelo incorporador para aquela venda – taxa de corretagem, encargos com tributos, publicidade, etc – o estágio em que a obra se encontra, somado à quantia efetivamente já paga pelo consumidor, a fim de se estabelecer porcentagem justa correspondente à indenização devida pela desistência.

Evidentemente, tais critérios variam de caso a caso, não podendo ser fixada uma porcentagem genérica em todas as circunstâncias, sob pena de, em determinadas situações, descaracterizar a finalidade da medida, seja de ressarcimento ou de reparação. A título exemplificativo, destaca-se a situação ilustrativa trazida por José Carlos Gama⁸⁹, na qual dois pipoqueiros adquirem unidades imobiliárias no mesmo empreendimento, tendo o primeiro pago um sinal de R\$ 20.000,00, enquanto o segundo pagou como entrada a quantia de R\$ 40.000,00.

Em seguida, ambos pleiteiam a dissolução do contrato, em razão de dificuldades financeiras, de modo que, conforme a jurisprudência que fixa em 10%, no primeiro caso o incorporador irá reter R\$ 2.000,00, enquanto que no segundo irá reter R\$ 4.000,00. Ou seja, o poder judiciário estará punindo, de forma mais severa, aquela que deu uma entrada maior, mesmo que ambos tenham desistido do negócio pela mesma razão, no mesmo período.

⁸⁹ CHALHUB, Melhim. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO CONTEXTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS EFEITOS DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, S/i, v. 07, n. /, p.147-183, abr. 2016. Disponível em Unifor Online.p.04

⁸⁹ IISEMINÁRIO A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2018. (260 min.), color. 226'29''/227'12''. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IJqesmq3fg&t=9400s>>. Acesso em: 26 mai. 2018.

Tais incoerências são consequência dessa conduta protetiva dos tribunais que, visando tutelar os interesses do consumidor e – ao mesmo tempo – atribuir segurança jurídicas às decisões, acaba tratando de forma abstrata um tema que é demasiadamente complexo e demanda, essencialmente, análise fática.

No caso, se é necessário consolidar uma posição a ser seguida pelos tribunais, que essa unificação se dê acerca de critérios objetivos do negócio, fixando, por exemplo, um percentual indenizatório de acordo com a fase em que se encontra o empreendimento ou proporcional ao montante desembolsado pelo consumidor, sem ignorar as despesas efetivamente gastas – devidamente comprovadas – pelo incorporador as quais não devem ser integradas ao percentual indenizatório, por possuir natureza distinta de restituição.

Ademais, quanto à forma de restituição, seria o caso de fixar a restituição em parcelas proporcionais ao tempo em que resta para a finalização do empreendimento ou a alienação do bem a terceiros, o que atenuaria os efeitos ao fluxo de caixa, diminuindo, conseqüentemente, os riscos à viabilidade do negócio.

Logo, por respeito aos interesses dos demais adquirentes, em observância ao princípio da razoabilidade, entende-se que cabe ao juiz competente pela análise do caso ponderar, com base na particularidade de cada caso, o *quantum* e a forma em que deve se dar essa restituição nos casos de dissolução do contrato por culpa do promissário comprador, quando se tratar de negócio inserido na esfera da incorporação imobiliária.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da idiossincrasia da atividade da incorporação imobiliária, a qual fora explorada primordialmente no primeiro capítulo deste trabalho, não se pode ignorar que a incorporação imobiliária gera relações jurídicas que se enquadram e interferem, diretamente, no cenário econômico.

Ora, a segurança jurídica está, intimamente, ligada ao estímulo do próprio negócio, razão pela qual o direito e a economia são ciências que não podem ser vistas de forma independente, priorizando um totalmente em detrimento do outro. Ou seja, a evolução quanto ao reconhecimento da relevância social aos negócios jurídicos – o que de fato é um avanço positivo e louvável – não pode ser aplicado de forma desmedida a ponto de ignorar os efeitos que aquilo pode gerar no empreendimento e, conseqüentemente, nos outros que com ele estão envolvidos.

Contudo, verifica-se que, a partir do conceito trazido pelo que se denominou “constitucionalização do direito privado”, os tribunais, notadamente na figura do Superior Tribunal de Justiça, têm debatido acerca da necessidade de tutela ao consumidor, ante ao caráter de interesse público atribuído a esta condição e a vulnerabilidade deste, normalmente, existente nas relações de consumo. Com isso, a jurisprudência foi trilhando um caminho na busca da pacificação de entendimento acerca de temas referentes à possibilidade de dissolução unilateral do contrato por parte do consumidor, bem como em relação à quantidade a ser restituída e a forma desta restituição, conforme trabalhado no segundo capítulo.

Portanto, diante da coexistência de interesses a serem tutelados, discorreu-se no último capítulo acerca da necessidade de ponderação desses valores, o que só pode ser feito a partir da análise concreta de cada caso, para que, assim, seja possível identificar eventuais abusos que possam vir de ambos os lados, devendo a proporcionalidade ser mantida na realidade.

