



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lucas Rocha Mendes

**A redução da pena convencional das promessas de compra e venda
em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018
sob a ótica da análise econômica do direito**

Florianópolis

2022

Lucas Rocha Mendes

**A redução da pena convencional das promessas de compra e venda
em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018
sob a ótica da análise econômica do direito**

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina
para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Rocha Mendes, Lucas

A redução da pena convencional das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018 sob a ótica da análise econômica do direito / Lucas Rocha Mendes ; orientador, Orlando Celso da Silva Neto, 2022.
148 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Direito imobiliário. 3. Incorporação imobiliária. 4. Promessas de compra e venda de imóvel. 5. Cláusula penal. I. Silva Neto, Orlando Celso da . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós Graduação em Direito. III. Título.

Lucas Rocha Mendes

A redução da pena convencional das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018 sob a ótica da análise econômica do direito

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Álvaro Borges de Oliveira, Dr.
Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Prof. Daniel Deggau Bastos, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em Direito.

Prof. Cláudio Macedo de Souza, Dr.
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.
Orientador

Florianópolis, 2022.

À Maria da Glória, minha avó, a quem agradeço pelo amor e pelo carinho recebidos.

AGRADECIMENTOS

Os mais sinceros agradecimentos, pelo apoio incondicional em todos os momentos da minha vida, aos meus pais, Rosana e Humberto, e à minha irmã, Luiza. Obrigado por cada minuto a mim dedicado, cada gesto e cada palavra. Fica o registro, por escrito, do meu amor por vocês.

Ao meu amor, Ana Gabriela, que lutou ao meu lado e que merece verdadeiramente a tranquilidade do fim desse ciclo. Obrigado por ter abdicado do seu tempo e das suas vontades para me apoiar na produção do trabalho. A conclusão do mestrado não teria sido possível sem o seu apoio. Que sorte a minha.

O mestrado é um sonho que me acompanha há muito e que foi estimulado pelos meus amigos e colegas da Menezes Niebuhr. Agradeço aos meus sócios Diogo e Jéssica, por terem cuidado de tudo na minha ausência. Obrigado também ao Matheus, à Maria Luiza, à Victória e à Mariella, profissionais competentes com quem tenho a honra de dividir os dias e cujo esforço me permitiu manter o foco na dissertação. Um especial agradecimento ao Paulo Henrique, que esteve sempre disponível para as demandas do escritório nesse período e, não satisfeito, aceitou o desafio de me auxiliar com a pesquisa.

Ainda no escritório, mas para muito além disso, obrigado ao meu sócio Marcus Vinícius. Há alguns anos, desde o seu convite para trabalharmos juntos, tenho o prazer de aprender com você, de conviver com o seu exemplo acadêmico e de me inspirar para a advocacia. Obrigado pelo apoio desde o dia “zero” do mestrado.

Agradeço ao Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto, meu orientador, pela compreensão, dedicação e disponibilidade para todas as demandas que apresentei. Obrigado pela confiança no meu trabalho e por tudo que tive a oportunidade de aprender durante o mestrado.

Por fim, vale dizer que não produzi esta dissertação sozinho. Desde o pré-projeto (e ainda antes), pude contar com os ensinamentos da minha amiga Bianca Bez. Em todo o tempo, a sabedoria do Ug Cobra e as palavras dele me incentivaram e me fortaleceram (como sempre aconteceu, desde a nossa infância). Quando já considerava finalizado o trabalho (e percebi que não estava), tive a sorte de contar com o apoio do Rodrigo Puel, que há alguns anos tem me ensinado a matemática da boa vida. Obrigado a todos vocês e também àqueles amigos e amigas que de alguma forma me apoiaram durante a caminhada.

RESUMO

ROCHA MENDES, Lucas. **A redução da pena convencional das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018 sob a ótica da análise econômica do direito.** 2022. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

A incorporação imobiliária, introduzida no ordenamento por meio da Lei nº 4.591/1964, oportuniza a alienação de unidades futuras, desde a concepção do empreendimento ou durante o curso de sua edificação. A formalização das incorporações depende da realização de uma série de contratos coligados, entre os quais se encontram as promessas de compra e venda, cujas resoluções por inadimplemento dos adquirentes são objeto central de análise da presente pesquisa. Diante dos posicionamentos da jurisprudência, a extinção das promessas de compra e venda e, conseqüentemente, a liquidação de créditos entre as partes ganharam especial relevância no mercado imobiliário. Nesse contexto sobreveio a Lei nº 13.786/2018, pela qual foram acrescentados novos dispositivos às leis que regem as incorporações imobiliárias. Contudo, apesar do objetivo de conferir segurança jurídica aos negócios imobiliários, a nova lei enfrenta resistência para a sua aplicação. A partir dessa temática, a presente pesquisa se destina a analisar as resoluções das promessas de compra e venda por inadimplemento dos adquirentes e a liquidação de créditos entre as partes contratantes, no âmbito das incorporações imobiliárias, com ênfase para a pena convencional positivada pelo legislador. A hipótese elencada, e confirmada no estudo, diz respeito à viabilidade de redução equitativa da pena convencional nas hipóteses de resolução dos contratos. Diante disso, o objetivo da pesquisa é analisar as conseqüências das revisões contratuais para a segurança jurídica do mercado imobiliário, e apresentar elementos contratuais e legais capazes de parametrizar a redução da pena convencional, de modo a retomar a previsibilidade perquirida pela lei e imprimir maior segurança e estabilidade aos negócios imobiliários. Utiliza-se o método de procedimento monográfico. O método de abordagem empregado é de raciocínio dedutivo, instrumentalizado sob a técnica de pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial. O trabalho é dividido em três capítulos de conteúdo, compostos por: fundamentação e análise econômica da incorporação imobiliária e exame da resolução das promessas de compra e venda; estudo da Lei nº 13.786/2018 e dos seus impactos para o mercado imobiliário; e análise da extinção das promessas de compra e venda sob o enfoque da abordagem neoclássica da economia, para demonstração dos possíveis efeitos da redução equitativa da pena convencional contratada e compreensão de aspectos que poderiam ser observados para esta redução.

Palavras-chave: Direito imobiliário. Incorporação imobiliária. Promessas de compra e venda de imóvel. Cláusula penal. Parametrização de redução.

ABSTRACT

ROCHA MENDES, Lucas. **The reduction of the conventional penalty of promissory agreements in real estate development after Law No. 13,786/2018 from the perspective of Law and Economics.** 2022. Master's thesis (Master in Law) – Postgraduate Program in Law, Center for Legal Sciences, Federal University of Santa Catarina, Florianópolis, 2022.

The real estate development (“*incorporação imobiliária*”), introduced in the legal system through Law nº 4.591/1964, allows the sale of future units, from the conception of the project or during its construction. The formalization of real estate developments depends on a series of related contracts, among which are the promissory agreements, whose breaches by the acquirers are the central object of this research. In view of the jurisprudence positions, the extinction of the promissory agreements and, consequently, the settlement of credits between the parties gained special relevance in the real estate market. In this context, Law No. 13,786/2018 came into being, by which new provisions were added to the laws governing real estate developments. However, despite the objective of providing legal certainty to real estate businesses, the new law faces resistance to its application. Based on this theme, the present research aims to analyze the breach of promissory agreements by the purchasers and the settlement of credits between the contracting parties, in the context of real estate developments, with emphasis on the conventional penalty established by the legislator. The hypothesis listed here, and confirmed in the study, concerns the feasibility of equitably reducing the conventional penalty in cases of contract resolution. Therefore, the objective of the research is to analyze the consequences of contractual revisions for the legal certainty of the real estate market, and to offer contractual and legal elements to parameterizing the reduction of the conventional penalty, in order to resume the predictability sought by the law and provide greater legal security status and stability to the real estate business. The monographic procedure method is used in this thesis. The deductive approach method is adopted, using bibliographic research technique, with normative and jurisprudential research. The work is divided into three content chapters, consisting of: rationale and economic analysis of real estate development and examination of the breach of promissory agreements; study of Law No. 13,786/2018 and its impacts on the real estate market; and analysis of the extinction of promissory agreements from the perspective of the neoclassical approach to economics, in order to demonstrate the possible effects of an equitable reduction of the conventional penalty and understanding of aspects that could be observed for this reduction.

Keywords: Real estate law. Real estate development. Promissory agreements. Penalty clause. Reduction parameterization.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 FUNDAMENTOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO E RESOLUÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES	21
1.1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO.....	21
1.2 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO	31
1.3 PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES, HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E CENÁRIO JURÍDICO SOBRE A RESOLUÇÃO DE TAIS NEGÓCIOS (ANTES DA LEI Nº 13.786/2018)	38
2 LEI Nº 13.786/2018: A LEI DOS “DISTRATOS” E OS SEUS EFEITOS NO MERCADO IMOBILIÁRIO	52
2.1 O CENÁRIO ECONÔMICO E AS EXTINÇÕES DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA NO MERCADO IMOBILIÁRIO PARA O ADVENTO DA LEI	52
2.2 A LEI Nº 13.786/2018 E OS POSSÍVEIS IMPACTOS AO MERCADO IMOBILIÁRIO	58
2.2.1 Os projetos que originaram a Lei, as justificativas do legislador e o trâmite até aprovação	58
2.2.2 Principais destaques da Lei nº 13.786/2018 e as modificações às incorporações imobiliárias	63
2.2.2.1 <i>O quadro-resumo: nova obrigatoriedade formal dos contratos (artigo 35-A)</i>	<i>63</i>
2.2.2.2 <i>Positivização da “cláusula de tolerância” para dilação dos prazos de construção (artigo 43-A)</i>	<i>64</i>
2.2.2.3 <i>Efeitos para as extinções das promessas de compra e venda (artigo 67-A).....</i>	<i>65</i>
2.2.2.3.1 Extinção das promessas de compra e venda por distrato (ou rescisão bilateral)....	66
2.2.2.3.2 Extinção das promessas de compra e venda por inadimplemento do adquirente	67
2.2.2.3.3 Dedução da comissão de corretagem sobre os valores a serem restituídos	69

2.2.2.3.4	Dedução dos valores correspondentes à disponibilização da unidade.....	70
2.2.2.3.5	A “pena convencional” estabelecida.....	72
2.2.2.3.6	Prazos para restituição e índices de atualização dos valores	74
2.2.2.3.7	“Sub-rogação” de direitos e obrigações para evitar deduções sobre os valores a serem restituídos	76
2.2.2.4	<i>Atecias dos dispositivos da Lei nº 13.786/2018 que não devem afetar a segurança jurídica objetivada com a sua promulgação.....</i>	76
2.3	ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA CELEBRADAS NO ÂMBITO DA LEI Nº 13.786/2018	78
2.3.1	Função e natureza da pena convencional	79
2.3.2	Sistema de controle do conteúdo da cláusula penal.....	82
2.3.3	Hipóteses de redução da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil)	84
2.3.4	Aplicabilidade do artigo 413 do Código Civil à pena convencional das promessas de compra e venda celebradas no âmbito da Lei nº 13.786/2018....	87
3	A EXTINÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA SOB O ENFOQUE DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL E OS ASPECTOS QUE PODERÃO SER OBSERVADOS PARA REDUÇÃO DA PENA CONVENCIONAL	94
3.1	ELEMENTOS DA ESCOLHA PELO INADIMPLENTO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA: ANÁLISE A PARTIR DA ABORDAGEM NEOCLÁSSICA DA ECONOMIA.....	95
3.2	O MODELO DA ESCOLHA RACIONAL PARA ANÁLISE DA OPÇÃO DO ADQUIRENTE PELA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS.....	105
3.2.1	Efeitos esperados para uma promessa de compra e venda celebrada e eventualmente desfeita no contexto estabelecido pela Lei nº 13.786/2018.....	107
3.2.2	Efeitos esperados para a extinção de uma promessa de compra e venda no âmbito na nova Lei, considerando a possibilidade de redução da pena convencional	114

3.3	CONTRIBUIÇÕES PARA MAIOR PREVISIBILIDADE NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA: MEDIDAS QUE PODEM SER ADOTADAS PARA UMA REDUÇÃO PARAMETRIZADA DA PENA CONVENCIONAL	118
	CONCLUSÃO.....	131
	REFERÊNCIAS.....	134

INTRODUÇÃO

A importância da construção civil para a economia nacional é questão incontroversa e, como tal, o estudo e aprofundamento de suas demandas e de sua cadeia de valor se mostra absolutamente pertinente. No mais recente levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), denominado Pesquisa Anual da Indústria da Construção (PAIC)¹, verificou-se que as atividades de construção geraram R\$ 325.100.000.000,00 (trezentos e vinte e cinco bilhões e cem milhões de reais) em valor de incorporações, obras e serviços da construção. As empresas do setor empregaram mais de 2.000.000 (dois milhões) de pessoas e distribuíram R\$ 58.700.000.000,00 (cinquenta e oito bilhões e setecentos milhões de reais) em salários, retiradas e outras remunerações. Trata-se, portanto, de setor com distinta relevância econômica e social².

Quando distribuídos os números acima indicados entre as diferentes atividades organizadas pelo IBGE³, verifica-se que a construção de edifícios (que atinge 45,3% do montante) figura em primeira colocada. Essa categoria e diversas outras são diretamente atingidas pela temática perseguida com a presente pesquisa, destinada a analisar as incorporações imobiliárias e a comercialização de unidades no seu âmbito.

A incorporação imobiliária foi introduzida no ordenamento por meio da Lei nº 4.591/1964, e oportuniza a alienação de unidades futuras, desde a concepção do empreendimento ou durante o curso de sua edificação. Por meio da normatização da atividade, com o estabelecimento de requisitos e atos a serem praticados, a definição das responsabilidades das partes integrantes do contrato e a instituição de uma nova modalidade de direito real, objetivou-se estimular as atividades imobiliárias e conferir segurança jurídica

¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Pesquisa Anual da Indústria da Construção – PAIC**. 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=754>. Acesso em: 22/09/2022

² Ressalta-se, ainda, que a arrecadação de impostos promovida pelo setor é notória. Considerando apenas as atividades de incorporação imobiliária, entre 2010 e 2017, verificou-se uma média de arrecadação anual de R\$ 19.700.000.000,00 (dezenove bilhões e setecentos milhões de reais) em impostos indiretos (ICMS, ISS, IPI, entre outros) e impostos associados à propriedade e à transferência de imóveis (IPTU e ITBI), conforme levantamento realizado. (Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE. **Cadeia de valor e importância socioeconômica da incorporação imobiliária no Brasil**. Relatório completo. São Paulo: ABRAINC, dez. 2017. Disponível em: [https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/\[...\]](https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/[...].). Acesso em: 22/09/2022).

³ São 3 (três) as categorias em que são divididos os serviços da construção, de acordo com a Classificação Nacional de Atividades Econômicas – CNAE. (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Classificação Nacional de Atividades Econômicas, versão 2.0**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/classificacoes/por-tema/atividades-economicas/classificacao-nacional-de-atividades-economicas>. Acesso em: 22/09/2022).

para o mercado⁴. Desse modo, o instituto apresenta ao empreendedor a possibilidade de capitalização antecipada e de forma menos onerosa e, por outro lado, confere ao adquirente maior segurança para aquisição do imóvel e com valores mais atrativos.

A formalização da incorporação imobiliária depende da realização de uma série de atos e contratos coligados, a serem praticados entre o incorporador e todas as partes contratantes do negócio, tais como empreiteiros, fornecedores de materiais e serviços, imobiliárias e adquirentes de unidades⁵. Nessa linha, tem-se por objeto central de análise da presente pesquisa os contratos de comercialização de imóveis celebrados entre incorporadoras e adquirentes de unidades, especificamente as promessas de compra e venda, cuja concretização se apresenta indispensável para o atingimento dos objetivos das incorporações.

As promessas de compra e venda são a modalidade de instrumento mais usual para as alienações de unidades imobiliárias⁶ e operacionalizam o objetivo maior das incorporações⁷, de onde se extrai a necessidade de adequada compreensão dos seus caracteres e de implementação dos atos que melhor conduzam à sua regular execução. Entre os atributos destes contratos, destaca-se desde logo a irretratabilidade, sem a qual não seria possível conferir mínima segurança jurídica aos negócios imobiliários e que possibilita a execução específica do contrato e a constituição de direito real ao adquirente⁸.

Sucedem que as promessas de compra e venda, como qualquer outro contrato, estão sujeitas a insucessos e extinções prematuras. Além disso, inseridas no contexto das incorporações imobiliárias, cujos fatores coletivos exigem maiores cautelas, os efeitos advindos de sua eventual extinção possuem particular importância. Por estes motivos se aponta para a irretratabilidade destes contratos. Não sendo passíveis de retratação⁹, a extinção das promessas de compra e venda ocorre (ou deveria ocorrer) mediante circunstâncias legalmente estabelecidas, afastando-se a hipótese de denúncia ou desistência, mas se incluindo as resoluções por inadimplementos das partes, notadamente dos adquirentes.

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III**. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-Book. p. 426.

⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-Book. p. 210.

⁶ SILVA, José Marcelo Tossi. **Incorporação imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 58.

⁷ AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2009. p. 625.

⁸ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 24.

⁹ MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 73-97, out./dez. 2019. p. 76.

Diante de posicionamentos questionáveis da jurisprudência¹⁰, quando se verificou o acolhimento de direitos individuais dos adquirentes em detrimento da função social e econômica das incorporações, aliados a uma desaceleração econômica generalizada, a extinção das promessas de compra e venda por responsabilidade ou iniciativa dos adquirentes e, conseqüentemente, a liquidação de créditos entre as partes ganharam especial relevância no mercado imobiliário. Entre 2014 e 2016, diante da grave crise enfrentada, o desfazimento em série dos contratos de comercialização de unidades ensejou muitas divergências e representou risco para todo o setor imobiliário¹¹. A partir de então, os critérios de liquidação de créditos entre as partes e o formato de devolução destes valores nas extinções contratuais ganharam novas dimensões, diante dos nocivos efeitos experimentados pela indústria da construção.

Foi nesse contexto que se verificou o advento da Lei nº 13.786/2018, pela qual foram acrescentados novos dispositivos às leis que regem as incorporações imobiliárias e o parcelamento de solo urbano. Denominada popularmente de “Lei dos Distratos”, a norma se destinou a disciplinar diferentes circunstâncias relacionadas às extinções dos contratos de comercialização de imóveis, dentre as quais fixando os patamares máximos da pena convencional na resolução por inadimplemento do adquirente.¹² Contudo, apesar do objetivo de conferir previsibilidade às promessas de compra e venda e, por consectário, maior segurança jurídica aos negócios imobiliários, a nova lei foi alvo de severas críticas doutrinárias¹³ e, ao que tudo indica, deverá enfrentar resistência da jurisprudência para a sua aplicação.

¹⁰ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A (Ir)Retratibilidade do Compromisso Particular de Compra e Venda de Imóveis na Lei 13.786/2018. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 39.

¹¹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade Civil no Direito Imobiliário. *In*: BORGES, Marcus Vinicius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 217.

¹² SERPA, Pedro Ricardo e. A Extinção Contratual na Lei 13.786/2018 e a Súmula 1 do TJSP. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 301.

¹³ A título exemplificativo: SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os contratos imobiliários diante da Lei Federal 13.786/2018 e a fundamental proteção da parte vulnerável: os consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122/2019, p. 267-305, mar./abr. 2019. p. 276; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. **Conjur**, Direito Comparado, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em 07/09/2022; OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 74; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 1, jul. 2019, v. 2, p. 7-28. São Paulo: Ibradim, 2019. p. 12; ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 137; FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência,

Neste ponto se emoldura o tema do presente estudo. Objetiva-se analisar, no âmbito das incorporações imobiliárias, as resoluções das promessas de compra e venda por inadimplemento dos adquirentes e os meios de liquidação de créditos entre as partes contratantes. Com base nos dispositivos acrescidos pela Lei nº 13.786/2018, almeja-se verificar os efeitos decorrentes do desfazimento contratual com ênfase para a pena convencional positivada pelo legislador, bem como a estabilidade prevista para os negócios imobiliários.

O problema a ser enfrentado diz respeito à possibilidade de mitigação das disposições dessa nova lei. Com fundamento, principalmente, no artigo 413 do Código Civil, não parece distante a possibilidade de redução dos patamares estabelecidos para a pena convencional das promessas de compra e venda, de modo a retomar as incertezas que antecederam a Lei nº 13.786/2018. Em síntese, tais hipóteses de redução da pena poderão contribuir para que as extinções dos contratos de comercialização de unidades influenciem negativamente diante de futuros (e inevitáveis) ciclos econômicos desfavoráveis, o que implicaria em uma situação de insegurança jurídica incompatível com um setor de tamanha importância econômica e social.

A hipótese elencada como ponto de partida, por seu turno, diz respeito à viabilidade jurídica de redução equitativa da pena convencional nas resoluções das promessas de compra e venda por inadimplemento dos adquirentes. Ao sopesar os efeitos destas extinções contratuais para as incorporações imobiliárias e as consequências individuais aos adquirentes em decorrência da aplicação indistinta da Lei nº 13.786/2018, parece provável que a jurisprudência se curve à utilização das ferramentas legais para controle da cláusula penal, esvaziando em grande parte os resultados esperados com a nova lei.

Com fundamento nessa hipótese principal, confirmando-se a possibilidade de mitigação da aplicação da Lei nº 13.786/2018, o objetivo da presente pesquisa é analisar as consequências das revisões contratuais para a segurança jurídica dos negócios imobiliários. Pretende-se examinar o comportamento padrão das partes contratantes diante dos cenários de aplicação irrestrita da pena convencional e de redução equitativa da pena, com vistas a buscar meios de conferir estabilidade às promessas de compra e venda, ou, pelo menos, contribuir

para uma discussão que caminhe em direção à parametrização da redução das cláusulas penais aplicáveis às extinções dos contratos no âmbito das incorporações imobiliárias. Em última instância, ambiciona-se apresentar fundamentos que colaborem para a dinamização das promessas de compra e venda de unidades, para o atingimento da função social que a incorporação ostenta no sentido de implementação do direito à moradia.

No intuito de alcançar as pretensões expostas, utilizar-se-á o método de procedimento monográfico. O método de abordagem a ser empregado ao longo da pesquisa será de raciocínio dedutivo, a ser instrumentalizado sob a técnica de pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial.

No primeiro capítulo serão analisados os conceitos mais essenciais relacionados às incorporações imobiliárias, apresentando-se os fundamentos jurídicos necessários para a compreensão e caracterização do instituto. Também se analisará a incorporação sob o prisma econômico, com o objetivo de demonstrar a sua importância para o mercado imobiliário e motivar a adoção das melhores práticas para a atividade. Na mesma esteira, caberá examinar as promessas de compra e venda de unidades imobiliárias, as suas hipóteses e formas de extinção, bem como a construção jurisprudencial sobre o tema, antes do advento da Lei nº 13.786/2018.

Verificando-se os aspectos controvertidos que permeiam a resolução dos contratos por inadimplemento dos adquirentes, no segundo capítulo se abordará o cenário econômico e a conjuntura de extinções de promessas de compra e venda que culminaram na Lei nº 13.786/2018, assim como o trâmite legislativo até a sua promulgação. Com isso, dedicar-se-á ao estudo dos dispositivos acrescidos pela nova lei às incorporações imobiliárias, na tentativa de descrever os novos regramentos estabelecidos para as relações contratuais e verificar as lacunas legislativas apontadas pela doutrina que poderão afetar na sua aplicação prática.

É ainda no segundo capítulo que se verificará as possibilidades de mitigação dos efeitos da nova lei e os requisitos legais para a sua realização, notadamente em relação à redução da pena convencional aplicável às resoluções contratuais, considerando-se os apontamentos doutrinários sobre o tema e o posicionamento da jurisprudência.

No terceiro e último capítulo, com base nas possibilidades elencadas para redução da pena convencional das promessas de compra e venda, utilizar-se-á de conceitos e ferramentas da abordagem neoclássica da economia para compreensão do processo decisório dos contratantes (em especial dos adquirentes) na escolha pelo inadimplemento e resolução dos contratos. Objetiva-se demonstrar os efeitos da mitigação da Lei nº 13.786/2018, as

consequências negativas para as incorporações imobiliárias, para então observar aspectos contratuais e legais capazes de estabelecer parâmetros mais objetivos de revisão das cláusulas penais, de modo a retomar a previsibilidade perquirida pela lei e imprimir maior segurança jurídica e estabilidade aos negócios imobiliários.

1 FUNDAMENTOS DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA, ANÁLISE ECONÔMICA DO INSTITUTO E RESOLUÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES

Inicialmente é importante a delimitação do objeto de análise da presente pesquisa. Como já indicado, tem-se a intenção de examinar o advento e os efeitos da Lei nº 13.786/2018¹⁴. Na referida legislação foram introduzidas modificações às Leis nº 4.591/1964¹⁵ e nº 6.766/1979¹⁶, notadamente relacionadas às formas de desfazimento das promessas de compra e venda de imóveis em incorporação imobiliária ou em parcelamento de solo. Nesta pesquisa, os esforços se voltarão à análise da primeira “espécie”: as *promessas de compra e venda celebradas no âmbito das incorporações imobiliárias*.

Cumprido, assim, verificar os fundamentos jurídicos necessários à adequada compreensão e caracterização do instituto da incorporação imobiliária, inclusive no âmbito do patrimônio de afetação, bem como analisar a incorporação imobiliária sob o prisma econômico, com vistas à demonstração da importância do instituto e da necessidade de adoção das melhores práticas jurídicas e de mercado. De igual modo, objetiva-se examinar os contratos de promessa de compra e venda de unidades imobiliárias, as hipóteses e formas de extinção destes e a construção jurisprudencial sobre o tema, antes do advento da Lei nº 13.786/2018.

1.1 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: FUNDAMENTOS JURÍDICOS E CARACTERIZAÇÃO DO INSTITUTO

A incorporação imobiliária, pode-se afirmar, foi uma resposta jurídica ao desenvolvimento urbano e à crescente demanda pelo melhor aproveitamento econômico do solo nas cidades¹⁷. Notadamente a partir da Revolução Industrial, diante da alta concentração

¹⁴ BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 08/04/2022.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm. Acesso em: 19/03/2022.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 19/03/2022.

¹⁷ SCHMIDT, Franciso Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. Porto Alegre: SECOVI/RS, 1995. p. 19

populacional nos centros urbanos, a produção de conjuntos de unidades imobiliárias em planos horizontais se apresentou como a solução para a demanda habitacional e de instalações profissionais e comerciais. Assim, a construção de unidades singulares em um lote de terreno passou a ser substituída pela superposição de unidades, de modo a viabilizar a produção em escala e o aproveitamento mais racional da terra¹⁸. Tratava-se, afinal, de uma “solução mais eficiente para o acesso à moradia”¹⁹.

No Brasil, o fenômeno narrado se intensificou a partir de 1930, quando não existiam regras para além da alienação e da utilização de edifícios já construídos. A norma que disciplinava a questão era o Decreto nº 5.481/1928²⁰⁻²¹, ocasião em que foi reconhecida a divisibilidade horizontal da propriedade²², estatuinto-se a regulamentação dos edifícios coletivos, divididos em unidades autônomas²³.

Essa nova formatação jurídica, é válido indicar, foi recebida inicialmente com desconfiança²⁴. Embora não tenha se implementado, o prognóstico realizado à época era de que a grande quantidade de unidades habitacionais reunidas traria inconvenientes e conflitos entre os proprietários, com repercussão negativa junto ao Poder Judiciário.²⁵

¹⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 21.

¹⁹ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Incorporação imobiliária: da análise econômica do direito**. In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 100.

²⁰ BRASIL. **Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928**. Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-1928.htm#:~:text=E%20vedado%20a%20qualquer%20proprietario,empregadas%20no%20conjunto%20do%20edif%20C3%ADcio. Acesso em: 27/03/2022.

²¹ Sobre o Decreto nº 5.481/1928, extrai-se lição de Clóvis Beviláqua: “Na propriedade de andares ou apartamentos do mesmo predio por pessoas diferentes, ha um mixto de propriedade individual e colectiva. A lei n. 5.481, de 25 de Junho de 1928 regulou, entre nós esta matéria, estabelecendo as normas seguintes. Somente os edificios de mais de cinco andares, construídos de cimento armado ou matéria similar incombustível, podem ser divididos em apartamentos sobre os quaes exerçam dominio autonomo diversos proprietarios (artigo 1.º). O terreno, em que assentam o edificio e installações, assim como as suas dependencias de fim proveitoso e uso commum dos condominos ou occupantes, são indivisíveis e communs a todos os proprietarios do predio. Haverá, portanto, propriedades distinctas e superpostas, e propriedades communs. Cada andar ou apartamento constitue uma casa propria; e o solo, os fundamentos, as paredes principaes, as escadas de acesso de uns para outros pavimentos são communs. São egualmente communs aos visinhos as paredes divisorias dos apartamentos, os soalhos e tectos (art. 4).” (BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. p. 256).

²² BORGES, Marcus Vinícius Motter. **Incorporação imobiliária**. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 367.

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. IV**. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-Book. p. 181.

²⁴ GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 63

²⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, 3: direito das coisas**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. p. 384-385.

Algumas décadas depois, a partir de 1960, a urbanização no País impulsionou ainda mais a propriedade horizontal, primeiramente diante da falta de espaço para edificações condizentes com o bem-estar e a comodidade das pessoas e, na sequência, pela necessidade de segurança e tranquilidade. As cidades passaram a apresentar uma nova fisionomia, crescendo “para o alto”, de modo a estabelecer de forma mais clara e definitiva a atividade empresarial da incorporação imobiliária.²⁶

O instituto da propriedade horizontal passou a ter importância não apenas em decorrência do crescimento populacional, mas também por conta do desenvolvimento da indústria imobiliária. Em face do aumento de custos para execução de obras, a construção de edifícios pelo regime de propriedade exclusiva se mostrava impeditivo. Desse modo, a divisão dos prédios por andares e a alienação de unidades no curso das obras passou a ser uma alternativa de viabilizar o negócio e, conseqüentemente, tornou necessária uma melhor organização de fatores para consecução de empreendimentos.²⁷

Ocorre que a lacuna legislativa relacionada à atividade de compra e venda de unidades imobiliárias em edifícios implicava cenário absolutamente inseguro para o mercado. No período anterior à Lei nº 4.591/1964, aqueles que se dedicavam à atividade de construção e venda de edificações ou unidades em edificações atuavam livres de limitações legais ou riscos e, assim, foi possível verificar excessos de toda ordem²⁸. Era comum que o “incorporador” lançasse unidades à venda, promovesse a intermediação entre construtor e adquirentes para a celebração de contratos de construção – nos quais nem sequer participava – e, logo após, abandonasse construtora e adquirentes, sem o adequado acompanhamento e responsabilização pela atividade realizada. Embora fosse o organizador de toda a operação, o “incorporador” dificilmente era responsabilizado por falhas na incorporação que articulou.²⁹

O crescimento da atividade empresarial da incorporação – assim denominada antes mesmo da lei que a normatizou –, clamava ao legislador por uma regulamentação específica. As relações sociais e jurídicas decorrentes da atividade demandavam atualizar o regime

²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. p. 385-386.

²⁷ ELIAS FILHO, Rubens Carmo. **Condomínio edilício**. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 503.

²⁸ “Lamentavelmente, porém, essa autonomia quanto à liberdade de contratar ensejou distorções e abusos de toda ordem [...]. Com efeito, era frequente o malogro das incorporações, acarretando incalculáveis prejuízos para os adquirentes, que via de regra perdiam irremediavelmente o que haviam pago [...]. Destarte, o público ficava a descoberto, sem proteção legal, representando as incorporações uma caixa de desagradáveis surpresas [...]” (SOARES, Orlando. **Incorporações imobiliárias e condomínio de apartamentos**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 1973. p. 142.)

²⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 22.

condomínial dos edifícios de apartamentos (o regime da propriedade horizontal) e, igualmente, coibir abusos e normatizar os negócios em torno da construção neste setor, definindo os direitos e as obrigações dos incorporadores, dos construtores e dos adquirentes de unidades.³⁰

Nesse contexto foi promulgada a Lei nº 4.591/1964. Originada do anteprojeto elaborado por Caio Mário da Silva Pereira, a nova lei reuniu no mesmo diploma a atividade empresarial da incorporação e o regime jurídico da propriedade horizontal. A partir de então³¹, conferiu-se tipicidade para o contrato de incorporação imobiliária, definindo papéis e qualificando os principais *players* do mercado (tais como o construtor, o corretor de imóveis, o proprietário de terreno e o promitente comprador), bem como fixando as exigências para o lançamento de edifícios coletivos.³² Tratou-se, com a referida lei, de conceituar a incorporação imobiliária e delimitar a figura do incorporador, regulando os aspectos jurídicos das construções de prédios destinados a condomínios edilícios.³³

Para o autor do anteprojeto da Lei nº 4.591/1964, a essência do contrato de incorporação imobiliária se encontraria em dois pontos: na instituição de uma nova modalidade de direito real; e na especificação das responsabilidades das partes integrantes do contrato. O primeiro ponto – criação de um novo direito real – decorreria do registro da incorporação na matrícula do imóvel onde se realizará o empreendimento, após o transcurso do prazo de desistência do incorporador. Já o segundo ponto – responsabilidades das partes (incorporador, construtor e adquirente) –, teve por objetivo estimular as atividades imobiliárias e conferir segurança jurídica ao mercado.³⁴

O legislador conceituou a atividade de incorporação imobiliária na própria Lei nº 4.591/1964, ao dispor, no parágrafo único do artigo 28, que “considera-se incorporação imobiliária a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para

³⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. IV.** op. cit., p. 182.

³¹ “As principais inovações trazidas pela referida legislação foram: a) compõem-se a lei de dois títulos, cuidando o primeiro do condomínio e o segundo das incorporações; b) permitiu o condomínio em prédios de um pavimento; c) ao determinar, no parágrafo único do art. 4º, que o adquirente responde pelos débitos do alienante, atribuiu o caráter de *propter rem* a essas obrigações; d) estabeleceu a obrigatoriedade da existência de uma convenção de condomínio e de um regulamento; e) determinou que a representação do condomínio fosse feita pelo síndico; f) cuidou das incorporações na segunda parte, visando impedir que o incorporador cause prejuízo aos condôminos, especialmente proibindo reajuste de preços, se não convencionados expressamente.” (GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5: direito das coisas.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. p. 489.)

³² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III.** op. cit., p. 425.

³³ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário – Teoria e prática.** 13ª ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 161-162.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III.** op. cit., p. 426.

alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas”. A definição legal do instituto é adotada por diversos autores, como se observa nas obras de Washington de Barros Monteiro e Carlos Alberto Dabus Maluf³⁵, Arnaldo Rizzardo³⁶, Orlando Soares³⁷ e Jéverson Luís Bottega³⁸.

Apesar de discordar da conceituação³⁹, Caio Mário da Silva Pereira registra que a concepção legal se enquadra à natureza empresarial da atividade, e que a incorporação imobiliária seria “a alienação de frações ideais de terreno, vinculadas às unidades autônomas, promovendo e realizando a construção de edificações ou conjunto de edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial” ou, mais objetivamente, “caracteriza-se quando se dá a alienação de unidades em fase de construção”.⁴⁰

A mesma crítica se observa na obra de Marco Aurélio Viana, ao indicar que “Não cabe à lei definir, mas disciplinar.”. Para o autor, a incorporação imobiliária tem lugar quando unidades são colocadas à venda, por pessoa física ou jurídica, antes da conclusão do prédio, desde que promovida a inscrição da incorporação junto à matrícula do imóvel onde se realizará o empreendimento. Desse modo, enfatiza: “Quem constrói para vender depois de pronto o prédio não promove incorporação”.⁴¹

Para Orlando Gomes, a incorporação imobiliária é definida pela operação jurídica complexa na qual uma parte se obriga a promover a construção de um edifício dividido em unidades autônomas para alienação de frações ideais do terreno a distintos adquirentes, sob regime de condomínio especial. Em síntese, o autor afirma que três prestações fundamentais se implementam: a alienação e transferência de frações ideais do terreno; a promoção da construção do edifício (destacando que tal ato não se confunde com a construção civil do edifício em si, pois a obrigação que possui o incorporador é “de promover a construção, não a

³⁵ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. op. cit., p. 416.

³⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 390.

³⁷ SOARES, Orlando. op. cit., p. 10.

³⁸ BOTTEGA, Jéverson Luís. **A Propriedade Horizontal em Perspectiva de Direito Comparado – Portugal e Brasil**. Coleção IRIB Academia. São Paulo: Quinta Editorial, 2020. p. 105-106.

³⁹ “A Lei do Condomínio e Incorporações, abrindo o Título II, começa pela definição de “incorporação”, o que não nos parece de boa técnica, além de ser inútil. O nosso Anteprojeto, mais na conformidade das boas regras, fornecia indiretamente um conceito de incorporador. Sempre nos manifestamos contrários às definições no corpo das leis, partindo sempre do ensinamento segundo o qual este é um comando que se dirige à vontade, e de que a função definidora é atribuição da doutrina. No entanto, o Congresso, sem a cautela ou autoridade para repelir as más emendas, aceitou uma definição desnecessária de incorporação.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 353-354).

⁴⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 4/1979, p. 9-18, jul./dez. 1979. Disponível em: <https://revistadistribunais.com.br/maf/app/>[...]. Acesso em: 10/04/2022.

⁴¹ VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Manual do condomínio e das incorporações imobiliárias**. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 35.

de construir”); e a instituição do condomínio (inexistindo incorporação se não for constituído condomínio especial, com expressa menção em contrato)⁴². Tais prestações, registra, “fundem-se numa unidade necessária à configuração de sua causa típica, a aquisição, em regime especial de condomínio, de um bem imóvel no mesmo edifício ou conjunto de edifícios”⁴³.

A incorporação imobiliária é, sob tais fundamentos, a atividade empresarial que tem por objetivo a produção e comercialização de unidades imobiliárias em edificações. Trata-se de “mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção”⁴⁴. A incorporação, portanto, não se restringe à mera promoção da construção (física) de um edifício, mas engloba todos os atos necessários para a formulação, concepção e diretrizes da obra, planejamento do negócio, mobilização dos recursos necessários, organização e administração das atividades, venda das unidades ou partes ideais, prática dos atos registrais e todas as demais questões necessárias para a consecução do empreendimento imobiliário^{45, 46}.

O estudo mais aprofundado do instituto demandaria a análise de diversos outros aspectos da Lei nº 4.591/1964, a caracterização do incorporador e das demais partes de uma incorporação, os regimes de construção praticados nas incorporações, os requisitos e procedimentos para registro do memorial de incorporação e até mesmo os caracteres do contrato de incorporação em si. Tal aprofundamento, contudo, não se mostra indispensável para os pontos que serão abordados na presente pesquisa.

Por outro lado, embora nem toda compra e venda de imóvel em incorporação imobiliária esteja necessariamente inserida em uma relação de consumo⁴⁷, é de particular

⁴² GOMES, Orlando. **Contratos**. Atual. Humberto Theodoro Júnior. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 445-447.

⁴³ GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**, vol. 6, p. 1339-1353, jun. 2011. Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/maf/app/\[...\]](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/[...]). Acesso em: 11/04/2022.

⁴⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 27.

⁴⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 391-392.

⁴⁶ Na seara jurisdicional também se encontram conceituações do instituto: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 884.367-DF**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.537.012-RJ**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2017.

⁴⁷ Não se olvida do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade de equiparação do “investidor ocasional” do mercado imobiliário como consumidor, com base na teoria finalista mitigada, desde que tenha agido de boa-fé e não detenha conhecimentos de mercado imobiliário nem *expertise* em incorporação (como se observa no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.755.516/SP, da Terceira Turma, sob

relevância para a presente pesquisa a verificação do sistema de proteção do adquirente estruturado pela Lei nº 4.591/1964⁴⁸. O regime especial estabelecido tem por objetivo a compensação da vulnerabilidade do adquirente e contempla o controle da atividade mediante exaustiva regulamentação das relações entre incorporador e adquirente. O sistema é precursor do Código de Defesa do Consumidor – CDC, e está pautado nos princípios da boa-fé, no seu sentido objetivo, e da função social do contrato. Para atingir tais finalidades, na lei são estabelecidos requisitos mínimos e regulamentada toda a evolução do processo contratual.⁴⁹

As exigências legais em defesa do adquirente se iniciam já na *fase pré-contratual*, quando da necessidade de exibição e registro de elementos essenciais da incorporação por meio do Memorial de Incorporação, que fica arquivado no registro imobiliário competente. Todos os dados necessários para o conhecimento do contrato de incorporação e de sua estrutura estão reunidos no Memorial⁵⁰. Na *fase de execução* do contrato, por seu turno, é dever do incorporador manter os adquirentes periodicamente informados sobre o andamento das obras. Também a *extinção contratual* está prevista pela lei, seja para a hipótese de devolução de valores aos adquirentes (no caso de denúncia da incorporação por parte do incorporador), ou mesmo para destituição do incorporador no caso de insolvência deste ou de atraso injustificado da obra. Cuida-se, a todo momento, de estabelecer mecanismos de segurança ao adquirente, além de observar os deveres de informação, de lealdade e de confiança, que corporificam o princípio da boa-fé, possibilitam o exercício efetivo da liberdade contratual e a realização da função social do contrato.⁵¹

Embora seja tema do próximo capítulo (quando se analisará a questão com maior detalhamento), cabe aqui indicar que as alterações legislativas apresentadas com a Lei nº 13.786/2018, ao menos em parte, posicionaram-se na defesa dos adquirentes de unidades. É o que se observa na exigência de inserção de quadro-resumo nas promessas de compra e venda

relatoria da Ministra Nancy Andrigli, em 15/12/2020; e do Recurso Especial nº 1.785.802/SP, da Terceira Turma, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em 19/02/2019). Contudo, é imprescindível analisar as peculiaridades de cada caso concreto, de modo que não deve ser presumida a relação de consumo para toda e qualquer situação (BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit. p. 403-407).

⁴⁸ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 394.

⁴⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 359.

⁵⁰ “Esse memorial contém um apanhado sobre a situação do imóvel, a qualificação do incorporador, o título de propriedade, sua filiação vintenária certificada pelos registros de imóveis competentes, a descrição do terreno, uma síntese sobre as unidades autônomas e as partes de uso comum, a situação jurídica dos *boxes* ou vagas para estacionamento de automóveis, menção expressa sobre a existência, ou não, do prazo de carência, e, afinal, uma relação dos documentos exigidos.” (FRANCO, João Nascimento; GONDO, Nisske. **Incorporações imobiliárias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 77).

⁵¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 373.

(artigo 35-A, da Lei nº 4.591/1964); na fixação do prazo máximo de tolerância para conclusão das obras dos empreendimentos e das consequências de eventual atraso (artigo 43-A, da Lei nº 4.591/1964); e no estabelecimento de um regramento mais claro para as formas e efeitos de desfazimento dos contratos firmados entre incorporadoras e adquirentes (artigo 67-A, da Lei nº 4.591/1964). Tratou-se de observar os deveres de informação, de lealdade e de boa-fé contratual.

Por fim, não distanciando da defesa dos adquirentes, há de se exaltar também o caráter econômico essencial da incorporação imobiliária. Em 2019, o déficit habitacional do Brasil atingia cerca de 5,876 milhões de famílias que viviam em condições precárias de moradia ou enfrentavam ônus excessivos de custos locatícios, e esta circunstância não apresentou melhoras significativas nos anos anteriores⁵². Trata-se, para além de um problema social gravíssimo, de um verdadeiro descumprimento ao direito fundamental social à moradia, disposto no artigo 6^o⁵³ da Constituição Federal de 1988⁵⁴.

Porquanto direito fundamental, a moradia demanda a realização de políticas públicas de toda ordem para o seu fomento. Todavia, diante da complexidade e dos inúmeros fatores necessários para a edificação de tais habitações, além da escassez de recursos públicos – de ordem técnica e financeira –, é necessária a atuação conjunta do Poder Público e da iniciativa privada para melhoria do acesso à moradia. Se o Estado não possui meios para oferta satisfatória de moradias, deve buscar alternativas eficientes para a sua realização. Neste ponto exsurge a importância da incorporação imobiliária.

A incorporação imobiliária pode ser classificada como instrumento essencial para fomento do acesso à moradia, em larga escala, e sem a utilização de recursos públicos. Ao oportunizar a alienação antecipada das unidades futuras, ainda na concepção do empreendimento ou no curso da sua edificação, o instituto possibilita que o capital necessário seja obtido pelo empreendedor de forma menos onerosa. Desse modo, por meio da Lei nº 4.591/1964 se incentiva a construção de edifícios com “financiamento direto”, muito menos custoso e, conseqüentemente, mais eficiente⁵⁵ às partes do contrato de incorporação.⁵⁶

⁵² Fundação João Pinheiro. *Deficit habitacional no Brasil – 2016-2019*. Belo Horizonte: FJP, 2021.

⁵³ Constituição Federal/1988: Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/04/2022.

⁵⁵ Sobre a conceituação de eficiência: “Eficiência é obtida quando os recursos envolvidos em uma determinada troca (voluntária ou não) são utilizados de forma a que a soma final do valor total dos recursos seja maior que a

O “financiamento direto” da obra por meio das vendas de unidades se apresenta como uma maneira eficiente de acesso à moradia, também, na medida em que reduz a necessidade de intermediários (a exemplo dos agentes financeiros, ou até mesmo do Estado) e, por consequência, possibilita uma redução de preço às unidades imobiliárias.

Não se desconhece que, na prática, o preço dos imóveis reflete outros fatores econômicos, notadamente diante de cenários de especulação imobiliária. Tampouco se ignora os diversos casos em que empreendedores celebram contratos de financiamento para custeio da obra, apesar da incorporação imobiliária⁵⁷. Ainda assim, é certo que essa conjuntura poderá trazer eficiência para o setor imobiliário, pois com o mesmo volume de capital será possível a majoração na oferta de moradias construídas. A diminuição de custos aumenta expressivamente o aproveitamento e, como resultado, gera maior atendimento ao direito fundamental social à moradia.⁵⁸

Com as classes mais favorecidas custeando as suas próprias habitações – visto que, pela redução da onerosidade, criam-se possibilidades para utilização de recursos privados –,

soma inicial dos recursos. A eficiência é determinada pelo resultado final da soma de recursos ou valores envolvidos na transação, quando comparados com o resultado inicial.” (SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor? *In*: GONÇALVES, Everton Das Neves; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; VIEIRA, Susana Camargo (coord.). **Direito econômico e desenvolvimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 372-400. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf>. Acesso em: 17/05/2022).

⁵⁶ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 13.

⁵⁷ Esta circunstância se justifica, principalmente, pelo fato de a maioria dos adquirentes celebrarem contratos de financiamento imobiliário para quitação da maior parcela do preço de suas unidades – diferindo o pagamento ao empreendedor e implementando um fluxo de caixa negativo para a incorporação, que somente passa a gerar capital de giro positivo após performado o empreendimento. Sobre o tema, o economista Gustavo Henrique de Barroso Franco, em participação na audiência pública realizada pelo Superior Tribunal de Justiça para julgamento do Tema 970, em sede de recursos especiais repetitivos, descreve com precisão algumas circunstâncias que envolvem a incorporação imobiliária: “Gustavo Franco, baseado numa análise econômica, alertou que a atividade de incorporação residencial é complexa, e envolve relação de vários anos entre coletivos de pessoas que se agrupam de forma condominial para relacionarem-se com uma construtora, que, por sua vez, relaciona-se com vários fornecedores. Pontuou o eminente economista o que se segue, de acordo com as notas taquigráficas juntadas aos autos: ‘E mais, a mecânica econômica de operação deste setor compreende o fato de que o empreendedor, o incorporador, começa o processo, depois de ter um projeto, vendendo a descoberto, vendendo uma mercadoria que ele vai construir com o produto da venda da coisa antes dela existir. Empresarialmente, é um negócio arriscado. O momento em que a construção se encerra, que se diz na nossa linguagem econômica que o empreendimento se encontra performado, é o momento onde se constituiu uma garantia para então o agente financeiro entrar no processo e financiar o restante da compra. Até aquele momento, todo o desembolso, todo o fluxo de caixa é negativo para o incorporador e, neste momento da entrega, é quando ele começa a ter o *cash flow* positivo. [...] O incorporador que atrasa perde dinheiro. Esse é o momento em que ele passa a ter capital de giro positivo e se isso demorar ele estressa as suas necessidades financeiras. [...]’”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.635.428-SC**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 22 de maio de 2019. p. e-STJ FL.744.).

⁵⁸ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia**. op. cit., p. 75.

minimiza-se o problema da escassez de recursos estatais, os quais poderão ser melhor empregados em benefício do extrato social mais carente. Portanto, além de oportuna e eficiente para as partes contratantes, a incorporação imobiliária permitirá ao Estado transferir para empresas e pessoas capacitadas uma atividade que não domina, reduzindo o escopo de atuação do ente público a tarefas fiscalizatórias, de custo evidentemente menor.⁵⁹

Verifica-se equação cujo resultado é bastante positivo: a utilização de recursos privados para financiamento das obras reduz custos de intermediação e, por consequência, implementa tendência a diminuição do valor das unidades; com valores mais acessíveis, aumenta-se a quantidade de pessoas terão capacidade financeira para aquisição da casa própria; e, facilitado o acesso à casa própria, reduz-se a parcela da população que demanda recursos estatais para a implementação do direito à moradia.

O incentivo ao instituto da incorporação imobiliária se justifica, ainda, pela dinamização do segmento imobiliário e o consequente impacto em desenvolvimento da economia. Atividade de elevada participação no produto interno bruto, com alto reflexo na geração de empregos, na ampliação da renda e no recolhimento de tributos em favor do Estado, trata-se de um importante catalisador de forças produtivas e de circulação de riquezas⁶⁰, vetor para desenvolvimento econômico e social.⁶¹

Sob tais aspectos é que se afirma a essencialidade do instituto da incorporação imobiliária também sob o viés econômico, cujo fortalecimento depende do desenvolvimento das melhores práticas em torno do instituto e ao atendimento sem embaraços às exigências da Lei nº 4.591/1964 pelos atores do mercado imobiliário (tais como os registradores de imóveis, o Poder Judiciário e as próprias incorporadoras), de modo a estabelecer mais segurança e

⁵⁹ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia.** op. cit., p. 128.

⁶⁰ SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. A funcionalização do contrato de incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 92/2022, p. 211-227, jan./jun. 2022. p. 211.

⁶¹ PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. Imóveis em construção, direito do consumidor e desenvolvimento. **Revista de Direito do Consumidor**, ano 25, v. 105, p. 81, maio/jun. 2016.

previsibilidade às partes envolvidas, reduzir custos de transação⁶² e, conseqüentemente, conferir maior eficiência ao mercado imobiliário⁶³.

A eficiência do mercado imobiliário decorre de trocas de bens e serviços constantes, mas a eficiência das trocas econômicas exige uma clara atribuição da propriedade e baixos custos de transação⁶⁴. Daí a necessidade da adoção de medidas para conferir segurança às partes do contrato de incorporação, meio economicamente viável para incentivo ao desenvolvimento da construção civil e, em última análise, para maximização do direito fundamental social à moradia⁶⁵.

Como se verifica, a Lei nº 4.591/1964 sistematizou a incorporação imobiliária, trouxe regulamentação para a atividade e, assim, conferiu maior segurança jurídica para as partes contratantes. Na mesma linha, o instituto se mostra uma ferramenta eficiente para desenvolvimento econômico e para consecução do direito fundamental à moradia. Contudo, como se verifica em quaisquer atividades econômicas, os negócios imobiliários estão sujeitos a insucessos, ainda que inseridos em uma sistemática jurídica adequada. É nessa esteira que sobreveio a incorporação imobiliária sob o patrimônio de afetação, que será objeto de análise a seguir.

1.2 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA SOB PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO

Já se verificou que o instituto da incorporação imobiliária foi inserido no ordenamento jurídico com vistas a conferir maior segurança aos negócios imobiliários e às partes envolvidas. Ocorre que, a despeito dos mecanismos de proteção oferecidos pela Lei nº 4.591/1964, a posição do adquirente permanecia vulnerável do ponto de vista patrimonial. Diante de eventual desequilíbrio econômico-financeiro do empreendedor, notadamente

⁶² Sobre custos de transação: “Como os mercados são imperfeitos, existem custos de transação (custos incorridos pelas partes para negociar e para fazer cumprir um contrato) (Coase, 1988, p. 7). É papel do direito diminuir esses custos de transação. O que se pode afirmar, inclusive, é que, pelo menos dentro de uma perspectiva econômica, quanto mais desenvolvidas as instituições, mais propício é o ambiente para seu natural desenvolvimento, pela diminuição dos custos de transação.” (TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33/2006, p. 15-31, jul./set. 2006. p. 18).

⁶³ “A existência de custos de transação levará aqueles que almejam fazer negócios a adotarem práticas que reduzam estes custos de transação sempre que as perdas verificadas com a adoção dessas práticas sejam inferiores aos custos de transação economizados” (COASE, Ronald Harry. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988. p. 6-7, tradução nossa).

⁶⁴ TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Mercado e Função Social. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, p. 204, set. 2006.

⁶⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. In: CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-Book. p. 9.

quando da realização de sucessivos e concomitantes empreendimentos, constatou-se que a insolvência da incorporadora, ou mesmo a gestão inadequada de uma incorporação, seria capaz de impor aos adquirentes circunstâncias até então sem remédio jurídico.^{66_67}

Os riscos provenientes de uma incorporação imobiliária malsucedida e a necessidade de melhores ferramentas de fiscalização são há muito reconhecidos. Na década de 90, por exemplo, João Nascimento Franco e Niske Gondo alertavam para a necessidade de aperfeiçoamento do sistema em razão da ausência de medidas de controle da “inversão, pelo incorporador, das quantias recebidas dos adquirentes das unidades autônomas do edifício em construção”. Para os autores, a aplicação da Lei nº 4.591/1964 não atingiu os resultados esperados pelo legislador, na medida em que as incorporadoras continuavam com a possibilidade de desviar recursos recebidos dos adquirentes para outros empreendimentos ou até mesmo para custeio de gastos pessoais.⁶⁸

Em razão da ausência de normas para afastar obstáculos no curso das obras e assegurar a sua conclusão, sob determinadas condições, os adquirentes estariam sujeitos a danos patrimoniais irreparáveis. Na citada década de 90, foram registrados diversos casos de paralisação de obras e falências de incorporadoras (inclusive daquela considerada a maior incorporadora do País à época, a Encol S/A⁶⁹⁻⁷⁰), ocasiões em que os adquirentes não apenas deixaram de receber as unidades adquiridas na planta, como também não lograram êxito em recuperar os valores destinados ao empreendedor.⁷¹

A “confusão patrimonial” de uma incorporadora que realiza sucessivas e concomitantes incorporações e que utiliza os recursos de um empreendimento para garantir a realização de outro, se mostrou, ao longo do tempo, circunstância digna de mecanismos jurídicos para minimização de riscos. Foi nesse contexto que se introduziu o patrimônio de

⁶⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. op. cit. p. 9.

⁶⁷ BOTTEGA, Jéverson Luís. op. cit., p. 140.

⁶⁸ FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. op. cit., p. 20-21.

⁶⁹ “A Encol era uma das maiores empresas brasileiras atuantes no setor da construção civil à época e deixou dezenas de milhares de adquirentes da casa própria em situação desesperadora, com o emprego muitas vezes da totalidade de suas economias com o sonho da única residência que, no caso, se tornou verdadeiro pesadelo, abandonando dívidas que montaram mais de dois bilhões de reais, valores da época.” (VITALE, Olivar. Recuperação judicial e a incorporação imobiliária. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 14/2019, out./dez. 2019. Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/maf/app/\[...\]](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/[...]). Acesso em: 23/04/2022).

⁷⁰ “A atuação legislativa foi motivada pela concordata preventiva e posterior falência da Encol S.A. Engenharia, Comércio e Indústria, construtora civil originada em Goiânia, que prejudicou cerca de 42 mil adquirentes e deixou 710 obras inacabadas por todo o Brasil em idos de 1999.” (KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v. 6/2014, p. 181-198, jul./ago. 2014. Disponível em: [https://revistadostribunais.com.br/maf/app/\[...\]](https://revistadostribunais.com.br/maf/app/[...]). Acesso em 24/04/2022).

⁷¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 443.

afetação à incorporação imobiliária. Na busca por medidas que conferissem maiores garantias à consecução dos empreendimentos, mostrou-se fundamental a distinção entre as obrigações da incorporadora e o patrimônio e as obrigações de cada incorporação realizada.

O patrimônio de afetação no âmbito da incorporação imobiliária teve origem, principalmente⁷², no anteprojeto oferecido por Melhim Namem Chalhub ao Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB. Diante do contexto em que foi apresentado, o anteprojeto foi aprovado pelo IAB e amplamente aceito, de modo que influenciou diferentes Projetos de Lei na Câmara dos Deputados. Nesse cenário, o Poder Executivo converteu parcialmente o anteprojeto na Medida Provisória nº 2.221/2001⁷³.

Todavia, a Medida Provisória nº 2.221/2001 continha uma série de antinomias, impropriedades técnicas e apresentava dispositivos que invertiam o sentido originalmente proposto de proteção dos adquirentes. Em síntese, além de tornar comunicável o patrimônio da incorporação (em total descompasso ao objetivo da afetação patrimonial)⁷⁴ ainda imputava aos adquirentes responsabilidade pelo pagamento de obrigações fiscais, previdenciárias e trabalhistas do incorporador falido. Desse modo, o próprio Poder Executivo propôs a revogação da Medida Provisória e encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 3.065/2004⁷⁵, que foi apensado ao Projeto de Lei nº 2.109/2001⁷⁶, posteriormente aprovado pelo Congresso Nacional e convertido na Lei nº 10.931/2004^{77, 78}.

⁷² O autor do anteprojeto, em artigo próprio, descreve em maiores detalhes a cronologia da inserção do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias. (CHALHUB, Melhim Namem. Patrimônio de afetação - A reforma por caminhos alternativos. **Boletim Eletrônico IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, BE1228, 11/08/2004. Disponível em: <https://www.irib.org.br/boletins/detalhes/2602>. Acesso em: 08/05/2022).

⁷³ BRASIL. **Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001**. Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2221-4-setembro-2001-396077-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 08/05/2022.

⁷⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 589.

⁷⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.065, de 8 de março de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155272>. Acesso em: 4/6/2022.

⁷⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.109, de 24 de novembro de 1999**. Dispõe sobre a constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias de que trata a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília, Câmara dos Deputados, 1999. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17651&ord=1>. Acesso em 4/6/2022.

⁷⁷ BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em:

Por meio da Lei nº 10.931/2004 foram inseridos à Lei nº 4.591/1964 os artigos 31-A a 31-F para regulamentação da afetação patrimonial na incorporação imobiliária⁷⁹. A partir de então, facultou-se⁸⁰ ao incorporador promover a afetação das incorporações e descreveu-se as características e regras gerais do patrimônio de afetação (artigo 31-A); determinou-se o procedimento para realização do ato registral respectivo (artigo 31-B); concebeu-se a comissão de representantes dos adquirentes da incorporação (artigo 31-C); estabeleceu-se as incumbências do incorporador (artigo 31-D); indicou-se as formas de extinção do patrimônio de afetação (artigo 31-E); e registrou-se os efeitos da decretação de falência ou de insolvência do incorporador em relação ao patrimônio de afetação (artigo 31-F).

A conceituação do patrimônio de afetação não encontra grandes divergências doutrinárias. De acordo com o redator do anteprojeto que o originou, trata-se do instituto que possibilita segregar o complexo de direitos e obrigações correspondentes a cada empreendimento imobiliário em construção, permanecendo incomunicável em relação ao patrimônio geral da incorporadora até a conclusão da obra e a liquidação do passivo da incorporação afetada.⁸¹

Na obra de Caio Mário da Silva Pereira se extrai que a afetação da incorporação imobiliária implica na instituição de um núcleo patrimonial em separado da incorporadora (constituído de bens, direitos e obrigações correspondentes a um empreendimento específico), que permanecerá segregado até a finalização das obras e entrega do edifício, com o registro dos títulos aquisitivos dos adquirentes de unidades e o resgate do financiamento da construção. Em adendo, pontua que tais núcleos patrimoniais ficam “encapsulados” no patrimônio geral da incorporadora para que não estejam sujeitos a riscos de constrição por dívidas ou obrigações estranhas à incorporação.⁸²

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.931.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADdo%20o%20regime,im%C3%B3veis%20que%20comp%C3%B5em%20a%20incorpora%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 4/6/2022.

⁷⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 138-139.

⁷⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. p. 443-444.

⁸⁰ “O Patrimônio de Afetação não é obrigatório a todas as incorporações, ele é opcional. Com essa Lei, o governo pretende ampliar o mercado imobiliário, ao impulsionar a oferta de crédito pelos agentes financeiros e garantir maior segurança jurídica e melhor condições de financiamentos dos consumidores.” (TEIXEIRA, Paulo Joni. **Patrimônio de afetação**. Porto Alegre: Editora Alternativa, 2013. p. 34).

⁸¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Direito imobiliário contemporâneo**. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

⁸² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. op. cit., p. 443-444.