Entende-se equivocado o entendimento de que o Código de Defesa do Consumidor veio para privilegiar os interesses do consumidor, tolhendo inclusive o debate acerca do caso em face das limitações trazidas pelo referido diploma. Na realidade, conforme foi abordado neste trabalho, a doutrina defende a criação do sistema de proteção ao consumidor como meio de protegê-lo de abusos provenientes do fornecedor, que venham a coloca-los em demasiada desvantagem.

Logo, nas situações em que não existe abuso, não pairam razões que justifique o privilégio destes em detrimento dos demais valores envolvidos no negócio, como a segurança jurídica decorrente dos preceitos da autonomia privada, que protege não só o interesse do fornecedor, mas também dos demais adquirentes-consumidores envolvidos no empreendimento.

Nesse aspecto destacou-se que a crítica não se justifica apenas quando se distancia da aplicação dos critérios sociais ao negócio privado, visto que, com fundamento na própria função social do contrato, repousa também razão para se limitar a aplicação indeliberada da proteção dos interesses de um consumidor, sem que haja preocupação com os efeitos daquela tutela no contexto em que o sujeito está inserido, tendo em vista a necessidade de proteção dos interesses do demais consumidores que, apesar de não fazer parte diretamente da promessa de compra e venda a ser extinta, serão diretamente afetados por aquele ato.

Assim, critica-se neste trabalho, mais do que o teor dos entendimentos firmados pelo Superior Tribunal de Justiça, a forma como eles vêm sendo aplicados pelos tribunais inferiores, posto que aplicam de forma genérica entendimentos que foram firmados no âmbito de determinada realidade, desprezando um aspecto imprescindível ao papel do poder judiciário de primeira e segunda instância que é, justamente, analisar os fatos e provas trazidas aos autos para que possa aplicar o direito adequado àquela realidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Projeto do Código Civil: Autonomia Privada. **Revista Cej**, S/i, v. 3, n. /, p.25-30, set. 1999. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/235/397>>. Acesso em: 08 maio 2018.

AVVAD, Pedro Elias. Direito Imobiliário – 2ª ed. Revista e atualizada – Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.556, 616

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Informativo nº 0302/2006, Superior Tribunal de Justiça, 23 de out – 03 de nov de 2006, **Disponível em:** <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=promessa+compra+e+venda+desistencia+comprador&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO> < Acesso em 22 de maio de 2018

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EResp nº 59.870. Segunda Seção. Relator: Min. Barros Monteiro. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 09 dez. 2002

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg nº 1138183 / PE. Segunda Seção. Relator: Min. Sidnei Beneti. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 04 out. 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 80.036 - SP. Relator: Min. RUY ROSADO DE AGUIAR - QUARTA TURMA. **Diário de Justiça**. Brasília, Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199500608634&dt_publicacao=25-03-1996&cod_tipo_documento=&formato=PDF>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp nº 59.870. Relator: Min. Ari Pargendler. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 07 fev. 2000.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Resp. nº 26.8661-RJ. Terceira Turma. Relator: Min. Nancy Andrighi. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 24 set. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp nº 1300418. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 10.dez.2013

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp nº 132.903-SP. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 19 dez. 1997.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp. nº 109.331-SP. Relator: Min. Ruy Rosado. Brasília. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 31 mar. 1997

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 07. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, 03 jul. 1990

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 187.940. Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 25 de fevereiro de 2005. **Diário Oficial de Justiça**. Brasília, DF. Disponível em:

<<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>. Acesso em: 15 maio 2018

CAMBLER, Everaldo Augusto. Responsabilidade Civil na Incorporação RT, São Paulo, 1998, p.32,636,637

CHALHUB, Melhim. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO CONTEXTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS EFEITOS DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Civil Contemporâneo, S/i, v. 07, n. /, p.147-183, abr. 2016. Disponível em Unifor Online. p.04,10

CHALHUB, Melhim Namem. O CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB A PERSPECTIVA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Revista dos Tribunais**: Revista de Direito Imobiliário, Rio de Janeiro, v. 50/2001, pp.92-135, Jan-Jun. 2001.. Disponível em Unifor Online. Acesso em 22 de abril de 2018. p.22

CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária / Melhim Namem Chalhub. – 4. ed., rev, atual. e ampl. – São Paulo : Forense, 2017. Disponível em Unifor Online. Acesso em 30 de março de 2018. p.08,151,160,192,310

TEPEDINO, Gustavo Edison. A função social nas relações patrimoniais. In: Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho... [et al.]; autores: Aline de Miranda Ververde Terra...[et al.] Direito Civil– Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2015. 452p.; 23cm. – (Direito UERJ/coordenação: Carlos Eduardo Guerra de Moraes, Ricardo Lodi Ribeiro; 2), 255p. FONSECA, Rodrigo Garcia da, A função social do contrato e o alcance do art. 421 do Código Civil/Rodrigo Garcia da Fonseca – Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p.39