José Marcelo Tossi Silva reitera que o patrimônio de afetação é um conjunto delimitado de bens, direitos e obrigações relativos à determinada incorporação imobiliária e destacados para a consecução desta (ou seja, para a construção da edificação, a instituição do condomínio e a entrega das unidades aos adquirentes). Com o objetivo de “blindar” os adquirentes de eventuais adversidades financeiras da incorporadora, a instituição do patrimônio de afetação garante que os bens e direitos de determinada incorporação respondam exclusivamente pelas obrigações desta, de modo a criar condições econômicas para que seja possível a sua conclusão.⁸³

Por sua vez, Cassio Martins Penteado Jr. indica que a afetação nas incorporações imobiliárias se destina à segregação do imóvel incorporado para construção (incluindo-se terreno e acessões) em relação ao patrimônio geral do incorporador. Assim, mediante averbação na matrícula-mãe do empreendimento, o patrimônio afetado na incorporação responderá tão somente pelas obrigações derivadas desse ato próprio, não se comunicando com outros bens, direitos e obrigações da incorporadora.⁸⁴

Além de proporcionar uma melhor organização econômico-financeira na realização do empreendimento, o patrimônio de afetação ainda garante aos adquirentes de unidades, coletivamente representados pela Comissão de Representantes, poderes para fiscalizar e controlar as atividades do incorporador, permitindo controle do equilíbrio contratual entre as partes. Desse modo, trata-se de instituto que cumpre dupla função nas incorporações imobiliárias ao conferir maior proteção aos contratantes e determinar uma melhor organização de fatores para consecução dos empreendimentos.⁸⁵

O patrimônio de afetação consiste, portanto, em uma exceção ao conceito geral de patrimônio⁸⁶ e tem por objetivo a proteger a incorporação imobiliária⁸⁷ contra os riscos financeiros provenientes das demais transações praticadas pela incorporadora, ou mesmo dos efeitos negativos de uma gestão inadequada dos fatores que compõem o negócio imobiliário.

⁸³ SILVA, José Marcelo Tossi. op. cit., p. 172-173.

⁸⁴ PENTEADO JR., Cassio Martins Camargo. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. In: WALD, Arnoldo (org.). **Direito empresarial: contratos mercantis**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 48.

⁸⁵ PAIVA, Daniel. **O Patrimônio de Afetação nas Incorporações Imobiliárias: Mecanismo de Eficácia à Defesa do Direito Fundamental à Moradia nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021. p. 133.

⁸⁶ CHALHUB, Melhim Namem. **Trust: Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 117.

⁸⁷ PAIVA, João Pedro Lamana. Do Patrimônio de Afetação: Redução de Riscos (arts. 31 e seguintes da Lei nº 4.591/64). In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 38.

Se o advento da Lei nº 4.591/1964 conferiu segurança jurídica para o mercado, notadamente aos adquirentes de unidades, a afetação patrimonial há de ser considerada como circunstância essencial para a garantia de direitos e de interesses das partes envolvidas.

A implementação da afetação na incorporação imobiliária não exige grandes formalidades e pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive após o início das obras. Celebrando-se termo de afetação entre o incorporador e os titulares de direitos reais sobre o terreno e eventuais acessões, o patrimônio de afetação é constituído mediante ato de averbação na matrícula imobiliária do empreendimento.⁸⁸ Uma vez averbada a afetação, os bens, direitos e obrigações do acervo – incluindo-se até mesmo os investimentos e despesas prévias ao ato, tais como os custos de aquisição do terreno, formulação de projetos, licenças de operação, entre outros – são considerados afetados e passam a constituir uma massa patrimonial destacada do patrimônio geral do incorporador.⁸⁹

Uma vez afetado o patrimônio, cria-se na incorporação um regime de vinculação de receitas, de modo que os recursos desta se assujeitam à execução da própria obra⁹⁰. Com esse regime próprio, as quantias recebidas com as vendas de unidades ficam afetadas à consecução do empreendimento, sendo vedada a utilização de tais recursos para outras finalidades, salvo nos limites definidos pela lei⁹¹. Assim, o acervo da incorporação afetada se torna incomunicável em relação ao patrimônio da incorporadora e fica vinculado à satisfação dos créditos e obrigações advindas da própria incorporação, principalmente os direitos dos adquirentes de unidades relacionados aos imóveis adquiridos, os direitos creditórios dos trabalhadores da obra, compromissos de ordem fiscal e previdenciária, entre outros.⁹²

Quando constituída a afetação patrimonial são impostas limitações à atuação da incorporadora, tais como a limitação à concessão em garantia de bens e direitos atinentes ao patrimônio segregado, excetuadas apenas as operações de crédito destinadas à construção projetada; e a exigência de que os recursos financeiros aportados sejam utilizados

⁸⁸ TEIXEIRA, Paulo Joni. op. cit., p. 33.

⁸⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 141.

⁹⁰ CHALHUB, Melhim Namem. Direito imobiliário contemporâneo. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 66.

⁹¹ “São excluídos do Patrimônio de Afetação: a) os recursos financeiros que excederem a importância necessária à conclusão da obra (art. 44), considerando-se os valores a receber até sua conclusão e, bem assim, os recursos necessários à quitação de financiamento para a construção, se houver; e b) o valor referente ao preço de alienação da fração ideal de terreno de cada unidade vendida, no caso de incorporação em que a construção seja contratada sob o regime por empreitada (art. 55) ou por administração (art. 58).” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. op. cit., p. 427).

⁹² CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 115.

exclusivamente na obra em desenvolvimento, não se comunicando a outros empreendimentos ou atividades da incorporadora. De igual modo, ainda se estabelece a criação de uma comissão de representantes para fiscalização do andamento das obras e da utilização dos recursos aportados; além da possibilidade de o patrimônio afetado ser objeto de fiscalização pela Receita Federal.⁹³

O patrimônio de afetação somente se extingue com o término da incorporação imobiliária, o que se caracteriza com a averbação da construção, a instituição do condomínio edilício, a transferência da propriedade registral aos adquirentes de unidades autônomas (ou a transmissão do direito real de aquisição) e o pagamento de eventual débito do incorporador constituído para financiamento da edificação do empreendimento.⁹⁴

Como se observa, a afetação da incorporação imobiliária confere maior segurança jurídica ao negócio imobiliário e, conseqüentemente, aumenta as chances de consecução do empreendimento mesmo em face de eventuais adversidades econômico-financeiras da incorporadora, na medida em que é um mecanismo eficiente para resolução extrajudicial de eventuais impasses gerados pela insolvência do incorporador. O resultado de tal cenário é o aumento da confiança entre as partes, com reflexo na oferta de unidades no mercado, no maior acesso a crédito e em melhores condições de financiamento imobiliário.⁹⁵ Daí a razão pela qual é possível afirmar que se tratou de mais um passo em direção a uma maior segurança jurídica para a atividade e à defesa dos interesses dos adquirentes de unidades imobiliárias.

Se o patrimônio de afetação confere garantias e efeitos positivos para o resultado da incorporação, também é verdade que exige cautelas ainda maiores no tocante ao fluxo financeiro da construção do empreendimento. Afinal, se as receitas provenientes da alienação de unidades são segregadas do patrimônio da incorporadora, o adimplemento das promessas de compra e venda celebradas é essencial para o sucesso da empreitada. Por consectário, eventuais resoluções contratuais por inadimplemento de adquirentes e os efeitos daí advindos (principalmente relacionados à devolução dos valores pagos) podem ser especialmente nocivos.

Tratar-se-á do tema em maiores detalhes no próximo capítulo, todavia, vale destacar que, em decorrência dos fatores acima narrados, a Lei nº 13.786/2018 apresenta distinções

⁹³ PENTEADO JR., Cassio Martins Camargo. op. cit., p. 48-49.

⁹⁴ SILVA, José Marcelo Tossi. op. cit., p. 182.

⁹⁵ MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 2ª ed. São Paulo: Pini, 2013. p. 44-45.

para as penalidades que poderão ser impostas aos adquirentes inadimplentes em incorporações sob o patrimônio de afetação. De acordo com a referida lei, tais adquirentes estão sujeitos, nos casos de resolução da compra e venda por inadimplemento, a penalidades que poderão atingir até 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos, os quais poderão ser devolvidos em até 30 dias após a expedição da certidão de “habite-se” do empreendimento (mesmo que seja anteriormente decretada a resolução do contrato). A penalidade narrada é, certamente, o tema mais sensível apresentado pelo legislador na Lei nº 13.786/2018 e por essa razão é tão importante compreender as principais características relacionadas ao patrimônio de afetação na presente seção.

Expostas as principais características do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, no intuito de verificar os principais fundamentos que permeiam a presente pesquisa, analisa-se a seguir os contratos celebrados junto aos adquirentes e, principalmente, os efeitos para as hipóteses de resolução de tais contratos.

1.3 PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES, HIPÓTESES DE EXTINÇÃO CONTRATUAL E CENÁRIO JURÍDICO SOBRE A RESOLUÇÃO DE TAIS NEGÓCIOS (ANTES DA LEI Nº 13.786/2018)

A incorporação imobiliária se formaliza mediante a celebração de uma série de contratos coligados. A formação e execução de tais contratos se realiza pela combinação de atos e negócios jurídicos, a serem praticados entre o incorporador e todas as partes contratantes da incorporação, tais como empreiteiros, fornecedores de materiais e serviços, imobiliárias e adquirentes de unidades⁹⁶. Estes últimos são objeto central de análise da presente pesquisa, e assim, para adentrar à Lei nº 13.786/2018 no próximo capítulo, notadamente às penalidades estabelecidas para resolução de contratos de comercialização de unidades, cumpre inicialmente promover uma breve análise acerca destes contratos.

Antes, porém, cabe destacar os principais conceitos e características do *contrato de incorporação*, para esclarecer a sua distinção em relação aos contratos de comercialização de unidades⁹⁷⁻⁹⁸. Após isso se analisará os contratos de comercialização em si, as suas hipóteses

⁹⁶ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 210.

⁹⁷ “Com efeito, o contrato de incorporação imobiliária não pode ser confundido com o negócio de incorporação imobiliária, tampouco reduzido aos contratos coligados ou à prática dos atos jurídicos necessários.” (BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit., p. 382).

de extinção e o contexto jurisprudencial que formatou, antes do advento da Lei nº 13.786/2018, as penalidades para resolução dos contratos por inadimplemento dos adquirentes.

A doutrina pouco diverge no tocante à conceituação do contrato de incorporação imobiliária. Melhim Namem Chalhub, por exemplo, registra se tratar de um “contrato complexo, formado pela conjunção de dois ou mais atos” destinados ao cumprimento da função social e econômica da incorporação imobiliária. O objeto do contrato de incorporação, na linha da conceituação do próprio negócio, é a venda de unidades imobiliárias que comporão edificações coletivas e a entrega dessas unidades aos adquirentes, com a transferência e o registro da propriedade em nome destes no Registro de Imóveis.⁹⁹

Orlando Gomes aponta que é o instrumento por meio do qual uma parte se obriga, em face de distintos adquirentes, a promover a construção (por si ou por intermédio de terceiros) de edifício dividido em unidades imobiliárias autônomas, sob o regime de condomínio especial. Nesse sentido, o contrato pressupõe três prestações fundamentais, já indicadas anteriormente para conceituação da atividade da incorporação, que consistem na alienação da fração ideal do terreno, na construção do edifício e na constituição do condomínio.¹⁰⁰

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, indica que o contrato de incorporação é o ajuste pelo qual o incorporador se compromete a construir e, ao final, transferir a propriedade horizontal de unidades autônomas de um mesmo edifício e as partes ideais do terreno e das áreas comuns, àqueles que descreve como “tomadores de apartamentos” (os adquirentes de unidades), mediante um preço fixo ou ajustável, conforme disposição contratual e espécie de incorporação.¹⁰¹

No mesmo sentido, verifica-se os ensinamentos de Caio Mario da Silva Pereira¹⁰², José Marcelo Tossi Silva¹⁰³, Arnaldo Rizzardo¹⁰⁴, Rodrigo Azevedo Toscano de Brito¹⁰⁵ e

⁹⁸ “Basta a transcrição das disposições legais para se ver que só por uma deformação conceitual se pode tipificar o contrato de incorporação como compra e venda pura.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. **Revista dos Tribunais**, v. 712/1995, p. 102-111, fev. 1995).

⁹⁹ CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária Sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, vol. 50/2001, p. 92-135, jan./jun. 2001. p. 92.

¹⁰⁰ GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. op. cit., p. 1339-1340.

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. p. 237.

¹⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. op. cit., p. 12.

¹⁰³ SILVA, José Marcelo Tossi. op. cit., p. 41.

¹⁰⁴ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 1332.

¹⁰⁵ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à Luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 178.

Maria Helena Diniz¹⁰⁶. Trata-se, assim, de contrato complexo, formado por um conglomerado de ajustes autônomos¹⁰⁷⁻¹⁰⁸, que se caracteriza como um “negócio jurídico típico bilateral, consensual, oneroso, comutativo, solene e de execução continuada”¹⁰⁹, não devendo ser enquadrado, necessariamente, como um contrato por adesão¹¹⁰ (embora se verifique posicionamentos divergentes¹¹¹).

Isso posto, cabe destaque aos ensinamentos de Pedro Elias Avvad. Apesar de conceituar o contrato como “o instrumento pelo qual o incorporador se compromete a vender uma unidade condominial que, embora devidamente projetada e especificada, ainda não existe no momento do contrato”, o autor reputa “absolutamente imprópria” a referência a “contrato de incorporação”. Nessa linha, indica que tal denominação será raramente encontrada na prática, na medida em que melhor designa a atividade do incorporador do que a espécie contratual por ele celebrada.¹¹²

A crítica acerca da denominação “contrato de incorporação” merece atenção. Diante da complexidade de uma incorporação imobiliária, não se poderia esperar que estivesse resumida à celebração de um único instrumento. Em vista do caráter dinâmico da atividade, o contrato de incorporação deve ser encarado como um pacto de cunho coletivo, composto por

¹⁰⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Tribunais**, vol. 2. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 11.

¹⁰⁷ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. op. cit., p. 1332.

¹⁰⁸ AZEVEDO JR., José Osório de. **Compra e venda, troca ou permuta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 29.

¹⁰⁹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 199.

¹¹⁰ É o que afirma Caio Mário da Silva Pereira: “Por não atentarem na sua natureza, muitos querem ver na incorporação um contrato de adesão ou contrato por adesão. Para a tal chegarem, impressionam-se com o fato de ter o incorporador já redigido e muitas vezes até impresso o instrumento contratual, que os co-contratantes se limitam a assinar. Não é, porém, a existência de contrato-tipo que caracteriza o contrato por adesão. Ocorre este último quando se constitui pela adesão da vontade de um oblato indeterminado à proposta permanente de um policitante ostensivo. [...] No contrato de incorporação, o instrumento da avença é previamente impresso ou policopiado por uma questão de comodidade ou de facilidade prática, não querendo dizer que o adquirente de unidade simplesmente adere ao contexto predeterminado. Se normalmente a formação do contrato é simplificada, isto não significa que as partes não possam discutir as cláusulas e adotar as que melhor condizem com seus respectivos interesses.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Incorporação imobiliária*. op. cit., p. 12). Na mesma linha: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 59.870-SP**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 1999.

¹¹¹ Exemplo claro se encontra na lição de José Marcelo Tossi Silva: “Sujeitam-se os adquirentes [...] à adesão ao contrato uniforme que é previamente elaborado pelo incorporador, não constituindo a possibilidade de alteração não substancial de seu conteúdo, elemento suficiente para que o contrato de incorporação imobiliária se transforme em paritário. [...] Isso faz considerar o contrato de incorporação imobiliária como sendo de adesão [...]” (SILVA, José Marcelo Tossi. op. cit., p. 49).

¹¹² AVVAD, Pedro Elias. op. cit., p. 635.

dois fatores: a celebração de contratos coligados; e a prática dos atos jurídicos formais necessários à consecução da incorporação.¹¹³

Já se conceituou anteriormente a incorporação imobiliária, enquanto negócio jurídico. De igual modo, na presente seção se analisou brevemente as características do “contrato de incorporação” e registrou-se que tal instrumento é composto por diversos contratos coligados. Ocorre que, dentre os referidos contratos coligados, o instrumento para comercialização de unidades certamente se enquadra como um dos mais importantes para a incorporação imobiliária¹¹⁴ e merece especial atenção na presente pesquisa.

Apesar dos esforços nas linhas anteriores para apresentação dos principais conceitos, nem sempre há clara distinção doutrinária entre o *contrato de incorporação* e o *contrato de comercialização* de unidade – o que se mostra justificável, pela já indicada combinação de atos jurídicos que compõem a incorporação imobiliária. Não se afigura incorreto afirmar que o contrato de comercialização integra o contrato incorporação, quase se tratando de uma espécie “comercialização” inserida no gênero “incorporação”. Tal analogia, embora se afaste em parte da boa técnica, parece bem ilustrativa.

Nomeia-se como “contrato de comercialização” tendo em vista que há diferentes formatos jurídicos para instrumentalizar tal ato. Entre as possibilidades, os contratos mais utilizados para comercialização dos imóveis nas incorporações imobiliárias são a promessa de compra e venda de unidade; a promessa de compra e venda de fração ideal do terreno e de construção (com um construtor ou com o próprio incorporador); e a compra e venda com pacto adjeto de alienação fiduciária¹¹⁵. Por se tratar da modalidade mais usual¹¹⁶, delimitar-se-á os apontamentos da presente pesquisa às *promessas de compra e venda de unidades futuras*, cujas características permitirão uma melhor aplicação dos temas que serão abordados adiante.

Ressalva-se, contudo, que a delimitação do escopo de análise tem por finalidade tão somente conferir objetividade aos aspectos introdutórios da pesquisa. Como se verificará no próximo capítulo, não se estabeleceu distinção para os tipos de contratos de comercialização das unidades na Lei nº 13.786/2018, de onde se extrai que a aplicabilidade das cláusulas penais por resolução contratual é ampla, englobando quaisquer alienações de unidades ou frações ideais no âmbito de uma incorporação imobiliária.

¹¹³ BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit., p. 381-382.

¹¹⁴ Trata-se, afinal, do “negócio jurídico objetivado pela incorporação” (AVVAD, Pedro Elias. op. cit., p. 625).

¹¹⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 235.

¹¹⁶ “O contrato de alienação de fração ideal do terreno à qual se vincula a unidade autônoma a construir, ou em construção, pode se revestir de diferentes modalidades, sendo a mais comum o compromisso de compra e venda.” (SILVA, José Marcelo Tossi. op. cit., p. 58).

Com efeito, não se desconsidera a falta de univocidade acerca da nomenclatura conferida aos contratos, ora denominados *compromisso* de compra e venda, ora chamados *promessa* de compra e venda. Parte da doutrina, a exemplo das obras de Orlando Gomes¹¹⁷, José Osório de Azevedo Junior¹¹⁸, Valter Farid Antonio Junior¹¹⁹ e Mauro João Matté¹²⁰, sustenta que as promessas de compra e venda se caracterizariam como instrumentos dotados de maior fragilidade e passíveis de retratação, diferentemente dos compromissos de compra e venda, que seriam irretratáveis e capazes de atribuição de direito real ao comprador. Sob tais premissas, considerando as características do negócio e as exigências da Lei nº 4.591/1964, estar-se-ia diante de compromissos de compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária.

Por outro lado, Tarcisio Teixeira denomina promessa de compra e venda o instrumento pelo qual são alienadas unidades autônomas em sede de incorporação imobiliária. Com fundamento no artigo 32, § 2º¹²¹, da Lei nº 4.591/1964, o autor sustenta a irretratabilidade da promessa de compra e venda; a obtenção de direito real pelo comprador, mediante averbação do contrato junto ao Registro Imobiliário; além da possibilidade de adjudicação compulsória, em caso de não outorga voluntária do contrato definitivo.¹²² Também intitulam o instrumento como promessa Caio Mário da Silva Pereira¹²³ e Melhim Namem Chalhub¹²⁴.

A maior parte dos autores estudados, contudo, parece tratar do compromisso e da promessa de compra e venda como sinônimos. Ao se referirem ao instrumento sob ambas as denominações, Darcy Bessone¹²⁵, Arnaldo Rizzardo¹²⁶, Arnaldo Wald¹²⁷, Olivar Vitale¹²⁸ e

¹¹⁷ GOMES, Orlando. **Contratos**. op. cit., p. 242.

¹¹⁸ AZEVEDO JR., José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 22.

¹¹⁹ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 17.

¹²⁰ MATTÉ, Mauro João. **O contrato de compromisso de compra e venda e outros instrumentos particulares perante o registro de imóveis**. Leme/SP: Mizuno, 2022. p. 47.

¹²¹ Lei nº 4.591/1964: Art. 32. O incorporador somente poderá alienar ou onerar as frações ideais de terrenos e acessões que corresponderão às futuras unidades autônomas após o registro, no registro de imóveis competente, do memorial de incorporação composto pelos seguintes documentos: [...] § 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.

¹²² TEIXEIRA, Tarcisio. **Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 82.

¹²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III**. op. cit., p. 91.

¹²⁴ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 241.

¹²⁵ “No direito positivo brasileiro, não há rigor de terminologia. [...] usaremos indiferentemente qualquer das denominações [...]” (BESSONE, Darcy. op. cit., p. 61-62).

¹²⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. op. cit., p. 395.

¹²⁷ WALD, Arnaldo. **Direito civil: contratos em espécie**, vol. 3. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book. p. 48.

Roberta Mauro Medina Maia¹²⁹ se aproximam do que afirma Miguel Maria de Serpa Lopes: “tanto a palavra promessa como a expressão compromisso, se equivalem”¹³⁰.

Concorda-se com este último posicionamento. Afinal, verifica-se a utilização de ambas as expressões nos dispositivos legais atinentes¹³¹. De igual modo, se a irretratabilidade dos contratos seria o principal aspecto para determinar a sua nomenclatura, a questão parece solucionada com a Lei nº 4.591/1964, pois expressamente é conferida tal característica aos instrumentos de alienação de unidades (conforme dispõe o aludido artigo 32, § 2º). Até mesmo alguns autores que se dedicam a diferenciar os termos “compromisso” e “promessa” reconhecem que, apesar da distinção teórica, “Isso não implica, contudo, em afirmar que a denominação atribuída ao contrato determinará os efeitos que irá produzir à luz do direito posto”¹³². Para melhor organização de ideias e uniformização de linguagem, adota-se na presente pesquisa a denominação *promessa* de compra e venda.

Adentrando-se ao tema, para Darcy Bessone a promessa de compra e venda é uma espécie do gênero contrato preliminar, e se caracteriza como o contrato por meio do qual as partes se comprometem a celebrar, mais tarde, contrato (definitivo) de compra e venda.¹³³ Trata-se do compromisso de contratar a transferência de domínio, após o pagamento do preço ou a implementação de algum fato ou ato necessário. Desse modo, a comercialização do imóvel seria composta por um contrato preliminar (ora analisado), cujo objeto é uma obrigação de fazer, consistente na celebração da compra e venda em si; e por um contrato definitivo, para transferência de propriedade da coisa.¹³⁴

¹²⁸ VITALE, Olivar. Contratos imobiliários. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 185.

¹²⁹ MAIA, Roberta Mauro Medina. Irretratabilidade e inexecução das promessas de compra e venda diante da Lei nº 13.786/2018 (Lei dos Distratos Imobiliários). **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 22, p. 73-97, out./dez. 2019.

¹³⁰ “O que elas devem exprimir, e ambas o fazem com perfeição, é a idéia de que o contrato em causa tem por objeto um *contrahere* futuro contendo, entretanto, tôdas as condições da exteriorização dêsse segundo ato de vontade, já antecipadamente prefixadas, de modo a reduzir o papel da vontade do contraente a simplesmente ratificar o ato anterior, admitindo como cumpridas as condições estipuladas no mesmo para a exigibilidade do segundo consentimento.” (SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Tratado dos registros públicos**: em comentário ao Decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Decreto n.º 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro. Vol. IV – Registo de Imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e Registo da propriedade literária, científica e artística. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961. p. 211).

¹³¹ “Outros instrumentos legais vieram e, ainda assim, não se observou o desejado rigor terminológico. A Lei nº 4.591/64 [...] denominou-o como *promessa de contratar*; [...] a Lei nº 6.015/73 (art. 167, I, nº 9) e o artigo 1.225, VII, do Código Civil fazem menção à expressão *compromisso de compra e venda*.” (ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 17).

¹³² ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 19.

¹³³ BESSONE, Darcy. op. cit., p. 78.

¹³⁴ *Ibid*, p. 167.

Valter Farid Antonio Junior, também classificando a promessa de compra e venda como contrato preliminar (de modalidade imprópria), registra que o instrumento é dotado de caráter exauriente e antecede a transferência do direito de propriedade por escritura pública. O autor explica que o referido instrumento é celebrado por distintas razões, tais como fiscais, pagamento diferido do preço contratado ou necessidade de regularização documental do imóvel (ou das partes), protraindo-se no tempo a transferência de titularidade do bem.¹³⁵

José Osório de Azevedo Jr. afirma que a promessa de compra e venda se caracteriza como uma espécie do gênero “compra e venda”, não se tratando de um mero contrato preliminar dependente de um principal. Nessa linha, considera “pouco” afirmar que o objetivo das partes seria tão somente a celebração de um contrato definitivo futuro. Estar-se-ia diante de instrumento por meio do qual as partes avançam a compra e venda de um imóvel conservando o domínio ao vendedor, com a finalidade de garantia. Assim, na medida em que o crédito é recebido pelo vendedor a propriedade é transferida ao comprador, até que os poderes elementares do domínio sejam inteiramente consolidados em favor deste, com a quitação do preço.¹³⁶

Pode-se afirmar que a promessa de compra e venda se caracteriza como “um contrato de compra e venda no qual o acordo de transmissão fica diferido no tempo”¹³⁷. Compondo a rede contratual que é tecida para operação de uma incorporação imobiliária¹³⁸, trata-se de instrumento preliminar vinculado à celebração de uma escritura pública para transferência da propriedade, mas não limitado à mera celebração de um contrato futuro¹³⁹. Por meio da promessa, as partes se vinculam contratualmente, negociam o imóvel e estabelecem os elementos fundamentais do negócio, tais como a coisa, o preço e o consenso. Além disso, contrata-se as estipulações peculiares à atividade da incorporação imobiliária, a exemplo da indicação de eventual financiamento das obras, do regime estabelecido para a construção, da definição de obras e serviços não incluídos no preço e, aspecto central desta pesquisa, das hipóteses de resolução do contrato com as respectivas cláusulas penais¹⁴⁰.

¹³⁵ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 16.

¹³⁶ AZEVEDO JR., José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. op. cit., p. 18-22.

¹³⁷ ALVES, Magno Flores. A compra e venda imobiliária com acordo de transmissão diferido (ou, simplesmente, compromisso de compra e venda). **Revista de Direito Imobiliário**, v. 84/2018, p. 269-308, jan./jun. 2018.

Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/>[...]. Acesso em: 22/08/2022.

¹³⁸ SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. op. cit., p. 224.

¹³⁹ ALVES, Magno Flores. op. cit., p. 269-308.

¹⁴⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 214.

No âmbito da incorporação imobiliária, a promessa de compra e venda encontra fundamento em diversos dispositivos legais. Elenca-se, não exaustivamente, os artigos 29, parágrafo único, 32, § 2º, e 41 da Lei nº 4.591/1964; o artigo 167, inciso I, nº 18, da Lei nº 6.015/1973; e os artigos 462, 483, 1.225, inciso VII, e 1.417, da Lei nº 10.406/2002. Cabe destaque também às modificações promovidas com a Lei nº 13.786/2018, especificamente no tocante à inserção do artigo 35-A à Lei nº 4.591/1964, com o qual se estabeleceu a obrigatoriedade de um quadro-resumo na parte inicial no contrato prevendo o preço total a ser pago, o valor da comissão de corretagem e a identificação de seu beneficiário, as consequências do desfazimento do contrato (com ênfase para as penalidades e para os prazos de devolução de valores ao adquirente), entre outras disposições analisadas adiante.

As promessas de compra e venda não apenas se destinam à transmissão de direito aquisitivo ao promitente comprador, mas também operam a já indicada sistemática de captação de recursos para formação do capital da incorporação imobiliária.¹⁴¹ Assim, se o promitente comprador almeja garantir que receberá a unidade imobiliária, ao tempo e ao modo avençados; e se a promitente vendedora aspira o recebimento do preço para continuidade do fluxo financeiro do empreendimento, exsurge a importância do caráter de irretratabilidade das promessas de compra e venda na incorporação imobiliária.

“A irretratabilidade exprime, mesmo, um princípio nos negócios imobiliários de massa, como são o loteamento e a incorporação”¹⁴². Traço característico da promessa de compra e venda, a irretratabilidade é o atributo que possibilita a execução específica do contrato (adjudicação compulsória) e a constituição de direito real ao promitente comprador, mediante registro junto à matrícula do empreendimento¹⁴³. Trata-se, portanto, de caractere sem o qual não seria possível conferir mínima segurança jurídica aos negócios imobiliários e cuja ausência se mostra até mesmo incompatível com a sistemática da incorporação.

Para que se entenda a importância da irretratabilidade, sob a égide do Código Civil de 1916, quando ainda livre o exercício do direito de arrependimento em relações contratuais, eram constantes os excessos praticados por empreendedores que, após a valorização dos lotes prometidos a venda, exerciam o direito de arrependimento (mediante a alternativa de ressarcimento das perdas e danos aos adquirentes) e revendiam tais imóveis a novos

¹⁴¹ CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7/2016, p. 147-183, abr./jun. 2016.

¹⁴² CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação imobiliária*. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2017. p. 352.

¹⁴³ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 24.

adquirentes por um preço reajustado, aumentando o seu lucro com o negócio¹⁴⁴. Não havia qualquer garantia ao promitente comprador, já que os altos índices de inflação faziam com que a devolução dos valores pagos (mesmo em dobro) não correspondesse à valorização do terreno¹⁴⁵.

Tais circunstâncias bem exemplificam situação denominada “inadimplemento eficiente” (*efficient breach*¹⁴⁶), quando os custos para consecução do contrato são superiores às consequências do inadimplemento, incluídos os custos com perdas e danos¹⁴⁷. Apesar dos argumentos econômicos em favor, tal prática frustra a finalidade do negócio jurídico e não se posta a assegurar o direito fundamental social à moradia. Isso porque o adquirente que se deparasse com a desistência do negócio pelo empreendedor, na situação narrada acima, não encontraria outro bem de reposição de características similares com o mesmo preço, ou seja, as circunstâncias de mercado impossibilitariam a aquisição de outro imóvel pelo adquirente com os valores anteriormente avençados.

Diante de tal cenário, o legislador buscou estabelecer normas voltadas para a proteção dos adquirentes e em conformidade com os princípios da boa-fé e da estabilidade das relações jurídicas¹⁴⁸. Com o advento do Decreto-lei nº 58/1937¹⁴⁹ a irretratabilidade se tornou “traço típico indispensável”¹⁵⁰ dos negócios jurídicos imobiliários (na ocasião, no âmbito da alienação de terrenos loteados ou não), inibindo-se a faculdade de arrependimento e determinando-se que o registro do contrato constituiria direito real ao adquirente. Desde então se mantém a irretratabilidade como regra no tocante às promessas de compra e venda nos negócios imobiliários. No caso da incorporação, a obrigatoriedade está prevista no já referido artigo 32, § 2º, da Lei nº 4.591/1964.

Sucedo que, embora a irretratabilidade tenha sido inicialmente disposta em favor dos interesses e direitos dos adquirentes de unidades, com a crise econômica de 2014 tal caractere

¹⁴⁴ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 25.

¹⁴⁵ WALD, Arnoldo. op. cit., p. 51.

¹⁴⁶ “[...] o direito a um desempenho específico prejudicaria algumas violações eficientes. Se A viola o seu contrato com B para vender a C porque C pagará mais do que o dano a B pela violação, a quebra contratual aumenta o produto social: B não está pior, e A e C estão melhores.” (POSNER, Richard Allen. *Let Us Never Blame a Contract Breaker*, *Michigan Law Review*, v. 107/1349, p. 1349-1364, jun. 2009. p. 1350-1351, tradução nossa).

¹⁴⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 76.

¹⁴⁸ ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 25.

¹⁴⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937**. Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em 12/08/2022.

¹⁵⁰ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 76.

foi posto à prova em razão do polo oposto. A depreciação do valor dos imóveis após a celebração das promessas de compra e venda ensejou tentativas de desfazimento de contratos por parte dos próprios adquirentes. Nem sempre por ausência de condições de adimplemento do preço, mas também por mera conveniência.¹⁵¹ Essa circunstância gerou gravíssimos efeitos no mercado imobiliário e será melhor retratada no próximo capítulo.

Independentemente do prisma sob o qual se analise (seja em defesa dos direitos e expectativas dos adquirentes, ou em prol dos efeitos de desistências contratuais para os empreendedores), resta evidente que as promessas de compra e venda devem ser irretratáveis, sob pena de uma instabilidade contratual incompatível com o negócio da incorporação imobiliária. A irretratabilidade não apenas confere proteção patrimonial a cada adquirente individualmente, mas também resguarda os interesses de toda a coletividade de promitentes compradores, na medida em que estes contratos representam fonte financeira indispensável para a realização da função econômica da incorporação¹⁵². Deve-se garantir o fluxo financeiro previsto, caso contrário, o ritmo de execução das obras do empreendimento será reduzido, postergando a sua conclusão e prejudicando a coletividade.

Uma única exceção à irretratabilidade, na incorporação imobiliária, é verificada no artigo 67-A, §§ 10 a 12¹⁵³, da Lei nº 4.591/1964 (também inserido por meio da Lei nº 13.786/2018). Em análise à realidade do mercado imobiliário atual, o legislador admitiu a hipótese já anteriormente prevista no artigo 49 da Lei nº 8.078/1990¹⁵⁴ (Código de Defesa do Consumidor), tornando possível a denúncia da promessa de compra e venda no prazo de 7 (sete) dias, quando firmada em estandes de venda fora da sede da incorporadora¹⁵⁵. Esta possibilidade não afasta o caráter de irretratabilidade das promessas de compra e venda, mas

¹⁵¹ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 74.

¹⁵² CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. op. cit., p. 153.

¹⁵³ Lei nº 4.591/1964: Art. 67-A. [...] § 10. Os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem. [...] § 12. Transcorrido o prazo de 7 (sete) dias a que se refere o § 10 deste artigo sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, será observada a irretratabilidade do contrato de incorporação imobiliária, conforme disposto no § 2º do art. 32 da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

¹⁵⁴ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 18/08/2022.

¹⁵⁵ “Se a alienação do imóvel ocorrer dentro da sede do incorporador, não há o direito de arrependimento, [...] o adquirente não estará exposto a técnicas de *marketing* capazes de influenciá-lo para a tomada de decisões precipitadas.” (SOARES, Renata de Souza Maeda. O Direito de Arrependimento da Lei 13.786/2018. In: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 322).

confirma a regra geral ao conferir tal prerrogativa ao adquirente e solucionar controvérsia até então presente nos negócios imobiliários¹⁵⁶.

A ênfase conferida à irretratabilidade das promessas de compra e venda se justifica pelo fato de tangenciar o problema da presente pesquisa. A extinção dos contratos possui hipóteses específicas e bem delimitadas, dentre as quais não se encontra a desistência de uma das partes (resilição unilateral). Não sendo passível de denúncia, o adquirente que “desiste” do contrato, na prática, torna-se inadimplente, dando ensejo à resolução do contrato¹⁵⁷ (cujas penalidades serão objeto de análise específica no próximo capítulo).

Durante a fase de execução, as promessas de compra e venda poderão ser extintas, conforme as disposições da Lei nº 4.591/1964, por execução voluntária, mediante o cumprimento das obrigações avençadas; por resilição bilateral (ou distrato), decorrente de manifestação de vontade das partes contratantes; por resolução extrajudicial seguida de leilão, em casos de inadimplemento do adquirente da obrigação de pagar o preço do imóvel; e por resolução judicial, diante do inadimplemento de quaisquer das partes contratantes. Além disso, em contratos dotados de garantias reais, também se verifica as hipóteses de extinção por execução hipotecária, à luz do Decreto-lei nº 70/1966¹⁵⁸; e por execução fiduciária, conforme previsto na Lei nº 9.514/1997¹⁵⁹.¹⁶⁰

Importa para a presente pesquisa a resolução judicial da promessa de compra e venda por inadimplemento da parte adquirente. Ou seja, as hipóteses em que há inadimplemento absoluto¹⁶¹ do promitente comprador, a ensejar a extinção do contrato e a restituição das

¹⁵⁶ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Direito de Arrependimento do Adquirente no Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel em Construção. In: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 349-350.

¹⁵⁷ “[...] não se nega que o adquirente tenha direito à resolução do contrato, mesmo irrevogável e irretratável [...]” (VITALE, Olivar. Impossibilidade de resilição unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 1, nov. 2018, v. 1, p. 144-164. São Paulo: Ibradim, 2018. p. 150).

¹⁵⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966**. Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0070-66.htm. Acesso em: 21/08/2022.

¹⁵⁹ BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997**. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 21/08/2022.

¹⁶⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 424.

¹⁶¹ “[...] importante estabelecer as diferenças essenciais entre inadimplemento e mora, já que não raras vezes os institutos são tratados, de forma indevida, como sinônimos. Haverá inadimplemento no caso de absoluta impossibilidade de cumprimento da obrigação prevista no contrato por fato imputável ao devedor. Ela é definitiva e autoriza o credor a exigir, judicialmente, a desconstituição do contrato e as perdas e danos decorrentes da inexecução. A mora, por sua vez, é caracterizada pela impossibilidade transitória de

partes ao *status quo ante*. O inadimplemento do adquirente “consiste, fundamentalmente, na abstenção do pagamento das parcelas ajustadas do preço de compra da unidade, ou das parcelas devidas pela construção”¹⁶².

Diante do inadimplemento do adquirente, a resolução do contrato é o remédio concedido à parte credora para romper o vínculo contratual mediante ação judicial¹⁶³. A resolução exonera as partes e estabelece uma relação de liquidação¹⁶⁴ que compreende a restauração da situação anterior ao contrato, consolidando no patrimônio da incorporadora o domínio da unidade prometida à venda; a restituição (parcial) das quantias pagas pelo promitente comprador; e o ressarcimento das perdas e danos decorrentes do inadimplemento contratual, de forma a recompor os custos da incorporadora para a celebração do contrato.¹⁶⁵

Neste último ponto, de recomposição patrimonial da incorporadora, exsurge a prefixação de danos usualmente realizada no âmbito da incorporação imobiliária (e dos negócios imobiliários, em geral). Diante da hipótese de resolução por inadimplemento do promitente comprador – portanto, nas ocasiões em que o adquirente, após assinatura do contrato e início do pagamento do preço, deixa de quitar as demais parcelas ajustadas –, consolidou-se no mercado o estabelecimento de cláusulas contratuais que permitissem ao incorporador a retenção de parte dos valores desembolsados pelo adquirente, a título de cláusula penal¹⁶⁶.

As promessas de compra e venda passaram a conter cláusulas para fixação dos valores a serem retidos, com variações de toda ordem para a sua aplicação, relacionadas principalmente ao percentual de retenção em si, mas também à forma e ao prazo de devolução de tais valores ao adquirente inadimplente. Geralmente estipuladas em percentuais sobre o preço total do contrato e com a devolução dos valores diferida no tempo, as cláusulas penais invariavelmente eram alteradas por decisões judiciais.

cumprimento, pelo devedor, da obrigação que lhe incumbe por força do contrato.” (ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. op. cit., p. 45).

¹⁶² AVVAD, Pedro Elias. op. cit., p. 638.

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Contratos**. p. 171.

¹⁶⁴ “Liberadas as partes em virtude da resolução, surge uma nova relação entre elas – a de liquidação –, a fim de que sejam cumpridos os efeitos da resolução, em especial definidos os termos em que deve ocorrer a restituição das prestações executadas e a definição dos valores que integrarão a indenização por perdas e danos devida em favor daquele que não descumpriu e sofreu com a inadimplência do outro.” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 508-509).

¹⁶⁵ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 455.

¹⁶⁶ VITALE, Olivar. Impossibilidade de resilição unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. op. cit., p. 147.

Nesse cenário, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a Súmula 543¹⁶⁷, segundo a qual se reconheceu: que a extinção ocorre mediante resolução, em razão da irretratabilidade da promessa; que a restituição de valores seria parcial, quando diante de inadimplemento do adquirente; e que a devolução das quantias pagas deveria ocorrer imediatamente.¹⁶⁸ Deixou-se de estabelecer os percentuais máximos de retenção na referida súmula, mas a jurisprudência caminhou no sentido de arbitrar entre 10 (dez) e 25% (vinte e cinco por cento) a retenção sobre os valores pagos (jamais sobre o valor total do contrato), conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados¹⁶⁹.

Como se verifica, na ausência de disposições legais a respeito, o caminho para regulação da forma de resolução das promessas de compra e venda foi pela via jurisprudencial. No entanto, como seria possível prever, a padronização estabelecida se mostrou incompatível com a função da cláusula penal e, mais ainda, conflitante com a sistemática da incorporação imobiliária. Como explica Melhim Namem Chalhub, o patamar fixado para as cláusulas penais desconsidera as perdas efetivamente experimentadas pelos incorporadores, na medida em que, no curso das obras, o adquirente paga somente cerca de 20% (vinte por cento) do valor do contrato. A parte mais substancial geralmente é quitada na entrega das chaves, mediante financiamento imobiliário. Desse modo, o autor demonstra, exemplificativamente, que a fixação da penalidade de retenção entre 10 (dez) e 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos, quando somente quitado 20% (vinte por cento) do valor do contrato, corresponderia a um percentual entre 2 (dois) e 5% (cinco por cento) do preço de venda, o que não seria capaz de cobrir os custos do incorporador para celebração da promessa.¹⁷⁰

Não bastasse a insuficiência do patamar de retenção fixado pela jurisprudência, a forma e o prazo para desembolso pelos incorporadores se mostram igualmente gravosos. Conforme exposto anteriormente, a incorporação imobiliária possui um fluxo financeiro cuja observância é essencial para o adequado andamento das obras e para a satisfação dos direitos

¹⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Súmula nº 543**. “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” Brasília, 2015.

¹⁶⁸ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 425.

¹⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis. **Jurisprudência em Teses**, n. 110. Brasília, 2018. p. 3.

¹⁷⁰ CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. op. cit., p. 163.

da coletividade dos adquirentes. Nessa linha, ao se estabelecer o ressarcimento imediato dos valores pagos ao adquirente, gerou-se um dos mais severos problemas enfrentados pelos incorporadores. Em momentos de crise de liquidez, ou diante da dificuldade de revenda das unidades recolocadas em estoque (após resolução das promessas de compra e venda), a restituição imediata de valores pode representar grave ônus à consecução do empreendimento e, naturalmente, aos interesses da coletividade.¹⁷¹

Apesar das incompatibilidades acima narradas, a jurisprudência acerca das resoluções de promessas de compra e venda assim se manteve. A ausência de preocupação com as externalidades¹⁷² das decisões proferidas ensejou a mobilização de uma enorme cadeia econômica e trouxe alarmante ameaça aos atores do mercado imobiliário. Diante de um cenário caótico, agravado pela crise econômica vivenciada a partir de 2014, foi promulgada a Lei nº 13.786/2018, com o objetivo precípua de estabelecer os patamares de retenção de valores em casos de resolução por inadimplemento dos adquirentes e de regulamentar o prazo de devolução destes¹⁷³. Algo precisava ser feito e, ao menos naquela ocasião, a nova lei parecia a ferramenta capaz solucionar uma série de discussões e conferir fôlego à indústria da construção. Analisar-se-á melhor tal cenário e a nova lei no próximo capítulo.

¹⁷¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2. p. 721.

¹⁷² Acerca da conceituação das externalidades: “[...] ressalta-se que as externalidades ou efeitos sobre o exterior representam as consequências secundárias ou não diretamente almejadas decorrentes das atividades de produção e consumo, que implicam a imposição involuntária de custos ou benefícios a terceiros; ou seja, são efeitos positivos ou negativos que atingem indivíduos não diretamente relacionados às atividades que lhe originam, entre as quais [...] àquelas que são decorrentes das atividades contratuais.”. Assim como se verifica na atividade jurisdicional. (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Análise Econômica do Direito dos Contratos: Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado**. Londrina: Thoth, 2021. E-Book. p. 221.).

¹⁷³ MAIA, Roberta Mauro Medina. *op. cit.*, p. 88.

2 LEI Nº 13.786/2018: A LEI DOS “DISTRATOS” E OS SEUS EFEITOS NO MERCADO IMOBILIÁRIO

Apresentados os conceitos mais essenciais relacionados à incorporação imobiliária e às promessas de compra e venda de unidades, verificou-se que a resolução dos contratos por inadimplemento dos adquirentes possuía aspectos controvertidos que demandavam regulamentação. Nesse contexto sobreveio a Lei nº 13.786/2018, na tentativa de constituir um regramento adequado para as relações contratuais e, assim, estabelecer um quadro de incentivos que permitisse a consecução dos objetivos econômicos e sociais da incorporação.

Ocorre, todavia, que antes mesmo do advento da nova lei já se comentava acerca das razões para mitigar a sua aplicabilidade¹⁷⁴, sempre em prol da “defesa” dos adquirentes, muitas vezes sem a devida atenção para as externalidades dessa mitigação ao mercado como um todo (e, por consequência, aos próprios adquirentes). Diante disso, no presente capítulo se analisa o cenário que justificou a promulgação da Lei nº 13.786/2018, os anseios e principais modificações promovidas pelo legislador nas incorporações imobiliárias e as possibilidades de mitigação de sua aplicação.

2.1 O CENÁRIO ECONÔMICO E AS EXTINÇÕES DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA NO MERCADO IMOBILIÁRIO PARA O ADVENTO DA LEI

A resolução das promessas de compra e venda de imóveis por inadimplemento dos promitentes compradores, aliada à desaceleração econômica generalizada, se posicionou como significativo entrave para a estabilidade da indústria da construção nos anos que antecederam o advento da Lei nº 13.786/2018. Entre 2014 e 2016, diante da grave crise enfrentada pelo mercado imobiliário, o desfazimento em série de promessas de compra e venda ensejou muitas divergências e representou “risco sistêmico com potencial de comprometer todo o setor de produção e financiamento imobiliário”. A partir de então, os

¹⁷⁴ Como comenta André Abelha, “Alguns juízes já arregaçaram as mangas, prontos para reduzir a multa nos seus processos” e, portanto, mitigar a aplicação da Lei nº 13.786/2018. (ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 46).

critérios para liquidação dos créditos decorrentes das resoluções (e dos distratos) das promessas de compra e venda passaram a ser objeto de ampla análise.¹⁷⁵

Os dados estatísticos relacionados às extinções contratuais daquele período permitem observar alguns contornos da crise enfrentada pelo mercado imobiliário. Em 2015, levantamentos indicavam que “a cada 100 (cem) contratos assinados para venda de unidades futuras, ao menos 41 (quarenta e um) foram extintos precocemente”¹⁷⁶, com o registro de meses em que as vendas chegaram a ser negativas (quando o número de desfazimentos supera a quantidade de vendas)¹⁷⁷. Em 2016 a situação não foi diferente, na medida em que “mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais no período”¹⁷⁸⁻¹⁷⁹. O impacto econômico-financeiro de tais extinções contratuais para a indústria foi evidente e implicou drástica redução do setor. Os altos índices somente não se mantiveram crescentes em razão da redução de novos lançamentos¹⁸⁰.

O mercado imobiliário, como qualquer outro, é cíclico. Naturalmente, os ciclos de aquecimento e de crise se refletem nas demandas judiciais que envolvem tais negócios. No momento anterior à situação acima narrada, entre 2011 e 2014, em um “período de ouro do mercado imobiliário”, as ações judiciais versavam principalmente sobre indenizações por atrasos de obras e revisão de cláusulas contratuais abusivas. A partir de 2015, no epicentro da crise, a mudança de quadro econômico levou ao aumento do desemprego, à redução das linhas de financiamento imobiliário, ao encarecimento do crédito e à desvalorização do metro quadrado. O resultado não poderia ser outro senão o aumento as demandas judiciais versando sobre a extinção dos contratos e a restituição das quantias pagas pelos adquirentes.¹⁸¹

É válido analisar o contexto narrado acima. Após assinatura das promessas de compra e venda, inúmeros adquirentes recaíram em inadimplemento ou buscaram,

¹⁷⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 217.

¹⁷⁶ VITALE, Olivar. Impossibilidade de resilição unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. op. cit., p. 146.

¹⁷⁷ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 218.

¹⁷⁸ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A (Ir)Retratibilidade do Compromisso Particular de Compra e Venda de Imóveis na Lei 13.786/2018. op. cit., p. 41.

¹⁷⁹ A título ilustrativo, no terceiro trimestre de 2016, as extinções contratuais atingiram 45,9% (quarenta e cinco inteiros e nove décimos por cento) das vendas realizadas no período, conforme levantamento realizado entre associados da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC. (Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE. **Indicadores ABRAINC – FIPE**. São Paulo: FIPE, ago. 2019. p. 9. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Release-Indicadores_201908.pdf. Acesso em: 15/08/2022).

¹⁸⁰ VITALE, Olivar. Impossibilidade de resilição unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. op. cit., p. 146.

¹⁸¹ LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. op. cit., p. 712-713.

judicialmente, a rescisão unilateral dos contratos celebrados (a despeito da já indicada irretratabilidade dos contratos). As razões para inadimplemento perpassavam, sem dúvidas, por situações de desemprego ou insuficiência financeira. Contudo, o ambiente de crise imobiliária contribuiu para agravar o quadro, por motivações diversas. A queda no valor de mercado dos imóveis ocasionou hipóteses em que o saldo devedor a ser pago pelo adquirente na entrega das chaves excedia consideravelmente o valor do bem. Em tais circunstâncias, não sendo economicamente vantajosa a manutenção da compra e venda, promitentes compradores passaram a buscar o desfazimento judicial do contrato para extinção da avença e ressarcimento dos valores pagos¹⁸², objetivando a quebra eficiente de contrato anteriormente conceituada.

Sob tais condições é que a irretratabilidade das promessas de compra e venda se renova enquanto caractere fundamental para as incorporações imobiliárias. Independentemente das razões invocadas (tais como a falta de condições econômicas, a impossibilidade financeira superveniente e a mudança de residência), não é facultado ao adquirente simplesmente manifestar a sua vontade no desfazimento do contrato. Em um histórico recente, notadamente a partir de 1980¹⁸³, os tribunais se dedicaram a solucionar hipóteses em que o adquirente estivesse inadimplente por situações de inequívoca incapacidade financeira. Buscou-se evitar que a parte inadimplente – adquirente da casa própria que tivesse enfrentado adversidades econômicas após a celebração da promessa de compra e venda –, se mantivesse vinculada a um contrato sem previsão de quitação do preço e sem o imóvel adquirido. Tratava-se, afinal, de solucionar um impasse que onerava ambas as partes contratantes, privilegiando a questão social em detrimento das regras do direito. Contudo, a questão foi tratada com simplicidade perigosa nesse novo ciclo de crise

¹⁸² OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 71-72.

¹⁸³ “No início dos anos 1980 ocorreu mais um dos ciclos de crise imobiliária. Milhares de adquirentes não conseguiram pagar as parcelas finais do preço, e nasceu daí um impasse. As construtoras retinham as chaves, em razão do inadimplemento da parcela final. Não pediam, porém, a extinção do contrato, porque como efeito *ex tunc* da resolução deveriam devolver parte significativa do preço atualizado já desembolsado pelo comprador, o que muitas vezes superava o valor atual de mercado da unidade.” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. op. cit., p. 714-715).

econômica. O Poder Judiciário passou a acolher inadvertidamente a rescisão unilateral por parte do adquirente, a despeito dos fundamentos apresentados nas ações propostas.¹⁸⁴

A jurisprudência foi condescendente às desistências contratuais ao beneficiar os adquirentes retirantes de uma incorporação imobiliária¹⁸⁵, declarando a extinção dos contratos, não raras vezes sob retenção mínima dos valores pagos, sem qualquer atenção para o fato de que a promessa de compra e venda não pode ser extinta por mero arrependimento do adquirente¹⁸⁶. A insegurança jurídica promovida pela tolerância do Poder Judiciário às “desistências” dos adquirentes ensejou, no primeiro momento, uma verdadeira explosão no número de extinções contratuais e ganhou contornos dramáticos após a crise econômica daquele período¹⁸⁷.

A condescendência da jurisprudência, em grande parte, acompanhou certa atecnia ao tratar de hipóteses de resolução contratual (por inadimplemento) como se rescisão fossem¹⁸⁸. Mas para muito além de eventual atecnia, o que se verificou foi um precedente extremamente perigoso, na medida em que a instabilidade decorrente de tais decisões, em última análise, viabilizou a “generalização das desistências”¹⁸⁹ dos adquirentes. Com respaldo da evolução jurisprudencial sobre o tema, passou-se da admissão da resolução ou revisão das promessas de compra e venda para a possibilidade de desistência dos contratos a requerimento da parte inadimplente¹⁹⁰. A externalidade¹⁹¹ previsível (e vivenciada no mercado) foi a problemática

¹⁸⁴ VITALE, Olivar. Impossibilidade de rescisão unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. op. cit., p. 148-149.

¹⁸⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 421-422.

¹⁸⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 9.

¹⁸⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 87.

¹⁸⁸ “Há julgado, diga-se, confundindo categorias contratuais distintas, que autoriza, inclusive, “rescisão por inadimplemento contratual dos adquirentes.” (GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 10).

¹⁸⁹ RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. op. cit., p. 422.

¹⁹⁰ O cenário foi amplamente analisado pela doutrina e alvo de severas críticas: “Contudo, embora inadmitido o exercício de rescisão unilateral pelo exercício do direito de arrependimento, a jurisprudência, ao longo dos anos, passou a permitir (e facilitar) a extinção do vínculo contratual por pleito firmado pelo adquirente, ainda que não fosse comprovado qualquer fundamento para tanto e mesmo após longo período da vigência do contrato. Nesses termos, fácil identificar julgados – de cunho técnico no mínimo controverso – que, a exemplo disso, permitiam a ‘rescisão unilateral’ do compromisso de compra e venda por ‘conveniência do comprador’. Há aqui decisões atécnicas, que fazem do direito privado uma forma de distribuição de renda, garantindo direitos a quem não têm, apenas por se tratar de parte vulnerável. É a velha “justiça” *contra legem* de Robin Hood, que deixa a floresta de Nottingham e se instala em terra *brasilis*.” (SIMÃO, José Fernando; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. In: ABELHA, André (coord.). **Estudos de direito imobiliário: homenagem a Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Ibradim, 2020. p. 236).

¹⁹¹ “[...] a externalidade é o impacto da ação de um agente sobre um terceiro que não participou dessa ação, desta relação econômico-social. O terceiro, a princípio, não paga nem recebe nada por suportar esse impacto.”

situação financeira das incorporadoras¹⁹², muitas vezes atingindo patamares insustentáveis, afetando o adequado andamento das obras e até mesmo a manutenção das atividades das empresas.

Com efeito, há um ponto crucial a ser observado nas extinções prematuras das promessas de compra e venda. Para além da quebra do fluxo financeiro das incorporações imobiliárias, anteriormente descrito, já se observou que as incorporadoras muitas vezes contratam financiamento para realização das obras. Ou seja, além do “financiamento direto” por meio da alienação de unidades aos adquirentes, busca-se no mercado financeiro a obtenção do capital necessário para execução do empreendimento. O problema das extinções das promessas (e, conseqüentemente, do imperativo de devolução dos valores recebidos) é que a dívida da incorporadora geralmente é quitada por meio do repasse da dívida de cada adquirente à instituição financiadora. Assim, quando da necessidade de devolução de valores, a incorporadora enfrenta problema triplo: quebra de expectativa no recebimento de créditos, descapitalização com a devolução dos valores e impossibilidade de quitação da dívida contraída para realização do empreendimento. A situação tem levado empresas a estado pré-falimentar, ensejando a (re)venda das unidades a valores muito menores do que os de mercado para quitação de débitos e afetando as expectativas financeiras das partes contratantes – notadamente dos adquirentes que honraram os seus compromissos, mas observaram a desvalorização de seu patrimônio diante da desistência dos demais.¹⁹³

Nesse cenário de desistências em série, evidenciou-se a necessidade de reexame dos critérios de liquidação de créditos decorrentes das resoluções (e dos distratos) das promessas de compra e venda, com o objetivo de revisar os percentuais de retenção sobre os valores pagos, o prazo e o modo de devolução destes. Tornou-se indispensável reavaliar a priorização dos direitos individuais dos adquirentes inadimplentes para que sejam observados os interesses comuns da coletividade, “não somente com vistas à preservação das condições financeiras de realização do programa contratual do empreendimento em que se verifica a

(PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenerd. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 2, p. 196-212, jul./dez. 2010. p. 204).

¹⁹² MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 88.

¹⁹³ RÊGO, Werson. Comentário Doutrinário ao Recurso Especial nº 1.300.418-SC. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, ano 27, p-299-468, out./dez. 2015, p. 424.

ruptura do contrato, mas, também, com a atenção voltada para o risco sistêmico do setor de produção e financiamento imobiliário”.¹⁹⁴

Os critérios de liquidação dos créditos devem ser analisados especialmente quando se trata de um promitente comprador investidor, aquele que compra o imóvel apenas para revendê-lo com lucro ou para auferir renda por meio de locação. Essa categoria de adquirente costuma ser a primeira a desistir do investimento, buscando o desfazimento imotivado do contrato ao se deparar com uma conjuntura desfavorável de mercado. Exatamente em face da noção atual de contrato e do princípio da função social dos contratos é que os efeitos do inadimplemento e as externalidades das extinções contratuais devem ser considerados quando no âmbito das incorporações imobiliárias. O inadimplemento de um adquirente influencia diretamente no sucesso da incorporação, de modo que não se pode interpretar cada uma das promessas de compra e venda de forma isolada, como se o inadimplemento de uma delas não afetasse a incorporação como um todo e o meio social sobre o qual repercutem os efeitos do contrato^{195, 196}.

Fato é que a “generalização das desistências” indicada acima se implementou no mercado imobiliário. Como já demonstrado, aliada à desaceleração econômica nacional, a extinção de contratos em massa imprimiu grave crise no setor da construção. A reação do mercado imobiliário foi justamente pleitear uma alteração legislativa que pudesse alinhar as relações contratuais à realidade econômica¹⁹⁷. Foi nesse contexto que se verificou a iniciativa do empresariado da construção civil pela Lei nº 13.786/2018, sobretudo em razão da jurisprudência que permitiu, sem adequada reflexão sobre os efeitos daí decorrentes, a

¹⁹⁴ CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. op. cit., p. 177-178.

¹⁹⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 215-217.

¹⁹⁶ Sobre o assunto, Werson Rêgo apresenta acertada análise: “[...] não se estaria necessariamente diante de um vulnerável e hipossuficiente consumidor, mas, sim, de um investidor ou especulador imobiliário, interessado na unidade para fazer um bom negócio, ao revendê-la; não para sua moradia. Assim, quando o mercado está se valorizando mais do que os índices de reajustes legais, este adquirente coloca sua unidade à venda, repassando o valor a outro cliente e saindo do negócio com o seu lucro. Por outro lado, quando o mercado está em crise, com valores que não acompanham seu débito, esse investidor prefere sair do negócio, realizando parte de suas perdas. Entretanto, ao se deferir a recuperação do capital investido, em parcela única e imediatamente, pode-se até dizer que se protegeu o adquirente na forma da legislação consumerista. Em verdade, porém, se protegeu um investidor/especulador, mas foram “desprotegidos” todos os demais verdadeiros consumidores, destinatários finais das unidades em incorporação, que, diante da descapitalização da incorporadora, correm o risco de ver a obra atrasar. E, se um número expressivo de investidores desistir do negócio, corre-se o grave risco de a incorporação ficar sem recursos para ser concluída. Quem perde mais?” (RÊGO, Werson. op. cit., p. 423-424).

¹⁹⁷ GOMIDE, Alexandre Junqueira. A (Ir)Retratibilidade do Compromisso Particular de Compra e Venda de Imóveis na Lei 13.786/2018. op. cit., p. 41.

resilição unilateral e imotivada das promessas de compra e venda de imóveis¹⁹⁸. Analisa-se a referida lei em mais detalhes na próxima seção.

2.2 A LEI Nº 13.786/2018 E OS POSSÍVEIS IMPACTOS AO MERCADO IMOBILIÁRIO

Apresentadas as circunstâncias que ensejaram a promulgação da Lei nº 13.786/2018, cumpre analisar a legislação em si, com ênfase para as alterações no âmbito da incorporação imobiliária, objeto da presente pesquisa. Nessa linha, serão observadas as principais modificações impostas à Lei nº 4.591/1964 e os efeitos esperados para a resolução dos contratos de comercialização de unidades em incorporação imobiliária. Antes, porém, dedicar-se-á brevemente ao exame do projeto que originou a nova lei.

2.2.1 Os projetos que originaram a Lei, as justificativas do legislador e o trâmite até aprovação

A Lei nº 13.786/2018 foi originada do Projeto de Lei nº 1.220/2015¹⁹⁹, apresentado pelo Deputado Celso Russomano. Em uma lauda, o autor do projeto propôs a limitação da cláusula penal para as hipóteses de “desistência” dos “contratos de compra e venda de imóveis” ao patamar de 10% (dez por cento) de retenção sobre os valores pagos²⁰⁰, com previsão de devolução dos valores em até 30 (trinta) dias úteis a partir da notificação do adquirente, em parcela única, corrigidos monetariamente e acrescidos de juros de 1% (um por cento) ao mês.

Além disso, previa-se a majoração da retenção de valores quando da imissão antecipada do adquirente na posse do imóvel (antes da quitação do contrato); a ausência de retenção na “hipótese de rescisão do contrato por culpa inexcusável da incorporadora”; e a retenção proporcional quando a incorporadora obtivesse “financiamento do imóvel junto à

¹⁹⁸ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 25.

¹⁹⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.220, de 22 de abril de 2015**. Regulamenta a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora. Brasília, Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>. Acesso em 23/08/2022.

²⁰⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018. **Revista dos Tribunais**, v. 1008/2019, p. 195-217, out. 2019.

instituição financeira”. Por fim, possivelmente o ponto mais controvertido do projeto estabelecia que “O adquirente poderá desistir da compra do imóvel a qualquer momento”.