FORTUNATO, Graziela et al. Valor da Opção de Abandono em Lançamentos Imobiliários Residenciais Residenciais: Value of the Abandonment Option in Residential Real Estate. **Rac Eletrônica**, Curitiba, v. 2, n. 3, p.531-545, set/dez. 2008..Disponível:https://www.researchgate.net/profile/Luiz_Brandao/publication/26569895_Abandonment_Option_Value_in_Residential_Real_Estate_Presale/links/57572f8e08aef6cbe35f532e/Abandonment-Option-Value-in-Residential-Real-Estate-Presale.pdf pdf>. Acesso em: 02 maio 2018. p.533

Gomes, Orlando. Contratos. Rio de Janeiro, Forense, 2009,P. 38, 204/227, 556

GONÇALVES Roberto, C. 2017, Direito civil brasileiro, v.2 – Contratos e atos unilaterais, 14ª edição. 14th edição, Editora Saraiva, Disponível em Unifor Online <Acesso em 26 abril 2018> 165p.

GHEZZI, Leandro Leal. A incorporação imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 209p.

Informativo nº 0302/2006, Superior Tribunal de Justiça, 23 de out – 03 de nov de 2006, Disponível em:<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=promessa+compra+e+venda+desistencia+comprador&operador=e&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>. Acesso em 22 de maio de 2018

LOBO Paulo, 2017, Direito Civil – Contratos, 3ª edição, Editora Saraiva. Disponível em: Unifor Online. Acesso em 08 de maio de 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – Do diálogo das fontes no combate às cláusulas abusivas. *Revista do Direito do Consumidor*, v.45, pp.71-99, janeiro, 2003. 74p.

MENIN, Rubens. Distratos: a busca do equilíbrio. *Revista do SFI*, S/i, v. 44, n. /, p.26-28, jul. 2016. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/artigos/2016/07/19/distratos-busca-do-equilibrio/>>. Acesso em: 05 maio 2018.

MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo II. Traducción de Santiago Sentis Meledo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1954. 263p.

NUNES, Luis Antônio Rizzato, Curso de direito do consumidor: com exercícios/Rizzato Nunes – 3. Ed. Ver. E atual – São Paulo: Saraiva, 2008, 05p.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor: direto material (arts. 1º a 54)/Luiz Antonio Rizzato Nunes – São Paulo: Saraiva, 2000. P. 605,609

PEREIRA, Caio Mário da Silva. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS. *Revista dos Tribunais*, Brasília, v. 712, n. 0, p.102-111, fev. 1995, p.4, 8

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Condomínio e incorporação: edição atualizada segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro, Forense, 1998, p.231,234, 244, 347

PEREIRA, Caio Mário da Silva, Instituições de Direito Civil – Vol. III – Contratos, 21ª edição. Disponível em Unifor Online. Acesso em 22 de abril de 2018.

RIZZARDO Arnaldo, Condomínio Edifício e incorporação imobiliária - 3 ed - Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 232, 247,460

ROCHA, Mauro Antônio. O REGIME DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - UMA VISÃO CRÍTICA DA LEI. *Revista dos Tribunais*: Revista de Direito Imobiliário, S/I, v. 59, n. S/I, p.153-165, jul-dez 2005. Disponível em Unifor Online. 02 p.

II SEMINÁRIO A Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ. Distrito Federal: Superior Tribunal de Justiça, 2018. (260 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IJqesmqa3fg&t=9400s>>. Acesso em: 29 abr. 2018 146'02"/146'33", 217'30"/218'08", 226'29"/227'12"

STEINMETZ, Wilson. **A vinculação dos particulares a direitos fundamentais**. São Paulo: Maleheiros Editora, 2004.200 p.

SUBTIL, Antonio Raposo. **O Contrato e Intervenção do Juiz**. Porto: Vida Económica, 2012., p.68

TERRA, Marcelo. AS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O ART. 53 DO CDC: The real estate developments and the art. 53 of the CDC. *Revista dos Tribunais Online*: Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 80, p.409-417, jan. 2016. Disponível em Unifor Online. Acesso em: 18 mar. 2018.

VETTORI, Flavio Meirelles. **CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL**. S/I. 12

f. Especialização em Direito Civil e Processo Civil, Fundação Aprender, Varginha, 2014. Disponível em: <<http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2012/08/PDF-D10-08.pdf>>. Acesso em: 12 maio 2018.

VIANA e Silva. M.A. 08/2013, Comentários ao Novo Código Civil – Vol XVI, 4ª Edição, Forense, Disponível em Unifor Online <acesso em 27 de maio de 2018> p.807/808

WALD, Arnaldo. Obrigações e contratos/Arnoldo Wald – 10 ed. Ver. Ampl. E atual de acordo com a Constituição de 1988 e o Código de Consumidor e com a colaboração do Prof. Semy Glanz. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, p.182/187,190,191,522, 525