Considerando os fundamentos apresentados nas sessões anteriores, parece claro o distanciamento do projeto dos elementos legais aplicáveis e a ausência de preocupação acerca da sistemática das incorporações imobiliárias. Como se pode observar, em direta afronta ao artigo 32, § 2º, da Lei nº 4.591/1964, o Projeto de Lei afastaria a irretratabilidade das promessas²⁰¹ de compra e venda.

De igual modo, deixar-se-ia de observar a realidade das incorporações imobiliárias, na medida em que se sugeria fixar o patamar de retenção ao mínimo estabelecido anteriormente pela jurisprudência, além de estabelecer prazo de devolução dos valores não condizente com o fluxo financeiro do negócio. No Projeto se sugeria, ainda, a fixação de juros de 1% (um por cento) sobre os valores a serem devolvidos, sem esclarecimento acerca do período de incidência e efetivamente penalizando as incorporadoras pela execução dos contratos firmados (o que aparenta contraditório às regras e princípios dos contratos). Além de outros aspectos que se poderia questionar.

Chama atenção a justificativa do Projeto de Lei, ao se afirmar que “A desistência de compra de imóveis na planta tem se tornado um tormento ao consumidor em face da ausência de norma legal que regulamente a questão”. Na prática, não se trata de “ausência de norma legal”, mas da existência de diversas normas que expressamente afastam tal possibilidade. Trata-se de uma construção legal que, na linha do exposto anteriormente, reflete a observação da realidade do mercado imobiliário desde a década de 1920, pelo menos, quando vigente o Decreto nº 5.481/1928. Quase um século depois, buscou-se legislar em favor dos direitos individuais dos consumidores, sem uma clara preocupação com as externalidades daí advindas²⁰².

Quando ainda tramitava no âmbito da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, sob a relatoria do Deputado José Stédile, o Projeto de Lei teve a si apensados três outros projetos²⁰³ e foi alvo de um substitutivo que lhe conferiu amplas

²⁰¹ Apesar da referência no Projeto de Lei a “contratos de compra”, parece não fazer sentido sugerir a possibilidade de denúncia aos contratos (definitivos), de modo a não apenas afrontar caractere essencial dos contratos de comercialização, mas também recair em clara atecnia redacional.

²⁰² Embora se aponte na justificativa do projeto, sem fundamentos claros, que o objetivo seria “garantir segurança tanto aos consumidores quanto às (sic) empresas”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.220, de 22 de abril de 2015**. op. cit.).

²⁰³ “Foram apensados ao projeto, o Projeto de Lei nº 2.616, de 2015, de autoria do Deputado Marcos Soares, que “Dispõe sobre a proibição de retenção integral ou a devolução ínfima das parcelas pagas pelo promitente comprador quando da rescisão unilateral de contrato de promessa de compra e venda de unidade imobiliária e

modificações, já se assemelhando à redação que viria a ser aprovada. No voto apresentado pelo relator se recomendava a aprovação dos projetos, na forma do substitutivo oferecido, e solucionava-se uma série de inconsistências do projeto original. Ampliou-se a aplicação do Projeto de Lei para a lei de parcelamento do solo (Lei nº 6.766/1979); ressaltou-se o caráter de irretratibilidade das promessas de compra e venda, com ênfase para os direitos e interesses coletivos dos consumidores²⁰⁴; registrou-se a impossibilidade de devolução dos valores aos adquirentes antes do término das obras, quando a incorporação se realizasse sob o patrimônio de afetação; entre outras modificações que acompanharam a redação final aprovada e que serão descritas na subseção a seguir.

No Plenário da Câmara dos Deputados foi apresentado parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, que concluiu pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa, recomendando a aprovação dos projetos, na forma do substitutivo elaborado. Ainda foram apresentadas Emendas em Plenário, que restaram rejeitadas, foi alterado em parte o substitutivo e então aprovada a redação final do Projeto de Lei nº 1.220-A de 2015²⁰⁵, encaminhado ao Senado Federal.

No Senado Federal, a proposta foi autuada como Projeto de Lei da Câmara nº 68 de 2018, e iniciou tramitação na Comissão de Assuntos Econômicos. Sob a relatoria do Senador Ricardo Ferraço, o projeto recebeu parecer pela constitucionalidade e aprovação, com o acolhimento de 2 (duas) das 14 (quatorze) emendas apresentadas. A Comissão de Assuntos Econômicos, contudo, deliberou pela rejeição do relatório e arquivamento do Projeto de Lei, designando-se a Senadora Simone Tebet para apresentação de parecer pela rejeição. Embora

dá outras providências”, o Projeto de Lei nº 3.098, de 2015, de autoria do Deputado Carlos Manato, que “Disciplina a devolução de valores no caso de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel”, e por fim, o Projeto de Lei nº 8.667, de 2017, de autoria do Deputado Julio Lopes e outros, que “Dispõe sobre normas para a resolução de contratos de promessas de compra e venda de bens imóveis em incorporação ou em loteamento”.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1 CDC, pelo Deputado José Stédile**. Brasília, Câmara dos Deputados, Comissão de Defesa do Consumidor, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>[...]. Acesso em: 23/08/2022. p. 1-2).

²⁰⁴ “[...] é importante ressaltar que a melhor proteção que se pode dar à sociedade é propiciar acesso à moradia, por meio de um mercado seguro e equilibrado, que viabilize a oferta de habitação a preços viáveis e a concessão de crédito de longo prazo ao consumidor. Não se pode numa suposta defesa de um interesse individual do comprador de unidades colocar em risco o direito coletivo daqueles consumidores que pretendem de fato se manter no empreendimento e, em última instância, todas as famílias que planejam a aquisição da casa própria.” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1 CDC, pelo Deputado José Stédile**. op. cit., p. 2).

²⁰⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do Projeto de Lei nº 1.220-A de 2015**. Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/>[...]. Acesso em: 23/08/2022.

tenha sido posteriormente revisitada a matéria, quando se deliberou pela aprovação do Projeto, cabe analisar alguns dos fundamentos apresentados pela rejeição. Afinal, o relatório²⁰⁶ antecipa divergências interpretativas e atecniais que acompanharam a Lei nº 13.786/2018 mesmo após redação final.

O primeiro argumento pela rejeição do Projeto dizia respeito à majoração dos percentuais de retenção sobre os valores pagos pelos adquirentes. No relatório, registrou-se que os percentuais firmados pela jurisprudência entre 10 (dez) e 25% (vinte e cinco por cento) seriam majorados para 25 (vinte e cinco) a 50% (cinquenta por cento), deduzindo-se, ainda, encargos como a comissão de corretagem. Indicou-se que os tribunais não aplicariam tais percentuais com fundamento em “princípios constitucionais variados, princípios do direito consumerista, princípios gerais do direito ou mesmo noções subjetivas de ‘justiça’ ou de ‘equidade’”. Desse modo, a proposição não atingiria o objetivo de conferir segurança jurídica aos negócios imobiliários, ao contrário, poderia ocasionar um ambiente de ainda maior instabilidade.²⁰⁷

Ainda no tocante à retenção de valores, um segundo questionamento do parecer tangenciava o fato de apenas serem estabelecidos percentuais máximos, sem a fixação exata destes percentuais. Tal circunstância implicaria em uma “porta aberta” para revisão jurisdicional das cláusulas penais – como ocorria até então.²⁰⁸ Embora a afirmativa ignore que os percentuais devem observar a realidade de cada contrato (percentual de quitação do contrato, tipo de incorporação, características do empreendimento etc.), tratava-se de circunstância importante e que provavelmente se implementaria na prática.

Por fim, um terceiro argumento (cujo acerto foi reconhecido posteriormente por diversos autores que se debruçaram sobre a Lei nº 13.786/2018) era relacionado à carência da “utilização de redações tecnicamente precisas com o objetivo de evitar surpresas interpretativas no futuro”. O exemplo utilizado no parecer diz respeito às penalidades contratuais para a hipótese de resolução da promessa de compra e venda por inadimplemento da incorporadora. A omissão do Projeto de Lei permitiria ampla interpretação acerca dos

²⁰⁶ BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 69 de 2018**. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018, que Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Senado Federal, Comissão de Assuntos Econômicos, 2018. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/\[...\]](https://legis.senado.leg.br/[...]). Acesso em: 23/08/2022.

²⁰⁷ BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 69 de 2018**. op. cit., p. 5.

²⁰⁸ Ibid, p. 5.

valores devidos, “deixando ao arbítrio do julgador a sua fixação” e permitindo que as incorporadoras fossem surpreendidas com cobranças adicionais.²⁰⁹

O parecer sob análise desconsiderou os benefícios que a regulamentação das extinções contratuais proporcionaria aos negócios imobiliários. Todavia, há de se reconhecer que foram antecipadas controvérsias relevantes e que poderiam ter sido solucionadas na redação da Lei nº 13.786/2018, mas em grande parte não foram.

Seguindo o trâmite legislativo regular, foi apresentado recurso contra o arquivamento do Projeto, de modo que a matéria foi remetida a nova apreciação pela Comissão de Assuntos Econômicos. Nessa oportunidade, acolheu-se o parecer²¹⁰ do relator Senador Armando Monteiro pela aprovação da matéria com 6 (seis) emendas²¹¹. Ao final, encaminhado para deliberação no Plenário do Senado, o Projeto de Lei foi aprovado em redação final²¹², com nove emendas ao total, e remetido à Câmara dos Deputados, onde foi igualmente aprovado²¹³, com destaques, e destinado a sanção presidencial.

Sancionada poucos dias depois, no apagar das luzes do ano de 2018, descortinou-se a Lei nº 13.786/2018 (a “Lei dos Distratos”), com o objetivo de servir como um marco legal para os contratos de alienação de imóveis “na planta” (em incorporação imobiliária) e em loteamento, notadamente para a tentativa de resolução das controvérsias enfrentadas nas hipóteses de inadimplemento desses contratos.²¹⁴

²⁰⁹ Ibid, p. 5.

²¹⁰ BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 101 de 2018**. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018, que Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Senado Federal, Comissão de Assuntos Econômicos, 2018. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/\[...\]](https://legis.senado.leg.br/[...]). Acesso em: 23/08/2022.

²¹¹ A aprovação ocorreu, apesar do voto contrário apresentado pela Senadora Vanessa Grazziotin, no qual registrou diversos fundamentos (contundentes) desfavoráveis ao Projeto de Lei. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7883242&ts=1630410357708&disposition=inline>. Acesso em: 23/08/2022.

²¹² BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 194 de 2018**. Redação final das Emendas do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018 (nº 1.220, de 2015, na Casa de origem). Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: [https://legis.senado.leg.br/\[...\]](https://legis.senado.leg.br/[...]). Acesso em: 23/08/2022.

²¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do Projeto de Lei nº 1.220-C de 2015**. Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/\[...\]](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/[...]). Acesso em: 23/08/2022.

²¹⁴ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 71.

2.2.2 Principais destaques da Lei nº 13.786/2018 e as modificações às incorporações imobiliárias

Diante dos fundamentos e da contextualização até aqui realizados, além da delimitação do tema sob pesquisa, cumpre examinar especificamente a Lei nº 13.786/2018 e as novas diretrizes estabelecidas para as promessas de compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária. Pretende-se enfatizar tais modificações em observância aos comentários doutrinários e mercadológicos relacionados às medidas, para buscar compreensão acerca dos anseios e possibilidades de mitigação da sua aplicação.

Vulgarmente denominada “Lei do Distrato Imobiliário”, a Lei nº 13.786/2018 se destinou a alterar dispositivos das Leis nº 4.591/1964 (a lei das incorporações imobiliárias) e nº 6.766/1979 (a lei sobre parcelamento do solo e loteamentos). Tratou-se, assim, de regular temas delicados atinentes aos contratos imobiliários, entre os quais a redação do chamado “quadro-resumo”; a higidez da previsão de “prazo de tolerância” para a conclusão das obras; e, objeto da presente pesquisa, as hipóteses de extinção das relações jurídicas decorrentes das promessas de compra e venda e os percentuais de retenção sobre os valores pagos, quando diante de inadimplemento dos adquirentes.²¹⁵ Examina-se cada um destes temas a seguir.

2.2.2.1 O quadro-resumo: nova obrigatoriedade formal dos contratos (artigo 35-A)

O primeiro destaque às modificações realizadas diz respeito ao artigo 35-A, inserido na Lei nº 4.591/1964. Estabeleceu-se a imposição de um quadro-resumo nos contratos de comercialização das unidades, voltado a tutelar as informações que deverão constar no preâmbulo dos instrumentos, com o objetivo de facilitar a compreensão do alcance, sentido e conteúdo das estipulações contratuais restritivas de direito.²¹⁶

De acordo com o artigo 35-A, deverão ser descritos os elementos essenciais da compra e venda, tais como o preço (forma de pagamento, prazo, encargos etc.) e a coisa. Também diversos outros aspectos, pormenorizados em nove incisos, a exemplo da indicação das consequências resultantes da extinção do contrato (“com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente”, constando

²¹⁵ SERPA, Pedro Ricardo e. A Extinção Contratual na Lei 13.786/2018 e a Súmula 1 do TJSP. op. cit., p. 301.

²¹⁶ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). op. cit., p. 218-219.

assinatura específica do adquirente junto a essa cláusula); das circunstâncias relacionadas ao exercício do direito de arrependimento do adquirente; e dos efeitos para a intempestividade na obtenção do auto de conclusão da obra pela incorporadora.

Em síntese, apesar de ser considerado um mero “retoque cosmético”²¹⁷ para alguns autores, o dispositivo se destina a reduzir a assimetria informacional entre os contratantes, enaltecendo a importância conferida pelo legislador à acessibilidade da informação²¹⁸. Positivou-se uma prática que já era comum no mercado imobiliário, criando-se “uma moldura onde devem ser condensadas as informações inerentes ao tipo negocial e que sempre estiveram compreendidas no dever de informar regulado pela Lei 4.591/1964”.²¹⁹

2.2.2.2 Positivção da “cláusula de tolerância” para dilação dos prazos de construção (artigo 43-A)

Cabe um segundo destaque ao artigo 43-A, também inserido na Lei nº 4.591/1964, que estabelece os efeitos da mora e do inadimplemento do incorporador no tocante à realização das obras do empreendimento. Com o novo dispositivo, buscou-se pacificar²²⁰ a antiga discussão acerca da possibilidade de estabelecer “cláusula de tolerância” ao prazo de conclusão das obras, que poderão ser executadas em até 180 (cento e oitenta) dias após a data prevista, “desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada”, como estabelece o artigo.

²¹⁷ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 79.

²¹⁸ Sobre o assunto, Orlando Celso da Silva Neto explica: “Determinados sistemas legais assumem situações de informação assimétrica e chegam mesmo a modificar o padrão geral de entitamentos visando proteger a parte que dispõe de menos informação (como é o caso claro da legislação brasileira de defesa do consumidor).” (SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor? op. cit., p. 392).

²¹⁹ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). op. cit., p. 218-219.

²²⁰ Apesar do disposto no artigo 43-A, há autores que ainda defendem a necessidade de justificativa para utilização da cláusula de tolerância: “[...] o fato de existir previsão legal para a referida cláusula [...], não afasta a necessidade de sua interpretação de modo sistemático, especialmente com as disposições que consagram a proteção contratual dos consumidores [...] a utilização integral do prazo de 180 (cento e oitenta) dias pode se mostrar excessivamente onerosa, em comparação com os eventos que justificariam a sua incidência.” (EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Por que não dá para ser tolerante com a “Cláusula de Tolerância”. In: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 252-253).

Eventual atraso que observe o referido prazo não será causa para resolução do contrato ou aplicação de quaisquer penalidades ao incorporador. Todavia, ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias sem que a obra esteja concluída, o adquirente poderá optar entre: a resolução do contrato por inadimplemento (caracterizado como absoluto), com a restituição integral das quantias pagas atualizadas e a multa estabelecida no contrato, em até 60 (sessenta) dias a partir da resolução; ou a conservação do contrato, com o recebimento de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, a título de indenização por perdas e danos.²²¹⁻²²²

2.2.2.3 Efeitos para as extinções das promessas de compra e venda (artigo 67-A)

O terceiro destaque a ser realizado se encaminha para o cerne da presente pesquisa. O artigo 67-A, inserido na Lei nº 4.591/1964, estabelece os efeitos para as hipóteses de “desfazimento do contrato [...] mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente”. Tratou-se, neste ponto, da tentativa de atenuar a crise vivenciada pelo mercado imobiliário à época, por meio da mitigação dos efeitos das extinções contratuais para o fluxo financeiro das incorporações em andamento²²³. Desse modo, foram pré-fixados os percentuais máximos de retenção de valores pela incorporadora, o prazo para devolução destes e os demais descontos que poderão ser realizados sobre o montante a ser restituído ao adquirente inadimplente.

Para melhor analisar este dispositivo, cabe examinar as suas hipóteses de aplicação, as demais rubricas deduzíveis dos valores pagos (para além da cláusula penal), os percentuais de retenção em si, bem como os prazos de devolução e a forma de atualização dos valores. Como se verificará, apesar dos anseios do legislador e do mercado imobiliário, a nova lei

²²¹ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 436-438.

²²² “Essas normas conformam-se aos fundamentos em que assenta a caracterização do inadimplemento absoluto ou relativo, isto é, a utilidade ou inutilidade da prestação para o credor, e atendem ao que se observa, na prática, nos casos de retardamento de pequena expressão, hipótese em que a jurisprudência tem reconhecido a subsistência da utilidade da prestação.” (CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 438).

²²³ Como se observa no relatório do substitutivo ao Projeto que originou a Lei nº 13.786/2018: “Nesse contexto, apresentamos texto substitutivo considerando as preocupações expostas para preservar o interesse do conjunto de adquirentes de imóveis que permanecem no empreendimento, seja ele de incorporação ou de loteamento urbano, inserindo, regras de proteção ao adquirente de unidades que desiste da compra, ou que não tenha condições de honrá-la, de forma equilibrada e justo [sic].” (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1 CDC, pelo Deputado José Stédile**. op. cit., p. 7).

possui lacunas interpretativas e atecniais redacionais que, aparentemente, prejudicarão a segurança jurídica almejada aos negócios celebrados.

No tocante às hipóteses de aplicação, o *caput* do artigo delimita a sua incidência aos casos de “desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto”.²²⁴ De pronto exsurge o primeiro questionamento: se a promessa de compra e venda for celebrada com a incorporadora e um terceiro, seriam aplicáveis as diretrizes do artigo 67-A, porquanto não firmadas “exclusivamente” entre adquirente e incorporadora? São diversas possibilidades de uma terceira parte compor o instrumento, a exemplo da empreiteira/construtora responsável pela edificação do empreendimento, dos proprietários do terreno (terrenistas) onde se realizará a obra, de outra pessoa (física ou jurídica) corresponsável pela incorporação, e até mesmo da imobiliária responsável pela intermediação. Aparentemente, tais participações não afetariam o racional do dispositivo, ainda assim, parece viável questionar a sua aplicabilidade diante destas circunstâncias, embora não tenham sido verificados apontamentos sobre o tema na bibliografia consultada.

2.2.2.3.1 Extinção das promessas de compra e venda por distrato (ou resilição bilateral)

Ainda em relação às hipóteses de incidência do artigo 67-A, verifica-se delimitação expressa aos casos de “distrato ou resolução por inadimplemento absoluto”. O distrato (ou resilição bilateral), como anteriormente exposto, é uma espécie de negócio, ou combinação de vontades, que rompe o vínculo antes formado quando os próprios contratantes deliberam a dissolução²²⁵. Há no distrato, portanto, um acordo de vontades pela extinção prematura do contrato. Ocorre que, tratando-se de um acerto entre as partes, não se afigura tecnicamente correto que a lei tenha estabelecido os parâmetros aos quais se sujeitam em caso de um acordo. Ainda mais estranho é constatar que as consequências jurídicas para a extinção do contrato por distrato (acordo) sejam as mesmas para os contratos extintos por resolução (inadimplemento)²²⁶. A aplicabilidade do artigo aos distratos foi amplamente questionada²²⁷,

²²⁴ KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 123/2019, p. 337-356, maio/jun. 2019.

²²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. op. cit., p. 286.

²²⁶ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 14.

encontrando-se até mesmo posicionamentos no sentido de que o dispositivo se destinaria à “resolução por culpa de qualquer das partes, de modo que o termo ‘distrato’ não se refere ao distrato propriamente dito”²²⁸.

2.2.2.3.2 Extinção das promessas de compra e venda por inadimplemento do adquirente

Para além dos distratos, as hipóteses de resolução por inadimplemento absoluto merecem especial atenção. Considerando a conjuntura mercadológica na qual se inseriu a nova lei, é possível afirmar que o artigo 67-A se destina especificamente aos casos de inadimplemento do adquirente²²⁹, e que as mesmas diretrizes acabaram destinadas aos distratos, por circunstâncias outras. A resolução é o meio de dissolução de um contrato por inexecução obrigacional de um dos contratantes²³⁰ e possui fundamento no artigo 475²³¹ da Lei 10.406/2002 (Código Civil). Assim, diante de inadimplemento contratual, a parte lesada poderá pedir a resolução do contrato, cabendo indenização a título de perdas e danos. Exatamente nessa linha parece ter se posicionado o artigo 67-A, ao determinar os efeitos da resolução, considerando as deduções realizadas pela incorporadora sobre os valores a serem devolvidos ao adquirente inadimplente.

Cabe observar a delimitação realizada no dispositivo, ao se direcionar para os casos de inadimplemento “absoluto”. Essa espécie de inadimplemento se dedica à insubsistência da oportunidade de o credor receber a prestação, na medida em que tenha se tornado impossível ou inútil²³². Embora o incumprimento da obrigação de pagamento das parcelas pelo adquirente possa se caracterizar como mora (porquanto circunstância transitória e, aparentemente, emendável), a natureza do regime da incorporação imobiliária atrai tratamento

²²⁷ “A redação do art. 67-A, porém, não prima pela boa técnica e, exatamente por isso, já foi alvo de duras críticas. Além de equiparar o ‘distrato’ ao remédio da ‘resolução’, figuras que não se confundem, ainda cria uma ‘multa convencional’ cuja natureza jurídica é difícil de ser definida.” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 219-220).

²²⁸ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 106.

²²⁹ “O art. 67-A, *caput*, da Lei 4.591/1964 e o art. 32-A da Lei 6.766/1979, acrescentados pela Lei 13.786, de 27.12.2018, utilizam a adequada palavra ‘resolução’.” (ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 69).

²³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. op. cit., p. 169-171.

²³¹ Lei nº 10.406/2002: Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. (BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06/08/2022).

²³² ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 97.

distinto. Nos termos do artigo 1º²³³ do Decreto-lei nº 745/1969, após interpelação do adquirente inadimplente, ultrapassados 15 (quinze) dias sem purgação da mora, ter-se-á caracterizado o inadimplemento absoluto²³⁴. Em outros termos, o artigo 67-A se aplica ao inadimplemento continuado mesmo após notificação do adquirente para pagamento, sendo a interpelação requisito essencial para aplicação do dispositivo²³⁵.

Sucedo que o dispositivo foi igualmente questionado no tocante às hipóteses de resolução por inadimplemento do adquirente. Na defesa de que a Lei nº 13.786/2018 teria se destinado a assegurar uma espécie de “direito formativo extintivo do contrato” aos adquirentes²³⁶, alguns autores sugerem inconsistências dogmáticas ao artigo 67-A, ao defenderem incompatibilidade entre o enquadramento legal da hipótese de “inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente” e a pretensão de dissolução contratual por iniciativa deste. O fundamento consistiria em afirmar que a nova lei não estaria endereçada à resolução das promessas de compra e venda pelo incorporador, diante de inadimplemento do adquirente, mas, ao contrário, à garantia de desvinculação do contrato pelo adquirente e de restituição das parcelas pagas²³⁷. Todavia, permite-se contraditar tais argumentos. Não apenas pelo majoritário posicionamento em contrário²³⁸, mas principalmente pela simples leitura do dispositivo sob análise. Parece de excessivo esforço dialético afirmar que o artigo 67-A não se destina às resoluções por inadimplemento e, mais ainda, de sugestão que não observa as justificativas do legislador e o contexto em que se inseriu a Lei nº 13.786/2018.

²³³ Decreto-lei nº 445/1968: Art. 1º Nos contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, ainda que não tenham sido registrados junto ao Cartório de Registro de Imóveis competente, o inadimplemento absoluto do promissário comprador só se caracterizará se, interpelado por via judicial ou por intermédio de cartório de Registro de Títulos e Documentos, deixar de purgar a mora, no prazo de 15 (quinze) dias contados do recebimento da interpelação. (BRASIL. **Decreto-lei nº 745, de 7 de agosto de 1969**. Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0745.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20745%2C%20DE,13%20de%20dezembro%20de%201968. Acesso em: 1/09/2022).

²³⁴ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 16.

²³⁵ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 102.

²³⁶ VIÉGAS, Francisco de Assis; QUEIROZ, João Quinelato de. Notas sobre a extinção unilateral das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias por consumidores à luz da Lei 13/786/2018. **Revista de Direito Privado**, v. 101/2019, p. 203-231, set./out. 2019.

²³⁷ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 221.

²³⁸ Para além dos fundamentos e posições doutrinárias anteriormente apresentadas, destaca-se: “Ora, se a Lei permitisse ao adquirente resilir o contrato quando bem entendesse, a atividade da incorporação estaria ameaçada, sobretudo porque os valores pagos pelos compradores são utilizados, justamente, na execução da obra. Mas não é só. Haveria um contrato curioso, por não teria força obrigatória para uma das partes. Seria um contrato que só obriga o empreendedor. [...] É necessário, portanto, segurança jurídica dos pactos.” (SIMÃO, José Fernando; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. op. cit., p. 239).

Apesar das divergências interpretativas, é possível afirmar que artigo 67-A regula as hipóteses de distrato e, especialmente, as de resolução por descumprimento imputável ao adquirente²³⁹. Estabeleceu-se, assim, regras mais bem delimitadas para a fase de liquidação de créditos entre as partes. Sob tais circunstâncias (distrato ou resolução por inadimplemento do adquirente) a promessa de compra e venda restará desfeita e os valores pagos serão parcialmente restituídos, na medida em que sofrerão as deduções previstas no artigo, especificamente: os custos de comissão de corretagem, os valores correspondentes ao período de disponibilidade da unidade imobiliária e a pena convencional estabelecida.

2.2.2.3.3 Dedução da comissão de corretagem sobre os valores a serem restituídos

A primeira das rubricas a serem deduzidas, antes da restituição dos valores ao adquirente, diz respeito à comissão de corretagem imobiliária (artigo 67-A, inciso I). Possuindo como principal fundamento o disposto no artigo 725 do Código Civil, a comissão de corretagem “é devida ao corretor uma vez que tenha conseguido o resultado previsto [...], ainda que este não se efetive em virtude de arrependimento das partes”. Desse modo, extinta a promessa de compra e venda por descumprimento imputável ao adquirente, a comissão de corretagem será descontada integralmente do valor a ser restituído²⁴⁰.

Apesar dos argumentos em contrário²⁴¹, parece acertada a disposição, tendo em vista que o corretor de imóveis tem direito (por expressa disposição legal) à remuneração pelos serviços prestados²⁴² e, por outro lado, não faria sentido que o incorporador experimentasse prejuízos neste sentido em razão do inadimplemento do adquirente²⁴³. O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos especiais repetitivos²⁴⁴, também enaltece o

²³⁹ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 125-127.

²⁴⁰ KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. op. cit., p. 341.

²⁴¹ Verifica-se críticas, principalmente relacionadas à transferência do pagamento da comissão de corretagem ao adquirente. A título exemplificativo: “A malfadada comissão de corretagem foi expressamente admitida, confirmando-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, passando o seu pagamento a ser atribuído ao adquirente. [...] Há um expresse e inequívoco desrespeito ao direito do consumidor de decidir com independência sobre o assunto e a transferência de um encargo que deveria ser assumido pelo fornecedor.” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os contratos imobiliários diante da Lei Federal 13.786/2018 e a fundamental proteção da parte vulnerável: os consumidores. op. cit., p. 272-273).

²⁴² ASSIS, Araken de. Corretagem Imobiliária. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 242.

²⁴³ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 16.

²⁴⁴ “I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o

acerto do dispositivo, pois restou superada a discussão acerca da validade da transmissão ao adquirente da obrigação de pagar a comissão de corretagem.

2.2.2.3.4 Dedução dos valores correspondentes à disponibilização da unidade

Outra parcela dedutível sobre o montante pago pelo adquirente se dedica aos valores relacionados ao período de “disponibilização” da unidade imobiliária (artigo 67-A, § 2º). O dispositivo estabelece que poderão ser descontados: “quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel” (inciso I), “cotas de condomínio e contribuições devidas a associação de moradores” (inciso II), “valor correspondente à fruição do imóvel” (inciso III) e “demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato” (inciso IV). Tais deduções poderão ser compensadas pela incorporadora do montante a ser restituído (artigo 67-A, § 3º) e ficam limitadas aos valores efetivamente pagos pelo adquirente, “salvo em relação às quantias relativas à fruição do imóvel” (artigo 67-A, § 4º).

São claros os termos do dispositivo acerca de suas hipóteses de aplicação, ou seja, ao período de “disponibilidade” do imóvel prometido à venda. Em razão disso, a maior parte da bibliografia pesquisada se debruça sobre o tema considerando o momento “após a entrega das chaves”²⁴⁵ (o que é razoável, diante da efetiva disponibilidade do bem ao adquirente). Não obstante, permitiu-se uma breve extensão desse raciocínio. É certo que o imóvel se torna indisponível à incorporadora a partir da celebração de qualquer instrumento que vincule e obrigue reciprocamente os contratantes (ainda que preliminarmente à promessa de compra e venda). Tanto é verdadeira a assertiva, que tais instrumentos são passíveis de averbação junto à matrícula-mãe do empreendimento e constituem direito real em favor do adquirente²⁴⁶. Por consequência, poder-se-ia estender a aplicação do artigo 67-A, § 2º, incisos I a IV, desde a celebração do negócio entre as partes (ou seja, desde o momento em que a unidade foi retirada do estoque da incorporadora)?

preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.599.511-SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2016).

²⁴⁵ Cita-se, exemplificativamente, os estudos de Carlos Elias de Oliveira e Bruno Mattos e Silva. (OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. *A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento*. op. cit., p. 88).

²⁴⁶ TEIXEIRA, Tarcisio. op. cit., p. 53-55.

Considerando a hipótese de uma incorporação imobiliária que já atingiu a sua conclusão, após a finalização das obras, obtenção de habite-se, averbação da construção, bem como individualização das unidades²⁴⁷, cogitou-se defender (não sem algum esforço argumentativo, evidentemente) a aplicação da integralidade dos descontos previstos em caso de resolução da promessa de compra e venda (mesmo antes da disponibilização das chaves ao adquirente). Afinal, existindo uma unidade individualizada e inscrita junto à municipalidade: já seria verificado fato gerador para incidência dos impostos e taxas aplicáveis (inciso I); haveria condomínio constituído e em funcionamento e, portanto, custos a serem rateados (inciso II); e, sob o prisma da “indisponibilidade” do bem à construtora, poder-se-ia cogitar a penalidade correspondente à fruição do imóvel pelo adquirente (inciso III).

Não se desconhece que a jurisprudência (anterior à vigência da Lei nº 13.786/2018) é uníssona em afirmar que eventual indenização da incorporadora (em razão das rubricas ora analisadas) exigiria a demonstração inequívoca de imissão do adquirente na posse do imóvel²⁴⁸. Todavia, considera-se oportuno conjecturar a respeito em face das inovações promovidas pela lei e da ainda necessária maturação de suas hipóteses de aplicação, além de o exemplo possibilitar a demonstração do emprego das deduções previstas no artigo 67-A, § 2º.

Suposições à parte, é digna de destaque a previsão de desconto do artigo 67-A, § 2º, inciso III, relacionada à fruição do imóvel. Aplicável caso a resolução ocorra após a disponibilização da posse da unidade ao adquirente inadimplente²⁴⁹ – portanto, nas ocasiões em que o adquirente é imitado na posse do imóvel antes da quitação do preço contratado, o que não é prática usual no âmbito de incorporações imobiliárias – o dispositivo estabelece o pagamento, em favor da incorporadora, do valor correspondente ao período de fruição do bem pelo adquirente, “equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato”. A taxa deverá ser aplicada *pro rata die* e, conforme antecipado, não está limitada aos valores pagos pelo contratante inadimplente (artigo 67-A, § 4º). Verifica-se, neste ponto,

²⁴⁷ BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit., p. 480.

²⁴⁸ A título exemplificativo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.996.109-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 2022; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.881.300-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1025177-34.2015.8.26.0224**. Relator: Desembargador Sá Moreira de Oliveira. São Paulo: 2022.

²⁴⁹ BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit., p. 486.

o “risco máximo do adquirente”, que na pior das hipóteses “perderá tudo quanto pagou e, ainda, ficará devendo valores relativos à fruição”²⁵⁰.

2.2.2.3.5 A “pena convencional” estabelecida

Finalmente, no tocante à denominada “pena convencional” a ser aplicada nas hipóteses de resolução judicial por inadimplemento do adquirente, distinguiu-se as incorporações imobiliárias com patrimônio de afetação daquelas realizadas sem as limitações deste instituto. Ainda assim, em qualquer dos casos, foram fixadas faixas de valoração para dimensão máxima das cláusulas penais, com o objetivo de proteger o empreendimento e, principalmente, o “bom consumidor”²⁵¹, e se registrou a desnecessidade de comprovação de prejuízos para a sua aplicação.

Quando realizadas no âmbito das incorporações que não tenham o seu patrimônio afetado, as promessas de compra e venda estarão sujeitas ao disposto no artigo 67-A, inciso II. Limitou-se a cláusula penal a 25% (vinte e cinco por cento) de retenção sobre a quantia paga, devendo a restituição ser realizada em até 180 (cento e oitenta) dias, a partir “da data do desfazimento do contrato” (artigo 67-A, § 6º), ou 30 (trinta) dias após a revenda do imóvel (artigo 67-A, § 7º), o que ocorrer primeiro.²⁵²

Como é possível perceber, positivou-se o posicionamento anteriormente verificado nos tribunais²⁵³, pelo qual se considerava “razoável” a retenção dos valores pagos entre 10 (dez) e 25% (vinte e cinco por cento). Nesse sentido, cabe endossar a crítica doutrinária acerca da ausência de estudos que fundamentem ou justifiquem esse percentual²⁵⁴. Afinal, é “razoável” para qual parte esse percentual? Se a jurisprudência havia fixado tais patamares conforme o juízo de equidade dos magistrados (juízo este posteriormente endossado pelo

²⁵⁰ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 90.

²⁵¹ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. In: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 239.

²⁵² CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 3, dez. 2020, v. 5, p. 174-190. São Paulo: Ibradim, 2020. p. 185.

²⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis. **Jurisprudência em Teses**, n. 110. Brasília, 2018. p. 3.

²⁵⁴ “Como o legislador chegou a esses percentuais de retenção? Houve algum estudo específico?” (VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018. op. cit., p. 198).

Superior Tribunal de Justiça), perdeu-se a oportunidade de conferir parâmetros técnicos para os patamares de retenção sobre os valores pagos pelo adquirente inadimplente. A análise do trâmite legislativo para o advento da Lei nº 13.786/2018 permite afirmar que os percentuais não foram alvo de estudos aprofundados (em verdade, parecem não ter sido efetivamente estudados). Desse modo, antecipando o assunto da próxima seção, a provável consequência da ausência de aprofundamento técnico do legislador será a continuidade às críticas, ao ajuizamento de ações judiciais e, muito provavelmente, às reduções equitativas das cláusulas penais pelos magistrados.

Seguindo a análise, possivelmente o dispositivo mais controvertido da Lei nº 13.786/2018 se destina à extinção dos contratos no âmbito de incorporações com submissão ao regime do patrimônio de afetação. Nestes casos, a cláusula penal poderá ser fixada em até 50% (cinquenta por cento) da quantia paga pelo adquirente²⁵⁵, e a restituição deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se do empreendimento (artigo 67-A, § 5º) ou 30 (trinta) dias após a revenda do imóvel (artigo 67-A, § 7º), o que ocorrer primeiro.

Como indicado no capítulo anterior, o patrimônio de afetação confere maiores garantias para o resultado positivo da incorporação, tendo em vista o sistema de vinculação das receitas provenientes da alienação de unidades e a segregação patrimonial dos bens e direitos correspondentes ao empreendimento. Nessa linha, o fluxo financeiro da incorporação sob o patrimônio de afetação demanda maiores cautelas, em especial quanto aos efeitos das resoluções contratuais. Se nas incorporações afetadas os recursos dos adquirentes são integralmente destinados à consecução das obras, a profusão de extinções contratuais teria o condão de impedir a finalização da edificação. Tais circunstâncias foram observadas pela nova lei e poderiam explicar²⁵⁶ o fato de o legislador ter elevado o patamar da pena.²⁵⁷

Embora o dispositivo tenha sido comemorado no meio empresarial e elogiado por alguns autores²⁵⁸, não se verificou fundamentos capazes de justificar tamanha majoração da

²⁵⁵ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. op. cit., p. 240.

²⁵⁶ No relatório do substitutivo ao Projeto que originou a Lei nº 13.786/2018 se registra a necessidade de cautelas às incorporações afetadas. Contudo, tal ênfase é conferida para justificar o alargamento do prazo de restituição dos valores, e não a majoração da cláusula penal. (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1 CDC, pelo Deputado José Stédile**. op. cit., p. 6).

²⁵⁷ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 89-90.

²⁵⁸ A título exemplificativo: “A iniciativa deve ser elogiada, pois, caso se estimulasse a prática de distratos, sobretudo quando a motivação reside no fato de o adquirente considerar vantajoso pleitear a rescisão bilateral por considerar insuficiente a valorização do metro quadrado no período, diversos outros adquirentes da mesma incorporação, que precisam receber suas unidades para morar ou trabalhar, seriam prejudicados” (MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 90).

cláusula penal. Exatamente nesse sentido se manifestou Alexandre Junqueira Gomide, ao cogitar que a discrepância da multa poderia se justificar pelo incentivo à realização de incorporações submetidas ao patrimônio de afetação, considerando as proteções conferidas aos adquirentes²⁵⁹. A aludida carência de estudos técnicos para a fixação da cláusula penal exsurge, principalmente, neste ponto, e abre espaço para as diversas críticas ao dispositivo^{260, 261}.

2.2.2.3.6 Prazos para restituição e índices de atualização dos valores

Outra inovação da Lei nº 13.786/2018 que merece maior destaque é o diferimento da restituição das quantias pagas nas hipóteses de resolução por inadimplemento do adquirente. Conforme especificado acima, realizadas as deduções cabíveis, nas incorporações imobiliárias não afetadas os valores serão devolvidos em até 180 (cento e oitenta) dias a partir do desfazimento do contrato (art. 67-A, § 6º); e nas incorporações sob o regime do patrimônio de afetação a devolução ocorrerá em até 30 (trinta) dias após a expedição de habite-se do empreendimento (art. 67-A, § 5º)²⁶². Trata-se de uma norma coerente com o regime da incorporação imobiliária, que atende ao interesse comum da coletividade dos contratantes²⁶³, mas que não passou ilesa às críticas da doutrina.

²⁵⁹ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 17.

²⁶⁰ Na mesma interpretação pela justificativa de incentivo à afetação das incorporações: “Porém, causa-nos enorme estranheza, senão perplexidade, a penalidade prevista para os casos de incorporação imobiliária submetida a patrimônio de afetação, [...]. A ideia parece ter sido a de fomentar a utilização dessa importante garantia para o complexo negócio de incorporação imobiliária. Entretanto, esse fundamento não pode servir para transformar a extinção do contrato em uma fonte de enriquecimento sem causa. Uma pena de perda da metade do que se gastou, acrescida de outros valores, como a própria indenização pela utilização do imóvel, não se sustenta juridicamente, em nossa opinião doutrinária.” (TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra. Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador na Lei 13.786/2018. *Jusbrasil*, 2018. Disponível em: [https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/\[...\]](https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/[...]). Acesso em: 8/09/2022).

²⁶¹ “[...] acredita-se que o § 5º da Lei 13.786/2018, “puxou o pêndulo” demasiadamente para as incorporadoras, fragilizando injustificadamente o adquirente que rescinde o negócio sujeito ao patrimônio de afetação. Há que se refletir se isso não representará um problema para as próprias incorporadoras, ante o desestímulo de compra na planta.” (XAVIER, Luciana Pedroso; ROSA NETO, Adroaldo Agner. Comentários ao art. 67-A, parágrafos 5º e 6º da Lei 13.786/2018. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 216).

²⁶² “Não se aplica, portanto, quanto a esse ponto a regra de devolução imediata do Tema 577 de Recurso Especial repetitivo ou da Súmula 543, ambos do STJ.” (BORGES, Marcus Vinícius Motter. op. cit., p. 468).

²⁶³ CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. op. cit., p. 187.

O diferimento da restituição aplicável aos contratos celebrados no âmbito de incorporações afetadas (prorrogada para após a certificação de habitabilidade do empreendimento), nas palavras de Marco Antônio Karam, significaria prejuízo explícito ao adquirente em razão dos procedimentos necessários para obtenção do habite-se – que não se confunde com a finalização das obras físicas e pode ocorrer meses após a sua conclusão. O autor defende que o regime de afetação implicaria “garantias que não se relacionam ao inadimplemento do adquirente e que de qualquer modo não poderiam o onerar com prazos mais dilatados de restituição”²⁶⁴.

Além disso, verifica-se também apontamentos pela arbitrariedade na diferenciação dos prazos de restituição para as duas espécies de incorporação. Melhim Namem Chalhub e Alexandre Junqueira Gomide indicam que a lei deveria “evitar que a drenagem de recursos do orçamento da construção retarde o cumprimento do cronograma físico da obra e comprometa ou frustre a satisfação das legítimas expectativas da coletividade dos adquirentes”, de modo que, independentemente do regime do patrimônio de afetação, mostra-se injustificável a discrepância dos prazos de restituição.²⁶⁵

Apesar das críticas, há de se enaltecer o fator de estímulo à produção proporcionado pela medida. Considerando todos os fundamentos anteriormente apresentados – pelos quais se demonstrou os nocivos efeitos das extinções contratuais ao fluxo financeiro e, conseqüentemente, à realização das incorporações imobiliárias –, revela-se pertinente a preocupação do legislador com o prazo para restituição do adquirente inadimplente. Ademais, analisando-se as hipóteses de resolução das promessas por inadimplemento dos adquirentes, notadamente quando realizadas pela via judicial, seriam minoria os casos nos quais o contrato restaria desfeito (por sentença transitada em julgado) antes da finalização das obras, em razão do tempo de tramitação do processo. Sob tais circunstâncias, salvo melhor juízo, o prazo previsto para os contratos firmados em incorporação no regime de afetação poderia se mostrar mais benéfico ao adquirente inadimplente, de onde se extrai dificuldade em afirmar que tal disposição seria necessariamente prejudicial.

O artigo 67-A também esclarece (de forma até redundante) que a restituição das prestações pecuniárias se realizará com reajuste, “com base no índice contratualmente estabelecido para correção monetária das parcelas do preço do imóvel” (artigo 67-A, *caput*,

²⁶⁴ KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. op. cit., p. 341.

²⁶⁵ CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. op. cit., p. 187.

§§ 5º, 6º e 8º). A proposição se coaduna ao que estabelece, quanto às prestações pecuniárias, o artigo 404, *caput*, e, relativamente às perdas e danos, em geral, o artigo 389 do Código Civil.²⁶⁶

2.2.2.3.7 “Sub-rogação” de direitos e obrigações para evitar deduções sobre os valores a serem restituídos

Por fim, o legislador manteve uma “porta aberta” para que as partes solucionem em conjunto a situação de inadimplemento do adquirente. Não incidirá a cláusula penal nos casos em que o adquirente “encontrar comprador substituto que o sub-rogue nos direitos e obrigações originalmente assumidos” (artigo 67-A, § 9º). A hipótese livra o adquirente da cláusula penal pela ruptura do contrato quando este apresentar um sucessor com capacidade financeira para assumir o polo contratual²⁶⁷.

Apesar da atecnia do texto no tocante à “sub-rogação” do adquirente – na medida em que se trata de uma cessão contratual, pois envolve uma assunção de dívida (artigo 299 do Código Civil) e uma cessão de crédito (artigo 296 do Código Civil), e não de uma sub-rogação²⁶⁸ –, bem como da fragilidade do requisito de anuência da incorporadora previsto no dispositivo, trata-se de medida que permite resolução consensual, célere e menos onerosa para ambas as partes.

A análise dos dispositivos até aqui promovida não possuía a pretensão de exaurir os pontos passíveis de discussão da Lei nº 13.786/2018. Apesar disso, acredita-se ter perpassado pelos seus principais aspectos, no tocante às incorporações imobiliárias, de modo a demonstrar as modificações promovidas e os efeitos para as promessas de compra e venda de imóveis, principalmente no que se refere aos seus meios e formas de extinção.

2.2.2.4 *Atecias dos dispositivos da Lei nº 13.786/2018 que não devem afetar a segurança jurídica objetivada com a sua promulgação*

²⁶⁶ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 145.

²⁶⁷ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 91.

²⁶⁸ Ibid, p. 91.

Nota-se que a nova lei, a despeito das intenções do legislador, deixou de solucionar aspectos essenciais para os contratos de comercialização de imóveis, notadamente ao não estabelecer critérios claros para a fixação dos patamares de retenção nas cláusulas penais. Chama ainda mais atenção as impropriedades técnicas praticadas na redação dos dispositivos.

Os exemplos de atecias e omissões são diversos. Além daqueles já indicados anteriormente, cita-se, não exaustivamente: a designação de “justa causa para *rescisão* contratual por parte do adquirente”, quando não sanada a omissão de informações do quadro-resumo do contrato (artigo 35-A, § 2º)²⁶⁹; a ausência de clareza acerca do termo inicial de 60 (sessenta) dias “contados da resolução” para restituição de valores ao adquirentes por inadimplemento da incorporadora (artigo 43-A, § 1º)²⁷⁰; e a referência a “contrato de *incorporação imobiliária*” quando, na verdade, refere-se à promessa de compra e venda no âmbito da incorporação (art. 67-A, § 12)^{271, 272}

A Lei nº 13.786/2018 não se posta a atender a boa técnica jurídica em grande parte de sua redação e, em última análise, poderia até ser considerada como medida desnecessária, diante dos instrumentos que autorizam e regulam as extinções contratuais previstos na lei das incorporações (Lei nº 4.591/1964) e no Código Civil (Lei nº 10.460/2002). Apesar disso, diante do contexto em que se inseriu e, principalmente, em face de posicionamentos inadequados dos tribunais relacionados às extinções contratuais, a medida legislativa parece acertada para o realinhamento da interpretação acerca da irretratabilidade das promessas de compra e venda no âmbito das incorporações imobiliárias.²⁷³

Em que pese as críticas de boa parte da doutrina à nova lei²⁷⁴, no sentido de que seria excessivamente protetiva aos incorporadores e contrária aos interesses dos consumidores,

²⁶⁹ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). op. cit., p. 222.

²⁷⁰ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 137.

²⁷¹ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. op. cit., p. 74.

²⁷² Destaca-se também o comentário de Otávio Luiz Rodrigues Junior, ao indicar que a Lei nº 13.786/2018 “peca ao usar terminologia jurídica ultrapassada e pouco técnica”, além de promover severas críticas às regras estabelecidas e registrar que “Haverá choro e ranger de dentes para se explicar esse assunto em sala de aula”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. op. cit.).

²⁷³ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 12.

²⁷⁴ Além dos autores citados imediatamente acima, destaca-se: “A Lei 13.786/18 (LGL\2018\12466) dimana dos pleitos do mercado imobiliário em busca de segurança jurídica e econômica, sendo localizados poucos dispositivos que contêm novas regras favoráveis aos adquirentes.” (SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os contratos imobiliários diante da Lei Federal 13.786/2018 e a fundamental proteção da parte vulnerável: os consumidores. op. cit., p. 276).

autoriza-se discordar do posicionamento²⁷⁵. Com as ressalvas já realizadas, notadamente relacionadas à ausência de fundamentos técnicos para fixação das cláusulas penais, a Lei nº 13.786/2018 estabelece um novo quadro de incentivos para o adimplemento dos contratos, cujos benefícios poderão ser observados para todas as partes contratantes. O estabelecimento de efeitos para a extinção dos contratos não pode ser tratado como um malefício ao consumidor, mas, sim, reconhecido como um convite à celebração consciente das promessas de compra e venda e à objetivação dos efeitos do seu inadimplemento.

Há diversos aspectos que mereceriam melhorias no texto legal e lacunas que deverão ensejar discussões judiciais de toda ordem, algumas delas já antecipadas. Contudo, permite-se afirmar que uma regulamentação imperfeita parece melhor do que a ausência de regulamentação (ou ainda, melhor do que uma regulamentação distorcida pelo mercado e pelo Poder Judiciário). Tratou-se de mais um passo em direção à segurança jurídica dos negócios imobiliários, na medida em que as partes contratantes poderão promover análises de risco mais assertivas, melhor alocação de investimentos e adotar parâmetros mais objetivos para o processo de tomada de decisão.

2.3 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA CELEBRADAS NO ÂMBITO DA LEI Nº 13.786/2018

Como verificado nas seções anteriores, a Lei nº 13.786/2018 foi comemorada pelo setor da construção, que não apenas passou a vislumbrar maior previsibilidade e segurança jurídica para os negócios celebrados, mas, principalmente, verificou condições mais benéficas para a atividade. Contudo, neste ponto reside parte do problema a ser respondido com a presente pesquisa: poderá o Poder Judiciário aplicar a regra geral do artigo 413 do Código Civil²⁷⁶, permitindo a redução das penalidades contratuais fixadas nos limites e percentuais estabelecidos pela nova Lei²⁷⁷?

²⁷⁵ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 25.

²⁷⁶ Código Civil/2002: “Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

²⁷⁷ GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 19.

Demonstrar-se-á que os posicionamentos verificados são divergentes, o que sugere a possibilidade de novas incertezas para o mercado imobiliário (na verdade, velhas incertezas sob nova roupagem). Nesse sentido, para que se possa verificar os principais aspectos relacionados à redução da cláusula penal, analisa-se a seguir: a função e a natureza da “pena convencional” estabelecida na Lei nº 13.786/2018; as hipóteses de limitação e redução das cláusulas penais, bem como critérios para a sua implementação; e os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da possibilidade de redução da pena convencional.

2.3.1 Função e natureza da pena convencional

Com a Lei nº 13.786/2018, por meio da inserção do artigo 67-A à Lei nº 4.591/1964, estabeleceu-se limite para a “pena convencional” a ser aplicada nas hipóteses de distrato ou resolução das promessas de compra e venda. A referida pena se consubstancia em dedução realizada sobre os valores a serem ressarcidos ao adquirente retirante da incorporação imobiliária. Portanto, tratando-se de convenção acessória que contempla uma pena privada ao inadimplemento da obrigação pactuada²⁷⁸, é possível afirmar que se caracteriza como cláusula penal²⁷⁹. Não obstante, como grande parte dos dispositivos da nova lei, este ponto também não passou despercebido pelas análises da doutrina.

A classificação da pena convencional prevista no artigo 67-A é bastante controvertida entre os autores que se debruçaram sobre o tema. Na tentativa de enquadramento realizada, verificou-se posicionamentos doutrinários que questionam a sua qualificação enquanto cláusula penal e, por outro lado, oscilam acerca da sua função (compensatória ou coercitiva) e da sua espécie (cláusula penal *stricto sensu* ou de prefixação de indenização). É certo o não enquadramento como cláusula penal moratória, já que estas convenções coexistem com a possibilidade de cumprimento da obrigação principal pelo adquirente, enquanto a pena convencional ora analisada não é cumulável com a obrigação contratada e se aplica às hipóteses de inadimplemento absoluto do adquirente²⁸⁰. Ainda assim, encontra-se todo o tipo de divergência para a classificação da penalidade.

²⁷⁸ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula penal**: a pena privada nas relações negociais. 2ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2020. p. 35.

²⁷⁹ Inclusive em razão da terminologia aplicada pelo legislador, ao utilizar os sinônimos “pena convencional” e “cláusula penal” em referência à penalidade para as resoluções por inadimplemento.

²⁸⁰ ABILIO, Vivianne da Silveira. **Cláusulas penais moratória e compensatória**: critérios de distinção. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 127.

Diante da tarifação legal expressa para a multa máxima imposta ao adquirente inadimplente²⁸¹, Cláudia Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho se posicionam pelo não enquadramento da pena convencional do artigo 67-A no conceito tradicional de cláusula penal. Primeiro pelo afastamento da autonomia negocial, ao se estabelecer penalidade por força de lei e não pela vontade das partes; segundo pela determinação de retenção antecipada de valores já quitados, que violaria a incidência *a posteriori* da cláusula penal. Sob tais circunstâncias, os autores descrevem motivos para considerar a pena convencional como “arras penitenciais”, mas afastam tal possibilidade na sequência, na medida em que “não se encaixa, perfeitamente, nos conceitos de cláusula penal, tampouco de arras penitenciais”. Concluem, após análise, tratar-se de “cláusula penal especial”.^{282_283}

Nelson Rosenvald, por outro lado, com base nos estudos de Manuel Albaladejo, indica que na venda de um bem a prazo é possível estabelecer a perda das prestações pagas nas hipóteses de resolução do contrato por inadimplemento do adquirente. O autor esclarece que a entrega antecipada do valor relativo à pena não impede a sua caracterização como cláusula penal, na medida em que continuaria se tratando de uma promessa a cumprir no futuro, sendo esta a “fisionomia da cláusula penal”. Em adendo, também registra a proximidade com relação às arras, e que caberia ao intérprete examinar quando os valores não foram adiantados a título de sinal, sendo mero fracionamento do preço.²⁸⁴

Quanto aos paralelos traçados entre a cláusula penal e as arras, cabe salientar que existe clara similaridade funcional entre os institutos, pois ambos visam regular o risco de inadimplemento de uma obrigação, decorrem do exercício da autonomia negocial das partes e são caracterizados por acessoriedade²⁸⁵. Portanto, a comparação da pena convencional do artigo 67-A às arras não se mostra desarrazoada, mais ainda quando verificados os apontamentos de Arnaldo Rizzardo sobre o instituto: “[...] pode-se afirmar que as arras se

²⁸¹ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. op. cit., p. 240.

²⁸² VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018. op. cit., p. 200-202.

²⁸³ O enquadramento como “cláusula penal especial” parece congruente com o posicionamento de Otávio Luiz Rodrigues Junior ao afirmar que, em “assassínio da boa técnica”, apresentou-se com a Lei nº 13.786/2018 uma “nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento”. (RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. op. cit.).

²⁸⁴ ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 51.

²⁸⁵ KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v. 4/2014, p. 83-104, mar./abr. 2014. p. 84.

definem como uma espécie de pena convencional, que é paga por antecipação [...]”²⁸⁶. O distanciamento da pena convencional da nova lei, todavia, surge na sequência dos ensinamentos do próprio autor, ao afirmar que as arras se implementam “[...] no exercício do direito de arrepender-se, previsto no instrumento contratual”²⁸⁷.

No contexto acima, é possível verificar que Arnaldo Rizzardo se dedicava às arras “penitenciais”, na medida em que pressupõe a existência de direito de arrependimento do contrato, traço característico dessa espécie do instituto²⁸⁸. A mesma premissa se observa no posicionamento de Cláudia Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho, ao traçarem tal paralelo com a pena convencional do artigo 67-A. Todavia, considerando a irretratabilidade das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária, é possível defender que se aplicaria tão somente arras “compensatórias” a estes contratos, inclusive por se tratar da regra geral disposta no Código Civil.

Nesse sentido, André Silva Seabra explica que as “arras compensatórias encontram semelhança com a cláusula penal, eis que a pena aplicada por meio de ambos os institutos pressupõe o inadimplemento do contrato”. O autor explica que, no caso das arras penitenciais, diante da possibilidade de denúncia do contrato, não haveria inadimplemento da parte retirante, não se assemelhando tal situação a aplicação da cláusula penal.²⁸⁹

O paralelo entre a pena convencional da Lei nº 13.786/2018 e as arras, no entanto, encontra óbices nos ensinamentos de Rodrigo Toscano de Brito. O autor explica que a partir da entrada em vigor do artigo 67-A, a sistemática geral das arras não poderia mais ser aplicada às promessas de compra e venda de imóveis “na planta”, pois a pena convencional prevista no artigo não distingue os títulos dos pagamentos realizados. A generalidade dos termos da lei implicaria somar a integralidade dos valores pagos (incluindo-se eventuais arras) e aplicar a pena convencional sobre o montante²⁹⁰. Em outros termos, não faria mais sentido pactuar arras em tais contratos²⁹¹.

²⁸⁶ RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. op. cit., p. 158.

²⁸⁷ Ibid, p. 158.

²⁸⁸ KONDER, Carlos Nelson. op. cit., p. 86.

²⁸⁹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 95.

²⁹⁰ BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Irretratabilidade do contrato de compra e venda de imóvel em construção e seus efeitos após a entrada em vigor da Lei 13.786/2018. In: ABELHA, André (coord.). **Estudos de direito imobiliário: homenagem a Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Ibradim, 2020. p. 231.

²⁹¹ Supõe-se que o autor tenha direcionado tais apontamentos às promessas de compra e venda em incorporação imobiliária, tanto em razão do contexto em que apresentou tais afirmativas quanto pela menção expressa ao artigo 67-A. Afinal, quanto ao parcelamento de solo, como indica Nelson Rosenvald, “a Lei n 13.786/2018 [...] não apenas estabeleceu percentuais máximos de restituição pelo adquirente quanto à cláusula penal

Entende-se, todavia, que a aproximação realizada pelos autores entre a cláusula penal do artigo 67-A e a sistemática das arras decorre, essencialmente, das dificuldades de classificação da nova penalidade. Não há qualquer sinal de unanimidade doutrinária acerca do enquadramento jurídico da pena convencional estabelecida e a análise dos seus efeitos e objetivos apresenta a mesma divergência.

Marco Antonio Karam indica que a pena convencional se qualifica como prestação substitutiva da principal, com função indenizatória (prefixação ou pré-estimativa de perdas e danos), classificando-a como cláusula penal compensatória, inclusive em razão da dispensa de alegação de prejuízo prevista na nova lei²⁹².

Araken de Assis, em contrapartida, ao discorrer acerca dos efeitos da resolução por inadimplemento, analisa a eficácia resolutiva e a pretensão a perdas e danos do contratante lesado. Neste ponto, expressamente indica que a pena convencional do artigo 67-A se destina apenas às restituições entre as partes. Para o autor, “à eficácia do mecanismo resolutorio, enquanto tal, interessa recíprocas restituições e a mútua liberação”, e acrescenta que “o direito a perdas e danos não a integra, merecendo tratamento separado”.²⁹³

A despeito dessas discussões (que embora pertinentes, não parecem essenciais para a presente pesquisa), cabe assumir que a pena convencional do artigo 67-A se qualifica como cláusula penal compensatória, associando-se a um modelo de natureza híbrida. Com perfil unitário e bifuncional, em um misto de sanção e indenização, a cláusula penal, simultaneamente, antecipa a liquidação dos danos e se posiciona a compelir o devedor ao adimplemento da obrigação pactuada²⁹⁴. Trata-se, assim, de estabelecer um mecanismo para proteção do contratante contra os riscos do inadimplemento e de conferir maior dinamismo à extinção contratual²⁹⁵.

2.3.2 Sistema de controle do conteúdo da cláusula penal

Sob tais premissas, para verificar a possibilidade de redução da pena compensatória das promessas de compra e venda, é necessário analisar, muito objetivamente, o “sistema

compensatória, mas também no tocante às arras”, tendo em vista a alusão às arras no artigo 3º da nova lei. (ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 162).

²⁹² KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. op. cit., p. 337.

²⁹³ ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. op. cit., p. 127.

²⁹⁴ ROSENVALD, Nelson. op. cit., p. 61.

²⁹⁵ ABILIO, Vivianne da Silveira. op. cit., p. 127.

brasileiro de controle do conteúdo da cláusula penal, composto pela limitação *ex ante* prevista no art. 412 [...] e a redução *ex post* prevista no art. 413²⁹⁶. Esse sistema se destina ao controle da autonomia negocial das partes contratantes em vista dos princípios que regem a atividade negocial, como a função social do contrato e o equilíbrio econômico, e revela-se especialmente importante em contratos imobiliários, quando bens jurídicos relevantes (a exemplo do direito à moradia e da função social da cidade) estão presentes²⁹⁷.

Em trabalho dedicado ao tema, André Silva Seabra ressalva que “a análise dogmática da limitação e da redução da cláusula penal demanda a verificação do seu correto enquadramento na ordem de princípios vigentes no direito contratual”. O autor questiona a utilização de alguns princípios regularmente encontrados para justificar o controle do conteúdo da cláusula penal, como a invocação do enriquecimento sem causa (porquanto a “causa” se encontra, exatamente, na obrigação pactuada entre as partes) e o apelo à boa-fé (pois não costuma existir contradição entre os termos contratados e as exigências impostas pela boa-fé objetiva). Nessa linha, aponta o princípio do equilíbrio contratual como fator e fundamento essencial à limitação ou redução da cláusula penal, na medida em que abrange as figuras da lesão e da excessiva onerosidade, afastando, respectivamente, o desequilíbrio decorrente da inexperiência ou extrema necessidade de uma das partes e o fato superveniente imprevisível e extraordinário enfrentado.²⁹⁸

Seabra ainda apresenta os mecanismos de controle sobre o conteúdo da cláusula penal, consistentes: na fixação *ex ante* de um limite máximo (estabelecido por lei, sob pena de nulidade da penalidade ou ineficácia do excesso), meio mais primitivo e controverso para controlar eventuais abusos; e na previsão de poderes para que um juízo possa intervir no negócio e reduzir *ex post* a penalidade, que considera mais acertada. Critica, nessa senda, a falta de lógica e a deficiência no acolhimento em simultâneo destes mecanismos, que é a realidade adotada no sistema jurídico brasileiro.²⁹⁹

A limitação *ex ante* das cláusulas penais se destina a fixar o patamar máximo a ser estabelecido contratualmente³⁰⁰ e encontra fundamento no artigo 412³⁰¹ do Código Civil de

²⁹⁶ SEABRA, André Silva. op. cit., p. 95.

²⁹⁷ KONDER, Carlos Nelson. op. cit., p. 86.

²⁹⁸ SEABRA, André Silva. op. cit., p. 290-291.

²⁹⁹ Ibid, p. 294-306.

³⁰⁰ Vivianne da Silveira Abilio, neste ponto, bem esclarece que o disposto no artigo 412 do Código Civil torna difícil atribuir efeito intimidativo à cláusula penal compensatória. Afastando-se a eficácia ameaçadora e considerando, ainda, a possibilidade de redução da penalidade manifestamente excessiva (prevista no artigo 413 do mesmo Código) e a exclusão de sua cumulação com a obrigação principal, tornar-se-ia incompatível a atribuição de caráter punitivo à cláusula penal. (ABILIO, Vivianne da Silveira. op. cit., p. 104).

2002, transportando a regra anteriormente disposta no artigo 920 da Lei nº 3.071/1916³⁰² (Código Civil de 1916). Como indicado, essa ferramenta de controle apresenta problemas para a sua implementação, dois deles elencados por Carlos Nelson Konder. Primeiro, o autor explica que apesar do objetivo de controlar eventuais excessos, a referência do artigo 412 ao limite da pena como o valor “da obrigação principal” permite questionar se envolveria apenas o objeto do contrato ou se abrangeria custos acessórios, danos emergentes e, ainda, lucros cessantes – a exemplo de valores com comissão de corretagem e despesas com locação. Um segundo problema seria a enorme quantidade de situações que o dispositivo precisaria englobar, mostrando-se temerária a técnica de imposição de um limite fixo para a riqueza de casos concretos que serão enfrentados³⁰³.

Sucedo que o artigo 67-A da Lei nº 4.591/1964 se enquadra justamente a essa hipótese de controle por limitação *ex ante*³⁰⁴, ao estabelecer os limites máximos de retenção de valores pela incorporadora na resolução dos contratos por inadimplemento do adquirente. Fixados parâmetros de dedução sobre os valores pagos que estejam insertos no limite previsto na regra geral do artigo 412 do Código Civil – e, ainda, em conformidade com o enunciado da Súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça –, mostra-se congruente o racional do dispositivo com o mecanismo de controle especificado na lei.

2.3.3 Hipóteses de redução da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil)

Conforme exposto acima, além da limitação legal dos parâmetros de fixação da cláusula penal, o Código Civil estabelece mecanismo para controle jurisdicional *ex post* de abuso de posição contratual ou opressão da parte vulnerável. Nesse sentido se apresenta o artigo 413³⁰⁵, que atribui ao magistrado um poder-dever de reduzir equitativamente a penalidade nos casos em que houver cumprimento parcial da obrigação principal ou quando

³⁰¹ Código Civil: Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

³⁰² BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 10/09/2022.

³⁰³ KONDER, Carlos Nelson. op. cit., p. 88.

³⁰⁴ ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? op. cit., p. 47.

³⁰⁵ Código Civil: Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

verificado excesso manifesto no momento do descumprimento, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio³⁰⁶.

O mecanismo de redução *ex post* das cláusulas penais também se encontrava presente na Lei nº 3.071/1916 (Código Civil de 1916), no revogado artigo 924. Entretanto, no Código Civil de 2002 foi ampliado o campo de atuação do juiz³⁰⁷, que passou não somente a decidir por equidade (não mais por “proporcionalidade”, como anteriormente previsto) quando a obrigação tenha sido cumprida em parte, mas também nos casos em que “o montante da penalidade for manifestamente excessivo”, segundo os termos expressos do art. 413. Tratou-se de acolher o posicionamento anteriormente verificado na jurisprudência, que reduzia as penas de importâncias pagas pelo adquirente mesmo nos contratos firmados antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.³⁰⁸

O artigo 413 oferece regra especial de controle do abuso de direito. Verificado o inadimplemento contratual e a aplicabilidade da cláusula penal estabelecida, utiliza-se o dispositivo para evitar que o contratante lesado exerça o direito à aplicação da pena de modo anormal. Sob tal viés, a intervenção judicial não implicaria, necessariamente, invasão à autonomia privada, mas em garantia de que a liberdade contratual seja praticada nos limites conferidos pela lei. Todavia, tratando-se de mecanismo de controle apto a interferir na autonomia negocial das partes, a redução judicial da penalidade é “dependente de pressupostos rigorosos, atuando em circunstâncias excepcionais e servindo a impedir um exercício abusivo de direitos do credor, em especial quando uma das partes esteja em posição de inferioridade técnica”.³⁰⁹

Apresentado brevemente o sistema de controle do conteúdo da cláusula penal, é necessário examinar os critérios para aplicação do artigo 413 do Código Civil, de forma a verificar como poderia gerar efeitos sobre as promessas de compra e venda em incorporação imobiliária. O artigo é expresso ao indicar as duas hipóteses de redução: “se a obrigação tiver sido cumprida em parte”, ou “se o montante da penalidade for manifestamente excessivo”.

³⁰⁶ KONDER, Carlos Nelson. *op. cit.*, p. 89.

³⁰⁷ Caio Mário comenta a modificação do artigo com ênfase para o dever de atuação do juiz: “[...] não é mais mera faculdade do juiz a determinação de redução da pena em caso de excessiva onerosidade ou desproporção da pena ou de cumprimento parcial da obrigação principal, e sim dever do magistrado de assim proceder. Daí a substituição do verbo “poder” (art. 924 do Código Civil de 1916) pelo verbo “dever” (art. 413 do Código Civil de 2002)[...]” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. II**. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book. p. 284).

³⁰⁸ AZEVEDO JR., José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. *op. cit.*, p. 204-205.

³⁰⁹ CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 110/2021, p. 85-108, out./dez. 2021. p. 86-87.

Considerando a realidade das promessas de compra e venda, que geralmente estabelecem forma de pagamento a prazo e algum tipo de valor de entrada ou sinal, parece que a redução por cumprimento parcial da obrigação resta prejudicada. Primeiro porque se justificaria a redução equitativa em praticamente todo e qualquer contrato, reduzindo a zero a efetividade da cláusula penal estabelecida entre as partes. Segundo porque, aparentemente, ignoraria a eficácia resolutiva do contrato, que implica a liquidação e ressarcimento dos valores pagos (portanto, “desfazendo” o cumprimento parcial da obrigação promovido pelo adquirente); ou seja, não há aproveitamento útil do adimplemento parcial da obrigação pela incorporadora quando os valores recebidos precisam ser restituídos ao adquirente, devendo ser considerado o inadimplemento como total³¹⁰.

Não obstante, a outra hipótese de redução do artigo 413, quando “o montante da penalidade for manifestamente excessivo”, se aplica claramente à resolução das promessas de compra e venda. Cabe ao juízo a análise “da natureza e da finalidade do negócio” para aferir “manifesta excessividade” da cláusula penal e promover a sua redução. Contudo, embora não se olvide da aplicabilidade do dispositivo aos negócios imobiliários, exsurtem diversos questionamentos neste ponto. O legislador fixou parâmetros genéricos para implementação da redução, os quais demandam esforço doutrinário e jurisprudencial para sistematização dos critérios aplicáveis³¹¹.

É indispensável a confrontação da cláusula penal com as demais circunstâncias do negócio e, realizado este exercício, a pena deverá ser reduzida mediante a confirmação de excesso “manifesto, ostensivo, perceptível a todo surto de vista”³¹². Mesmo nestes casos, a redução deverá observar critérios de efetiva equidade. A pena não pode ser diminuída a ponto de se converter em quantia ínfima, já que tal circunstância desfiguraria a pena convencional, retirando-lhe a dupla finalidade de reforço da obrigação e de liquidação prévia das perdas e danos.³¹³

Na aferição do excesso, o julgador deve objetivamente aplicar o princípio do equilíbrio econômico, sem requisito de imprevisibilidade ou de inferioridade de uma das partes. Cabe destacar a necessidade de observância à “finalidade do negócio”, na medida em

³¹⁰ SEABRA, André Silva. op. cit., p. 410.

³¹¹ CHAGAS, Beatriz Uchôas. op. cit., p. 87.

³¹² Na mesma linha, destaca-se os dizeres de André Abelha: “O dispositivo em questão traz uma condição claríssima para a redução: excesso manifesto. Reparem: não basta um excesso qualquer; ele deve ser manifesto, ululante, exagerado.” (ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? op. cit., p. 48).

³¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. II.** op. cit., p. 286.

que atrai uma perspectiva funcional no exame da excessividade, compreendendo a análise da função econômico-individual estabelecida. Desse modo, sob a perspectiva das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária “deve-se ter em mente a exigência de compatibilidade da função do contrato com a tutela constitucional do direito à moradia e da função social da cidade”.³¹⁴ Logo, deve haver preocupação com o manifesto excesso da penalidade, mas sem perder de vista os efeitos econômicos da extinção do contrato para a incorporação na qual está inserido.

Sob tais parâmetros, constatado desequilíbrio capaz de ensejar a redução da cláusula penal, inicia-se o juízo de “equidade”. Nesse momento, deve-se evitar arbitrariedades judiciais e valorações pessoais subjetivas do julgador. A redução deve estar direcionada às especificidades do caso concreto e preservar a finalidade cominatória e dissuasora da penalidade contratual.³¹⁵

Diversos outros pontos poderiam ser abordados na tentativa de análise dos critérios de aplicação do artigo 413 do Código Civil para redução das cláusulas penais. Mas apesar dos esforços doutrinários, verifica-se subjetividade para conceituação do “manifesto excesso” e não se verificou na bibliografia consultada a existência de critérios considerados suficientemente claros para “redução equitativa” da pena. Mais uma vez lamentando a ausência estudos aprofundados do legislador para o advento da Lei nº 13.786/2018, com vistas à aferição dos efeitos das resoluções contratuais para as incorporações imobiliárias (quando se poderia estabelecer parâmetros técnicos de identificação dos ônus ao fluxo financeiro dos empreendimentos), resta ainda presente a necessidade de a doutrina e a jurisprudência se debruçarem sobre o tema.

2.3.4 Aplicabilidade do artigo 413 do Código Civil à pena convencional das promessas de compra e venda celebradas no âmbito da Lei nº 13.786/2018

Diante dos aspectos até aqui destacados, reitera-se que a questão a ser respondida é a possibilidade de aplicação do artigo 413 do Código Civil às promessas de compra e venda celebradas no âmbito da Lei nº 13.786/2018. Em outras palavras: é cabível a redução equitativa da penalidade pela resolução da promessa de compra e venda mesmo quando a

³¹⁴ KONDER, Carlos Nelson. op. cit., p. 89.

³¹⁵ SEABRA, André Silva. op. cit., p. 421-424.

cláusula penal estiver em consonância com o artigo 67-A da Lei nº 4.591/1964? A resposta parece ser afirmativa para a maior parte dos autores consultados.

André Abelha, por exemplo, sintetiza a situação analisando os caracteres do sistema de controle do conteúdo das cláusulas penais. Enquanto o artigo 412 do Código Civil estabelece o patamar máximo da cláusula penal (qual seja, o valor total da obrigação principal), o artigo 413 do mesmo Código impõe um corte equitativo, sempre que verificado o manifesto excesso da penalidade. Desse modo, ao fixar-se patamar máximo para a pena convencional nas promessas de compra e venda com o artigo 67-A, fica estabelecido um teto diferente do previsto no artigo 412, de modo a afastar a aplicação deste, pela especialidade da nova lei. Por outro lado, na Lei nº 13.786/2018 não são apresentados quaisquer dispositivos relacionados ao condicionamento da redução equitativa das penalidades, prevalecendo a previsão da regra geral, prevista no artigo 413 do Código Civil. O autor afirma, portanto, inexistir qualquer antinomia entre as normas.³¹⁶

Flávio Tartuce e Marco Aurélio Bezerra de Melo, com ênfase para a penalidade de retenção de até 50% (cinquenta por cento) sobre os valores pagos, aplicável às promessas de compra e venda celebradas no âmbito de incorporações submetidas a patrimônio de afetação, mas não se limitando a estes casos, asseveram que o artigo 413 do Código Civil “aplica-se à nova lei e às relações de consumo, sem qualquer limitação, até porque não há qualquer previsão nela que o exclui”.³¹⁷

Na mesma linha, José Fernando Simão e Alexandre Junqueira Gomide³¹⁸ indicam que a cláusula penal poderá ser reduzida, com fundamento no artigo 413 do Código Civil, desde que presentes os requisitos do dispositivo e “a depender da circunstância a ser provada no caso concreto”.³¹⁹

Cláudia Rabelo Viegas e Rodolfo Pamplona Filho, por seu turno, defendem que “apesar de lícita a estipulação de cláusula penal, sua incidência não pode, em contratos de

³¹⁶ ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? op. cit., p. 47.

³¹⁷ TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra. Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador na Lei 13.786/2018. op. cit.

³¹⁸ Válido registrar que Gomide, logo após a edição da Lei nº 13.786/2018, chegou a indicar que “Em princípio, se o incorporador estabeleceu a pena nos limites autorizados pela Lei, o art. 413 não poderia ser aplicado, uma vez que não se verifica penalidade ‘manifestamente excessiva’, mas, em verdade, em base admitida por Lei Federal.”. Todavia, o autor tratou de antecipar que “[...] o art. 413 é considerado norma de ordem pública e, nesses termos, não nos surpreenderá se em casos extremos o Poder Judiciário reduzir o percentual fixado pela Lei.” (GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. op. cit., p. 20).

³¹⁹ SIMÃO, José Fernando; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. op. cit., p. 248-249.

consumo, acarretar desvantagem exagerada ao consumidor, sendo necessária a redução equitativa da cláusula, nos termos do art. 413 do Código Civil”. Os autores também enfatizam tal possibilidade, principalmente, diante da pena convencional estabelecida para as resoluções contratuais em incorporações sob o regime do patrimônio de afetação.³²⁰

Marco Antonio Karam registra que, apesar das regras dispostas na Lei nº 13.786/2018, “permanece a possibilidade de busca da tutela jurisdicional para eventualmente reduzir o percentual previsto contratualmente em casos em que o desequilíbrio contratual se tornar evidente durante o processo obrigacional”.³²¹

Victor Vasconcelos Miranda também defende a ausência de “obstáculo ao controle judicial da cláusula penal mesmo que haja previsão contratual estabelecida dentro do limite conferido pelo legislador”. Com fundamento na ordem pública sustentada ao artigo 413 do Código Civil, bem como no dever expresso de redução da penalidade previsto no dispositivo, aponta a inadequação de eventual impedimento ao exercício de controle da validade das convenções contratuais pelos julgadores, desde que constatado “objetivamente, o desequilíbrio entre a previsão contratual [...] e a situação do caso concreto”.³²²

Por fim, Melhim Namem Chalhub expõe que a prefixação legal da penalidade “goza da presunção de proporcionalidade e razoabilidade”. Embora não faça referência direta o artigo 413 do Código Civil, o autor exclui expressamente a cláusula penal estipulada nos percentuais dispostos na Lei nº 13.786/2018 do campo de incidência do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, que considera nula a cláusula que “se mostra excessivamente onerosa para o consumidor”. Apesar disso, verifica-se o registro de que os limites e critérios legais poderão constituir referenciais quando da intervenção judicial com vistas a revisão de penalidades, de modo a, aparentemente, não afastar a possibilidade de redução da pena.³²³

Outros autores pesquisados, a exemplo de Arnaldo Rizzardo e Nelson Rosendal, embora tratem expressamente da possibilidade de redução equitativa da cláusula penal com fundamento no artigo 413 do Código Civil, não o fazem em comparativo com as disposições da Lei nº 13.786/2018.

³²⁰ VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018. op. cit., p. 203-204.

³²¹ KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. op. cit., p. 340.

³²² MIRANDA, Victor Vasconcelos. Lei 13.786/2018 – Distrato: primeiras considerações sobre a desconstituição do vínculo contratual e seus consectários jurídicos. In: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 378-379.

³²³ CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. op. cit., p. 431.

Por outro lado, verificou-se um posicionamento divergente, pela impossibilidade de redução da cláusula penal quando celebrada no âmbito da Lei nº 13.786/2018 e em observância aos limites legais estabelecidos. Marcelo Terra e Ana Paula Ribeiro, enfaticamente, registram que o artigo 67-A inaugurou “regra específica que afasta objetivamente a aplicação do art. 413 do CC” e acrescentam que a fixação de penalidade “dentro das bandas previstas na nova lei retira da cláusula penal qualquer vestígio de abusividade ou presunção de exagero, vedadas pelo art. 51, § 1º, do CDC”. Para os autores, a tarifação expressa pelo legislador da multa máxima aplicável ao adquirente inadimplente tornaria evidente a inaplicabilidade das ferramentas de controle das cláusulas penais, além de afastar o emprego de cláusulas gerais de boa-fé, da principiologia genérica consumerista e de princípios constitucionais.³²⁴

Em adendo, Terra e Ribeiro destacam que a aplicação dos dispositivos da nova lei implica segurança jurídica e fomento de investimentos em benefício da sociedade como um todo, inclusive sob a perspectiva do consumidor. Nesse viés, relembram “o estrago que a aplicação desenfreada pelos Tribunais brasileiros do art. 413 [...] acabou por gerar no mercado imobiliário”, que foi exatamente a causa para a intervenção legislativa que originou a Lei nº 13.786/2018, e afirmam que posicionamentos em sentido contrário a esta norma apenas distorceriam o ordenamento.³²⁵

Apesar das divergências encontradas, ampla maioria dos autores apresenta entendimento pela possibilidade de redução da cláusula penal das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária, ainda que firmadas após o advento da Lei nº 13.786/2018 e em observância aos limites estabelecidos. Essa constatação denota cenário absolutamente distinto daquele previsto pelo legislador e comemorado pelo empresariado da construção civil.

Na mesma linha dos apontamentos doutrinários indicados, a análise da jurisprudência atual permite cogitar que os tribunais deverão manter o posicionamento pela possibilidade de redução da cláusula penal. Embora sejam ainda escassos os julgados que analisaram contratos celebrados após o advento da Lei nº 13.786/2018, naqueles a que se teve acesso foi possível observar que a nova lei em nada alterou o posicionamento dos julgadores. Para demonstrar

³²⁴ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. op. cit., p. 239-243.

³²⁵ Ibid, p. 240-245.

contornos da situação, analisa-se três julgados, proferidos no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios e no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, por exemplo, já reduziu de 50 (cinquenta) para 25% (vinte e cinco por cento) a cláusula penal em promessa de compra e venda celebrada no âmbito da Lei nº 13.786/2018. No recurso de apelação nº 0701732-68.2021.8.07.0001³²⁶, julgado em 15/12/2021, verificou-se ação proposta por um adquirente que alegava o desinteresse na continuidade do negócio.

No referido caso, firmou-se a compra e venda de uma unidade inserida em incorporação imobiliária submetida ao patrimônio de afetação, com valor global de R\$ 1.636.537,50. O adquirente propôs ação após o pagamento de R\$ 200.325,61 e, diante do desinteresse na manutenção do negócio, sugeriu abusividade da pena convencional contratada no patamar de 50%, além de nulidade à cláusula contratual que condicionava a restituição dos valores pagos à expedição do habite-se do empreendimento.

Pelo teor do acórdão proferido, fica clara a tentativa de análise do caso concreto para controle da cláusula penal, mas igualmente evidente a subjetividade dos fundamentos utilizados para redução da pena. Indicou-se que o percentual de retenção deve observar os princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato, bem como a quantia efetivamente paga pelo adquirente e o tempo necessário para a restituição do imóvel ao estoque da incorporadora (ou seja, o período de indisponibilidade anteriormente comentado). Partindo destes critérios, que apesar de importantes, carregam alto grau de subjetividade, a 3ª Turma Cível daquela corte concluiu que a cláusula penal deveria ser reduzida para 25% (vinte e cinco por cento), pois os valores pagos pelo autor seriam substanciais (ultrapassavam R\$ 150.000,00), e foi considerado diminuto o período de quatro meses de indisponibilidade do imóvel à incorporadora. Quanto ao prazo para restituição dos valores ao adquirente, o juízo reconheceu a legalidade da cláusula contratual que dispunha o reembolso em trinta dias após o habite-se, em expressa referência aos termos do art. 67-A, § 5º, da Lei nº 13.786/2018.

Já no Tribunal de Justiça de São Paulo, levantou-se dois acórdãos em que se decidiu pela redução do percentual da cláusula penal em promessas de compra e venda submetidas à Lei nº 13.786/2018.

³²⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação cível nº 0701732-68.2021.8.07.0001**. Relator: Desembargador Roberto Freitas Filho. Brasília, 2021.

O primeiro deles foi proferido pela 33ª Câmara de Direito Privado em 29/7/2022, na apelação nº 1004216-52.2021.8.26.0292³²⁷. O recurso analisado se originou de uma ação proposta pelos adquirentes de uma unidade também inserida em incorporação imobiliária submetida a patrimônio de afetação, com o objetivo de desfazer a promessa de compra e venda firmada. Os pedidos são muito semelhantes ao que foi pleiteado na demanda enfrentada pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, notadamente porque os autores questionavam o percentual de retenção, o tempo e modo como os valores deveriam ser devolvidos. Ocorre, entretanto, que ao contrário do que se verificou no primeiro acórdão analisado, neste julgado não há qualquer menção a critérios para minoração da cláusula penal, tampouco a circunstâncias fáticas do caso concreto. A 33ª Câmara de Direito Privado inferiu que a previsão contratual de 50% (cinquenta por cento) de retenção sobre os valores pagos seria, por si, abusiva, e afrontaria a jurisprudência.

Como se extrai do acórdão, registrou-se que, a despeito da submissão da incorporação ao patrimônio de afetação “a solução adotada na r. sentença, com base no Código de Defesa do Consumidor (artigos 51, incisos II, IV c.c. parágrafo 1o, incisos II e II, e 53) e no Código Civil (artigo 413), deve prevalecer, posto que se apresenta clara a abusividade na previsão contratual pelo teto”. Sob tais premissas, manteve-se a redução da pena convencional fixada na sentença para 20% (vinte por cento) de retenção sobre os valores pagos.

Chama também atenção neste caso a análise quanto ao prazo de ressarcimento dos valores aos adquirentes. Apresentou-se entendimento de que o prazo de trinta dias após a emissão do habite-se consistiria em uma data limite prevista na Lei nº 13.786/2018 e que a incorporadora poderia dispor da unidade logo após a extinção da promessa, razão pela qual nada obstaría a devolução imediatamente após a resolução do contrato. Nesse sentido, determinou-se a redução da pena convencional e a restituição imediata de valores, em diametral afronta aos dispositivos da nova lei.

O segundo acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo analisado foi proferido pela 28ª Câmara de Direito Privado, em sessão realizada no dia 31/8/2022. No julgamento do recurso de apelação nº 1018599-32.2021.8.26.0002³²⁸, em sentido praticamente

³²⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1004216-52.2021.8.26.0292**. Relator: Desembargador Sá Duarte. São Paulo, 2022.

³²⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1018599-32.2021.8.26.0002**. Relator: Desembargador Ferreira da Cruz. São Paulo, 2022.

idêntico, julgou-se pela redução da cláusula penal de 50 (cinquenta) para 25% (vinte e cinco por cento) sobre os valores pagos em ação proposta pelos adquirentes da unidade.

Neste caso, apontou-se que, apesar das disposições da Lei nº 13.786/2018, “à luz da função social do ajuste e sem prova concreta de prejuízo capaz de autorizar retenção dessa envergadura”, a cláusula penal poderia ser reduzida a patamares não considerados abusivos. Em adendo, o desembargador relator registrou em seu voto que “A multa/retenção de 50% sempre foi – e continuará sendo – abusiva”. Não se verifica no acórdão a análise das circunstâncias do caso concreto, tampouco os fundamentos para indicação de abusividade ao patamar da pena convencional. Contudo, o resultado foi pela redução da pena contratada.

Diante dos apontamentos realizados, não se afigura incorreto afirmar que o objetivo final com a Lei nº 13.786/2018 “foi assegurar que a incorporadora não perca a capacidade de dar andamento à obra, medida que protege, a um só tempo, não só a própria incorporadora, mas, também, todos os demais promitentes compradores que confiaram no bom andamento da obra”³²⁹. Apesar das discussões acerca dos anseios dos adquirentes pela rescisão unilateral dos contratos e do pleito dos empreendedores por uma estrutura de incentivos para manutenção e adimplemento das promessas de compra e venda.

Entretanto, os posicionamentos doutrinários e o cenário jurisprudencial apontam para a ineficiência da medida. Afinal, a segurança jurídica almejada deverá ser encontrada por meios diversos, para além da nova lei. Assim, confirmada a probabilidade de mitigação da aplicação da Lei nº 13.786/2018, analisar-se-á no próximo capítulo os efeitos esperados para esse cenário (no tocante à tomada de decisão do adquirente pela extinção do contrato), com vistas perquirir estes meios diversos de conferir estabilidade aos pactos, ou, pelo menos, contribuir para uma melhor discussão em prol da regulação das extinções dos contratos de comercialização de unidades no âmbito das incorporações imobiliárias.

³²⁹ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 219.

3 A EXTINÇÃO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA SOB O ENFOQUE DO MODELO DA ESCOLHA RACIONAL E OS ASPECTOS QUE PODERÃO SER OBSERVADOS PARA REDUÇÃO DA PENA CONVENCIONAL

Demonstrou-se no capítulo anterior a interpretação jurídica conferida pelos tribunais às desistências de adquirentes de unidades em incorporação, bem como os resultados econômicos que a extinção em massa destes contratos implementou no mercado imobiliário. Os efeitos acabaram sentidos por empreendedores, por toda a cadeia de fornecedores da construção civil e, em última instância, pelos próprios adquirentes de imóveis (seja em decorrência de atrasos de obras, ou mesmo pela desvalorização patrimonial experimentada). A análise desse cenário afasta “[...] qualquer dúvida sobre a necessidade de adequação dos efeitos restitutórios da resolução judicial das promessas de venda à racionalidade econômica e à função social da incorporação imobiliária [...]”³³⁰.

Como indicado, não se olvida que adversidades econômicas contribuíram para a crise. Contudo, a ausência de previsibilidade impôs ao mercado imobiliário uma situação insustentável. Estabeleceu-se (pela jurisprudência) um regramento contratual que não observa, objetivamente, as normas do sistema jurídico vigente: com fundamento em regras gerais e principiologia consumerista, as promessas de compra e venda passaram a ser um contrato com irretratabilidade de via única³³¹ e, por consequência, com riscos a serem tomados (e prejuízos) exclusivamente pelas incorporadoras³³².

Neste ponto exsurge um último aspecto que se almeja observar na presente pesquisa. Se o contexto judicial favoreceu excessivamente aos adquirentes, sob o prisma da assunção dos riscos de ciclos negativos do mercado imobiliário, criou-se uma sistemática que, em vez de exigir dos contratantes o cumprimento dos pactos (ou mesmo a admissão do ônus do inadimplemento) incentivou a ruptura prematura dos contratos. Sob tais circunstâncias, deseja-se analisar os efeitos dessa conjuntura para o processo de tomada de decisão dos adquirentes, que vislumbraram nas promessas de compra e venda uma saída facilitada para a

³³⁰ CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. *Evolução legislativa e precedentes*. op. cit., p. 188.

³³¹ Excetuada a hipótese de denúncia da incorporação pelo empreendedor, prevista no artigo 33 da Lei nº 4.591/1964.

³³² Afirma-se tal aspecto considerando incorporações com regular execução. Não caberia a afirmativa, por exemplo, para os casos de inadimplemento contratual pelas incorporadoras ou, ainda, para as hipóteses de insolvência ou falência das incorporadoras, circunstâncias que implicariam graves riscos e demandariam diligências de toda ordem pelos adquirentes para o sucesso de incorporação.

mitigação de problemas financeiros ou para reduzir os malefícios de investimentos que não tenham atingido as expectativas de retorno.

Assim, utiliza-se a seguir conceitos e ferramentas que a abordagem neoclássica da economia oferece para compreensão da decisão pelo inadimplemento contratual, bem como os cenários esperados para as hipóteses de aplicação irrestrita dos ditames da Lei nº 13.786/2018 e de mitigação desta. Ao final, verificando-se a insustentabilidade da situação (que implicaria retomar a conjuntura que ensejou a crise anterior a essa nova lei), discorre-se a respeito dos aspectos que poderão ser observados pelos atores do mercado imobiliário para conferir maior estabilidade, segurança e previsibilidade às promessas de compra e venda em incorporação imobiliária.

3.1 ELEMENTOS DA ESCOLHA PELO INADIMPLEMENTO DAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA: ANÁLISE A PARTIR DA ABORDAGEM NEOCLÁSSICA DA ECONOMIA

De pronto é importante delimitar o objeto de análise. Os fundamentos e cenários adiante expostos se destinam ao exame das resoluções de promessas de compra e venda por opção ou interesse dos adquirentes, as “desistências” contratuais que, não raramente, são verificadas no mercado imobiliário. Por uma necessidade de corte metodológico, não se analisará, por exemplo, os sistemas e espécies de incorporação imobiliária que poderiam ser adotados pelas incorporadoras (em prol de maior segurança para os negócios), as práticas de comercialização existentes e os seus efeitos, além de outros temas relevantes que comportariam estudo.

O que ora se denomina “resolução por opção” tem referência tanto aos casos de adquirentes que efetivamente enfrentam dificuldades financeiras (e que, no leque de opções por inadimplemento, tendem a escolher pelas promessas de aquisição de unidades), quanto àqueles que simplesmente optam pela extinção do contrato, por não vislumbrarem os retornos financeiros esperados para um investimento imobiliário ou mesmo por verificarem outros negócios (após a celebração da promessa) que melhor se adaptam aos seus anseios. Trata-se, portanto, de situações de inadimplemento do adquirente, inclusive na condição de inadimplemento antecipado³³³, que bem se enquadram às extinções dos contratos imobiliários.

³³³ “O chamamento da figura do inadimplemento antecipado, em caráter excepcional (porque excepciona o princípio da pontualidade), exige a presença de três requisitos, todos eles cumulativos e de obrigatoria

Para interpretar o cenário das “desistências” em massa dos contratos imobiliários (em verdade, das resoluções em massa), cabe investigar o polo ativo destas extinções contratuais, ou seja, entender o processo de tomada de decisão dos adquirentes pelo desfazimento do negócio. Para tanto, far-se-á uso do instrumental analítico e empírico da economia, em especial pela vertente do modelo da escolha racional, para buscar compreender e prever as implicações fáticas³³⁴ da Lei nº 13.786/2018, bem como os efeitos da sua mitigação não parametrizada pelos tribunais.

É válido introduzir a questão registrando paralelos entre alguns conceitos da abordagem econômica e o objeto da presente pesquisa. Nessa linha, a economia pode ser conceituada como uma ciência dedicada ao estudo do comportamento humano na sua relação entre fins e meios escassos que têm usos alternativos³³⁵. A abordagem econômica, portanto, apresenta-se como um método para compreensão da tomada de decisões individuais e coletivas acerca dos recursos (escassos) envolvidos em uma atividade. Trata-se de um conjunto de instrumentos analíticos aplicável a toda atividade humana relevante³³⁶, inclusive ao direito.³³⁷

Nesse ponto de intersecção entre a economia e o direito se encontra a análise econômica do direito, que procura atualizar a “economia do direito”³³⁸ por meio da aplicação de teorias e métodos econômicos empíricos às instituições centrais do sistema jurídico³³⁹. A economia oferece uma teoria científica para previsão dos efeitos das sanções legais sobre o comportamento, permitindo antever como as pessoas responderão às leis impostas³⁴⁰. O objetivo central consiste em “expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o

presença, a saber: (a) tratar-se de uma violação grave do contrato, caracterizadora de uma "justa causa" à resolução; (b) haver plena certeza de que o cumprimento não se dará até o vencimento; (c) agir culposamente o devedor, ao declarar que não vai cumprir, ou ao se omitir quanto à execução do contrato, permanecendo inerte de modo que nada, em seu comportamento, revele a disposição para a prática dos atos de execução.” (MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais**, v. 885/2009, p. 30-48, jul. 2009. p. 32).

³³⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 1. n. 1, jan-jun, 2010. p. 18.

³³⁵ ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. Londres: Macmillan and Co., 1932. p. 15.

³³⁶ BECKER, Gary Stanley. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. E-Book. p. 10.

³³⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 18.

³³⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. E-Book. p. 7.

³³⁹ POSNER, Richard Allen. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, 53, p. 757-782, 1975. p. 759.

³⁴⁰ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. Boston: Pearson, 2012. E-Book. p. 3.

desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências”³⁴¹.

Também conceituada como “um corpo teórico fundado na aplicação da Economia às normas e instituições jurídico-políticas”³⁴², a análise econômica do direito, possibilita “compreender as implicações de determinados fatos na conformação do ordenamento legal, as implicações do ordenamento legal na economia e na conduta humana, ou ainda, desenvolver modelos de previsões comportamentais dos agentes envolvidos em determinadas transações”³⁴³.

Essa abordagem pode ser aplicada pela doutrina para indicar os efeitos concretos de Projetos de Lei ou normas vigentes³⁴⁴, e servir de ferramenta para legisladores e julgadores, na medida em que permite a análise da eficiência das leis³⁴⁵. Tudo isso se viabiliza por meio de diferentes métodos, que perpassam por: avaliar as consequências relevantes, os fundamentos e a eficiência da norma; verificar as regras existentes ou que poderiam ser adotadas; examinar a estrutura de incentivos estabelecida; confirmar os objetivos subjacentes e considerar os custos de transação³⁴⁶ gerados; e promover estudos empíricos para aferição das consequências concretas da norma.³⁴⁷

São amplas as aplicabilidades do ferramental acima descrito ao mercado imobiliário, em especial às incorporações. A título de exemplo, é possível examinar o adquirente de unidade e a incorporadora, enquanto agentes econômicos inseridos em uma atividade de alta

³⁴¹ GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil: estudos sobre a análise econômica do direito**. 3ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2019. p. 1.

³⁴² SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? In: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/. Acesso em: 13/09/2022. p. 3.

³⁴³ SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor? op. cit., p. 373.

³⁴⁴ FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000. E-Book.

³⁴⁵ Luciano Benetti Timm também registra possíveis aplicações da Análise Econômica do Direito: “No Brasil a AED pode contribuir para interpretar a lei posta, criticar julgados e sobretudo oferecer mecanismos de mensuração de novas leis a serem aprovadas pelo parlamento, como é o caso do Projeto de Código Comercial. Valendo-se da metodologia científica das Ciências Econômicas, podemos fazer testes, estudos empíricos, que permitem sair da ideologia. Ela permite um maior contato do jurista com o mundo real (para além da dogmática e do parnasianismo das normas jurídicas).” (TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 20, n. 40, jul./dez. 2018. p. 15).

³⁴⁶ “Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação.” (SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 22/2005, p. 250-276, abr./jun. 2005. p. 251).

³⁴⁷ REMOR, Ivan Pereira; SILVA NETO, Orlando Celso da. Regulação baseada em evidência no direito do consumidor: por que apenas boas intenções não asseguram bons resultados? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 32/2022, p. 115-141, jul./set. 2022. p. 117.

complexidade, de modo a definir os objetivos esperados e prever os atos que serão praticados pelas partes, sob determinados incentivos legais e contratuais. Também é viável analisar os arranjos necessários para composição do “sinalagma funcional” da promessa de compra e venda, que deverão refletir fatores econômicos e negociais, além de prever momentos de crise no programa contratual que o leve à judicialização. Ou seja, pode-se lançar um novo olhar às incorporações imobiliárias, sob uma abordagem econômica, de modo a permitir que as partes contratantes promovam uma melhor alocação de riscos, custos, proveitos e expectativas³⁴⁸.

Nessa linha, almeja-se empregar a abordagem econômica para melhor compreender as extinções das promessas de compra e venda pelo viés dos adquirentes, além de elencar aspectos que facilitem o estabelecimento de uma estrutura de incentivos mais propícia à consecução da função social da incorporação imobiliária. Para tanto, utilizar-se-á o modelo da escolha racional (*rational choice theory*), que é aplicado pela teoria econômica moderna e por diversas outras disciplinas próximas, tais como a sociologia, a ciência política, a história e o direito, para direcionamento da tomada de decisão³⁴⁹.

Partindo de determinados axiomas, o modelo da escolha racional tem por objetivo permitir a generalização do comportamento humano, individualmente analisado, para assim estabelecer uma linha de conduta previsível a todos os agentes³⁵⁰. Apesar da reconhecida dificuldade de definição dessa forma de abordagem³⁵¹, alguns dos seus postulados podem ser delineados, a exemplo da escassez dos recursos ou dos bens e da racionalidade dos agentes econômicos.

A escassez é ponto de partida e elemento essencial da análise econômica³⁵². Afinal, se os recursos fossem infinitos, não haveria o problema de se ter que equacionar sua alocação³⁵³. Esse componente obriga os agentes à escolha entre alternativas possíveis e excludentes, impõe a alocação de recursos para um determinado fim em detrimento de outro e

³⁴⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos. Negócios imobiliários: o planejamento contratual e a autonomia privada. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 90/2021, p. 223-239, jan./jun. 2021. p. 225.

³⁴⁹ ULEN, Thomas S. Rational Choice Theory in Law and Economics. **Encyclopedia of Law & Economics**. General Works, History and Methodology, Fundamental Concepts. p. 790-818. Disponível em: <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>. Acesso em: 12/09/2022. p. 791.

³⁵⁰ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. op. cit., p. 31.

³⁵¹ ULEN, Thomas S. op. cit., p. 791.

³⁵² Em tempo, a escassez não se configura como pressuposto somente para aplicação do modelo da escolha racional, mas como problema essencial para qualquer abordagem econômica: “Quando não há alternativas, não há problema de escolha e, portanto, não há problema econômico”. (BECKER, Gary Stanley. **Economic theory**. Nova York: Knopf, 1971. E-Book. p. 1, tradução nossa).

³⁵³ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, nº 2, mar. 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2811>. Acesso em: 13/09/2022. p. 16.

se caracteriza como “a premissa e o pressuposto básico da própria existência da tomada de decisão”³⁵⁴.

A noção de escassez se opõe à de abundância³⁵⁵ e força os indivíduos a realizarem escolhas³⁵⁶. Toda escolha realizada, por seu turno, pressupõe um custo, um *trade off*. Os *trade offs* são as renúncias realizadas pelo agente econômico, e essas renúncias são denominadas custo de oportunidade³⁵⁷. “Todas as escolhas têm custos de oportunidade. Isso quer dizer que nem tudo pode ser feito ou produzido; tudo tem um custo; e cada centavo gasto em uma determinada atividade, é o mesmo centavo que não é gasto em todas as demais”³⁵⁸.

Assim, diante da escassez e da conseqüente necessidade de escolhas, Richard Allen Posner explica que uma abordagem econômica ao direito pressupõe que os agentes envolvidos com o sistema jurídico atuarão racionalmente, de maneira a maximizar a sua satisfação³⁵⁹. O autor apresenta o sentido de racionalidade pela “escolha dos melhores meios para os fins de quem escolhe”, e indica que o agente racional analisará as alternativas conhecidas em termos de custo, conforto e outras dimensões de utilidade, e nesse conjunto de opções escolherá o meio que alcance o objetivo com o maior benefício sobre o custo.³⁶⁰

O conceito de racionalidade³⁶¹, por seu turno, está associado a algumas premissas, entre elas a maximização dos ganhos ou dos interesses e a minimização dos custos necessários, o conhecimento acerca das informações relevantes para a tomada de decisão, e a estabilidade e transitividade das preferências dos agentes, que conduzem para o individualismo metodológico³⁶², todas sumariamente descritas a seguir³⁶³.

³⁵⁴ GOULART, Bianca Bez. **Análise econômica do litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. p. 33.

³⁵⁵ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. op. cit., p. 26.

³⁵⁶ “Escassez e escolhas caracterizam toda a alocação de recursos nos processos políticos, nas decisões familiares, nas decisões científicas e assim por diante, em uma variedade infinita.” (BECKER, Gary Stanley.

The economic approach to human behavior. op. cit., p. 6, tradução nossa).

³⁵⁷ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 22.

³⁵⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? op. cit., p. 16.

³⁵⁹ POSNER, Richard Allen. *The Economic Approach to Law*. op. cit., p. 761.

³⁶⁰ POSNER, Richard Allen. Rational Choice, Behavioral Economics and the Law. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1551-1575, mai. 1998. p. 1551, tradução nossa.

³⁶¹ Richard Wolff e Stephen Resnick, ao explicarem a abordagem neoclássica da economia, definem a racionalidade como “[...] o impulso para aproveitar ao máximo as oportunidades. Cada pessoa, independentemente das circunstâncias, é considerada uma máquina de fazer escolhas racionalmente motivada.” (WOLFF, Richard; RESNICK, Stephen. **Contending economic theories: neoclassical, Keynesian, and Marxian**. Cambridge: MIT Press, 2012. E-Book. p. 65, tradução nossa).

³⁶² GOULART, Bianca Bez. op. cit., p. 35-36.

³⁶³ Alexandr Soukup, Mansoor Maitah e Roman Svoboda elencam ainda outras premissas: “1) A entidade faz a escolha dentro de um conjunto fechado de alternativas conhecidas 2) A entidade conhece todas as informações relevantes para cada alternativa 3) As preferências da entidade são completas, transitivas e estáveis 4) A função de utilidade da entidade decorre de suas preferências 5) A entidade maximiza a utilidade esperada e minimiza os custos 6) A escolha de uma entidade não depende do enquadramento do problema 7) O princípio do

A adoção do conceito de maximização racional indica que a formulação de teorias partirá da premissa de que a tomada de decisão pelos indivíduos acontecerá mediante cálculos para alcançar os maiores benefícios com os menores custos³⁶⁴. Os agentes realizarão as escolhas que melhor atendam aos seus interesses, ou seja, racionalmente maximizarão o seu bem-estar³⁶⁵ ou a sua utilidade³⁶⁶⁻³⁶⁷. Como exemplificam Robert Cooter e Thomas Ullen, “consumidores maximizam utilidade (vinculada a felicidade ou satisfação), empresas maximizam lucro, políticos maximizam votos, burocracias maximizam as receitas, instituições de caridade maximizam o bem-estar social, e assim por diante”³⁶⁸.

Ivo Gico Teixeira Jr. esclarece que a implicação desse postulado “é que se os agentes econômicos ponderam custos e benefícios na hora de decidir, então, uma alteração em sua estrutura de incentivos poderá levá-los a adotar outra conduta, a realizar outra escolha”³⁶⁹. Na mesma linha, Orlando Celso da Silva Neto explica que “Na busca de seu próprio interesse, o ser humano reage a incentivos externos, moldando sua conduta e tomando suas decisões baseado nestes incentivos”³⁷⁰. Neste ponto exsurge um dos objetivos com a presente pesquisa. Se os dispositivos da Lei nº 13.786/2018, apesar dos anseios do legislador, aparentemente não servirão de estímulo aos adquirentes para a execução das promessas de compra e venda (em razão do direcionamento jurisprudencial sinalizado), cabe verificar medidas capazes de ensejar uma estrutura de incentivos que o realize.

Na esteira dos “caracteres” indicados, há autores que indicam que o principal pressuposto da racionalidade é a perfeita informação do agente econômico. Presume-se que o agente esteja ciente de todas as alternativas disponíveis e que está advertido de suas

individualismo metodológico 8) O princípio do positivismo metodológico.” (SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. *The Concept of Rationality in Neoclassical and Behavioural Economic Theory. Modern Applied Science*, v. 9, nº 3, 2015. p. 2, tradução nossa)

³⁶⁴ “Na teoria neoclássica o conceito de racionalidade está associado à maximização da receita [...]”. (SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. op. cit., p. 2, tradução nossa).

³⁶⁵ Ao apresentar tais conceitos, Bruno Salama realiza importante reserva: “Aqui cabe uma ressalva importantíssima: a noção de maximização racional é instrumental. Ela serve para formular hipóteses e construir teorias que permitam simplificar, compreender e prever a conduta humana. A pesquisa em Direito e Economia Positivo não almeja provar que dentro de cada indivíduo viva um *homo oeconomicus* [...]”. (SALAMA, Bruno Meyerhof. *O que é pesquisa em Direito e Economia?* op. cit., p. 16-18).

³⁶⁶ “[...] cada indivíduo atribui uma utilidade a cada escolha possível e é capaz de ordenar essas escolhas de acordo com as utilidades que lhe provêm. Toda vez que tiver de escolher entre duas opções, o indivíduo escolherá aquela que mais lhe traz utilidade, isto é, os agentes são racionais maximizadores de utilidade.” (GICO JR., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. op. cit., p. 26).

³⁶⁷ ULEN, Thomas S. op. cit., p. 792.

³⁶⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 12.

³⁶⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. op. cit., p. 22.

³⁷⁰ SILVA NETO, Orlando Celso da. *É possível a análise econômica do direito do consumidor?* op. cit., p. 381-382.

limitações, as quais ensejam a procura pelos melhores meios para atingir os objetivos almejados.^{371_372}

Justamente em razão de o agente ser detentor de todas as informações relevantes entre as alternativas disponíveis, outro pressuposto da racionalidade é que “as preferências são consideradas completas, transitivas e estáveis”. Completas porque o agente será capaz de decidir independentemente das escolhas disponíveis, inclusive entre opções em momentos diversos e entre resultados certos e incertos; transitivas por uma questão de coerência das decisões entre as opções disponíveis³⁷³; e estáveis porque a mudança de um comportamento deve partir de modificações do ecossistema em que está inserido o indivíduo, e não de uma mudança de preferências.³⁷⁴

Portanto, pode-se considerar como pressupostos do modelo da escolha racional ou do paradigma da economia neoclássica, não exaustivamente: as restrições da *escassez* de bens ou recursos, que provocam o agente a realizar escolhas; a *racionalidade*, que conduz o indivíduo ao máximo aproveitamento das oportunidades com o menor custo, em uma conduta denominada racional maximizadora³⁷⁵; o *perfeito conhecimento* do agente acerca das alternativas disponíveis, das informações relevantes para a tomada de decisão e de suas limitações para a escolha; e a existência de *preferências completas, transitivas e estáveis* do indivíduo³⁷⁶.

Sob tais premissas, os teóricos da abordagem neoclássica da economia conceberam um instrumento analítico para examinar e até mesmo prever as escolhas econômicas dos

³⁷¹ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. op. cit., p. 2.

³⁷² Acerca das informações do agente para tomada de decisão, Orlando Celso da Silva Neto explica: “O comportamento racional pressupõe que o agente tanto saiba qual a ação que deva tomar para maximizar esta utilidade quanto que possa processar os dados disponíveis para formar convencimento apropriado, isto é, que ele disponha de informação. Outra constatação é que, se em uma transação, dois agentes dispõem de informação diferenciada, um deles estará em melhores condições para maximizar sua utilidade, resultando em transação potencialmente ineficiente. Posner menciona que não é necessária a informação completa para que a tomada de decisão seja racional, explicando que a informação deve ser adquirida até o ponto em que os prováveis benefícios advindos de seu uso sejam maiores do que seu custo de obtenção.” (SILVA NETO, Orlando Celso da. *É possível a análise econômica do direito do consumidor?* op. cit., p. 391).

³⁷³ Gary Becker (entre diversos autores) explica a transitividade indicando que o agente que prefere A a B e B a C, então necessariamente deve preferir A a C. Não havendo preferência entre A e B ou entre B e C, verifica-se a indiferença do agente (que estaria disposto a “deixar a moeda lançada escolher”), indiferença esta que também é transitiva. (BECKER, Gary Stanley. *Economic theory*. op. cit., p. 26, tradução nossa).

³⁷⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. *Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito*. op. cit., p. 26.

³⁷⁵ “É geralmente assumido que transações nas quais os agentes se engajam voluntariamente são transações que maximizam eficiência. Esta assunção deriva da própria premissa básica de que o ser humano age de forma racional, buscando a maximização de seus interesses”. (SILVA NETO, Orlando Celso da. *É possível a análise econômica do direito do consumidor?* op. cit., p. 381).

³⁷⁶ BECKER, Gary Stanley. *The economic approach to human behavior*. op. cit., p. 6.

agentes³⁷⁷. O modelo da escolha racional se aplica com a intenção de generalizar o comportamento humano: pressupondo que “o indivíduo sempre escolherá, entre as opções disponíveis, aquela que ofereça maior satisfação, torna-se viável o estabelecimento de uma linha de conduta previsível para todos os seres humanos”³⁷⁸. Trata-se de examinar o comportamento dos agentes individualmente e considerar a dinâmica de interação destes no intuito de prever comportamentos coletivos³⁷⁹, metodologia esta que se convencionou denominar individualismo metodológico³⁸⁰.

Não se pode utilizar o modelo da escolha racional sem deixar claro que a abordagem não é livre de críticas. A partir da metade do século XX, passou-se a considerar novos conhecimentos para análise da tomada de decisão, notadamente relacionados aos processos cognitivos dos agentes³⁸¹. Tais circunstâncias conduziram para o surgimento da economia comportamental, onde se destacaram os estudos de Herbert Simon, que concebeu a “racionalidade limitada” (*bounded rationality*³⁸²), e os contornos mais aprofundados com as pesquisas de Daniel Kahneman e Amos Tversky, através da *prospect theory*³⁸³.

Desse modo, a despeito do desenvolvimento de diversas teorias econômicas proporcionado pelo modelo da escolha racional³⁸⁴, com os estudos da economia comportamental se introduziu desvios sistemáticos das previsões desse modelo, sob uma perspectiva evolucionária³⁸⁵. A partir de então, passou-se a investigar circunstâncias em que o indivíduo diverge sistematicamente do comportamento racional, dando azo à denominada

³⁷⁷ WOLFF, Richard; RESNICK, Stephen. op. cit., p. 65.

³⁷⁸ GOULART, Bianca Bez. op. cit., p. 39.

³⁷⁹ “Segundo essa metodologia para se explicar e compreender comportamentos coletivos, primeiro deve-se compreender os comportamentos individuais dos agentes que compõem a coletividade estudada (seja ela o Judiciário, a sociedade ou o Estado) e que, em última análise, serão responsáveis pelo resultado macro que desejamos compreender.” (GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 24).

³⁸⁰ Outra definição do individualismo metodológico é que seria “[...] tentativa de derivar todo o comportamento econômico a partir da ação de indivíduos em busca da maximização de suas vantagens [...]” (BLAUG, Mark. **Metodologia da economia – ou como os economistas explicam**. São Paulo: Edusp, 1993. p. 315).

³⁸¹ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. op. cit., p. 1).

³⁸² “O objetivo mais amplo de construir definições de uma racionalidade ‘aproximada’ é fornecer materiais para a construção de uma teoria do comportamento do indivíduo ou de grupos de indivíduos que tomam decisões em um contexto organizacional.” (SIMON, Herbert Alexander. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, p. 99-118, fev. 1955. p. 114, tradução nossa).

³⁸³ Os autores afirmam que há “várias classes de problemas de escolha que violam sistematicamente os axiomas da teoria da utilidade esperada”, registram que “a teoria da utilidade esperada, como é comumente interpretada e aplicada, não é um modelo descritivo adequado” e propõem “uma explicação alternativa da escolha sob o risco”. (KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 47, nº 2, p. 263-292, 1979. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1914185>. Acesso em: 15/09/2022. p. 263, tradução nossa).

³⁸⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. op. cit., p. 32.

³⁸⁵ GOULART, Bianca Bez. op. cit., p. 40-41.

análise econômica do direito comportamental³⁸⁶, quando heurísticas e vieses cognitivos foram incluídos aos modelos preditivos econômicos.

Não se adentrará em aspectos da abordagem comportamental na presente pesquisa. Contudo, apesar das limitações do modelo da escolha racional, é válido apontar que os próprios teóricos dessa corrente reconhecem que as suas suposições podem não denotar realismo, mas que tal aspecto não esvazia o seu objetivo preditivo, que dependerá essencialmente da capacidade dos modelos criados para gerar previsões adequadas.³⁸⁷

Isso posto, a ideia de que indivíduos possam agir como maximizadores racionais de suas preferências e que dão ensejo a padrões relativamente estáveis sugere que estes indivíduos possam também responder a incentivos³⁸⁸. Assim, por meio da compreensão de determinada estrutura de incentivos é possível investigar, por exemplo, como consumidores e fornecedores se comportarão diante de uma mudança legislativa³⁸⁹, como é o caso das compras e vendas firmadas no âmbito de incorporações após a Lei nº 13.786/2018.

Aplicando-se essa abordagem analítica às promessas de compra e venda, será viável assimilar com maior clareza os dispositivos legais atinentes aos contratos imobiliários e os efeitos esperados para as partes, com vistas a estabelecer um programa contratual que facilite a consecução dos objetivos dos contratantes e, por consequência, contribuir para o sucesso das incorporações imobiliárias. Aliás, consigna-se que o anseio por mecanismos contratuais de incentivo às incorporações não se confunde com a defesa de interesses das incorporadoras (embora, em última análise, traga benefícios à atividade). Ao contrário, objetiva-se proporcionar o atingimento da função social do instituto para implementação do direito à moradia em larga escala, bem como estimular a dinamização do segmento imobiliário e o consequente impacto em desenvolvimento econômico.

Nesse âmbito, Luciano Benetti Timm destaca que os interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais são observados com a análise econômica do direito. Em exame do sistema financeiro habitacional (que amplamente tangencia a sistemática das incorporações imobiliárias, em razão da destinação ao mercado imobiliário e pelos fatores financeiros e coletivos envolvidos), o autor explica que a cadeia ou rede de mutuários em um financiamento habitacional (tal como a coletividade de adquirentes em uma incorporação) depende do cumprimento de cada contrato celebrado, para que o sistema seja alimentado e se

³⁸⁶ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 28.

³⁸⁷ SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. op. cit., p. 2.

³⁸⁸ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? op. cit., p. 21.

³⁸⁹ GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 24.

viabilize novos financiamentos a quem precisa. Eventuais quebras na cadeia do sistema financeiro, com inadimplementos contratuais, atingem diretamente a coletividade por ausência de recursos e aumento nas taxas de juros.³⁹⁰

A mesma lógica utilizada para a análise do sistema financeiro habitacional se aplica às incorporações imobiliárias. O inadimplemento contratual deve ser observado em consonância com a sistemática da incorporação, na medida em que envolve e prejudica toda a coletividade, em especial quando a incorporação apresentar atributos mais sensíveis quanto ao seu fluxo financeiro, como se observa em incorporações submetidas ao patrimônio de afetação ou, ainda que não submetidas, que tenham um conjunto de unidades reduzido, por exemplo. Nas palavras de Timm, “[...] não há como se pensar no todo social, em uma relação contratual, sem descurar do ambiente em que ele é celebrado – que é indubitavelmente o mercado. O foco de análise não pode ser a relação em si [...]”³⁹¹.

Para examinar as hipóteses de inadimplemento por opção do adquirente de unidade, deve-se ter em vista que esse adquirente, enquanto agente racional, percebe as cláusulas contratuais e as disposições legais atinentes à incorporação como um mecanismo de “preço” para as suas condutas (em uma análise de “custo-benefício”). Essa racionalidade o fará escalonar suas preferências de modo a evitar condutas de maior “custo” (em análises de *trade offs*)³⁹², ou seja, avaliará os efeitos do inadimplemento contratual sob o prisma de reduzir o ônus de eventual extinção³⁹³.

Desse modo, utilizando-se das premissas e conceitos apresentados, objetiva-se colocar em prática o modelo da escolha racional na próxima seção para analisar o cenário esperado com as disposições da Lei nº 13.786/2018 nas hipóteses de resolução das promessas de compra e venda por inadimplemento dos adquirentes, bem como o resultado de eventual mitigação da nova lei pela jurisprudência.

³⁹⁰ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. op. cit., p. 17-18.

³⁹¹ Ibid, p. 18.

³⁹² TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. op. cit., p. 14.

³⁹³ Cabe ressaltar que a análise se destina ao momento da decisão pela extinção do contrato, e não ao momento da sua celebração. Principalmente quando da celebração do contrato, a racionalidade imputada ao agente desconsideraria aspectos como a saliência (ou heurística da disponibilidade) e o viés do otimismo. Diferentemente dos contratos empresariais, nas relações de consumo o consumidor tende a não considerar plausível o inadimplemento do contrato, em razão de determinados atalhos cognitivos. Sobre a heurística da disponibilidade, o viés do otimismo e outros desses atalhos: TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. *Science*, New Series, v. 185, nº 4157, p. 1124-1131, set. 1974. p. 1127; e MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. op. cit., p. 35.

3.2 O MODELO DA ESCOLHA RACIONAL PARA ANÁLISE DA OPÇÃO DO ADQUIRENTE PELA EXTINÇÃO DOS CONTRATOS IMOBILIÁRIOS

Partindo-se das premissas indicadas na seção anterior, e considerando as disposições contratuais da promessa de compra e venda, principalmente no tocante à pena convencional prevista no artigo 67-A da Lei nº 13.786/2018, admite-se a possibilidade de determinar como o adquirente de imóvel se comportaria diante de eventual desinteresse na manutenção da promessa de compra e venda celebrada. Para tanto, utilizar-se-á um exemplo adaptado do modelo criado por Steven Shavell³⁹⁴.

No modelo original, Shavell utiliza a abordagem econômica para verificar, diante da propositura de uma ação judicial, as possibilidades de celebração de acordo entre as partes. Em síntese, o autor explica que o montante mínimo (*MM*) aceito por um credor equivale aos ganhos esperados com a ação judicial deduzidos os custos necessários para o litígio. Os fatores considerados para a análise são o crédito discutido entre os litigantes (*CR*), as chances de êxito reconhecidas pelas partes (*EX*) e os custos para judicialização do litígio (*JL*). A partir desses dados, o valor mínimo aceito pelo credor para um acordo se liquidaria por meio da seguinte equação: $(EX\% \times CR) - JL = MM$. Por outro lado, aplicando-se os mesmos fatores, o montante máximo (*MX*) a ser pago pelo devedor para um acordo é calculado através das perdas esperadas acrescidas dos custos com o litígio. Logo, o valor máximo a ser pago se extrairia da seguinte forma: $(EX\% \times CR) + JL = MX$.³⁹⁵

O referido modelo é aplicado, então, sob o viés de ambas as partes litigantes, considerando expectativas distintas para o resultado de uma ação e custos também diferentes. Desse modo, utilizando-se dos mesmos valores aplicados pelo autor, se o credor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (*CR*) acredita que as suas chances de êxito são de 70% (setenta por cento) (*EX*) e os custos para judicialização atingiriam R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (*JL*), o montante mínimo (*MM*) a ser aceito para celebração de um acordo seria de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), através da seguinte equação: $(70\% \times R\$ 100.000,00) - R\$ 20.000,00 = R\$ 50.000,00$.

Ainda mantendo os valores e rubricas do modelo original, considerando que o devedor destes R\$ 100.000,00 (cem mil reais) (*CR*) vislumbra 50% (cinquenta por cento)

³⁹⁴ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004. p. 401.

³⁹⁵ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. op. cit., 401-402.

(EX) de chances de êxito com o processo, e custos na ordem de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) (JL), o montante máximo (MX) que pagará por um acordo atinge R\$ 75.000,00, com os seguintes cálculos: $(50\% \times R\$ 100.000,00) + R\$ 25.000,00 = R\$ 75.000,00$.

Como explica Shavell, na situação analisada o montante mínimo (MM) aceitável pelo credor (R\$ 50.000,00) é menor do que o montante máximo (MX) a ser pago pelo devedor (R\$ 75.000,00), inferindo-se a viabilidade e a eficiência na celebração de um acordo. A composição poderia acontecer em qualquer valor inserido nesse intervalo financeiro (denominado “delta de acordo”, “excedente cooperativo”³⁹⁶, entre outras formas), e permitiria maximização de resultados para ambos os litigantes.

Verifica-se que os benefícios mútuos da celebração de um acordo (tais como a dispensa de custos com o litígio e a redução do tempo para liquidação do crédito discutido) dependem, principalmente, de expectativas similares das partes acerca do resultado de um julgamento. De igual modo, somente haveria acordo se os resultados esperados pelo credor com o julgamento não excedessem as estimativas do devedor acerca dos custos para condução do processo.³⁹⁷ Há clara necessidade de um cenário de previsibilidade entre os litigantes.

O autor ainda descreve uma série de aspectos a serem observados para interpretação do modelo e que podem interferir diretamente no resultado para um acordo. Entre os fatores narrados, destaca-se: os argumentos negociais das partes e as informações que possuem uma sobre a outra; as crenças, as preferências e as expectativas que influem na confiança e no otimismo acerca do resultado; as informações trocadas entre advogado e parte, cujos interesses podem ou não convergir para o acordo; o montante em discussão, na medida em que valores muito substanciais implicariam renúncias também vultosas no caso de um acordo, reduzindo a importância dos custos para o litígio; as expectativas acerca do julgamento em si quando diante de uma jurisprudência não consolidada sobre o assunto, o que impossibilitaria a previsão de resultados; os custos envolvidos, que aumentam em igual proporção com as chances de composição; e a aversão a riscos, cuja inserção no modelo utilizado conduziria para maiores probabilidades de acordo.³⁹⁸

Apesar dos poucos fatores utilizados e das muitas variáveis aplicáveis, o modelo básico de Shavell serve como ponto de partida para explicar o processo de tomada de decisão

³⁹⁶ “[...] é por meio da negociação privada que se espera que os agentes econômicos possam maximizar as suas utilidades pela obtenção dos excedentes provenientes da cooperação.” (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. op. cit., p. 190).

³⁹⁷ SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. op. cit., 402-403.

³⁹⁸ Ibid, 403-406.

e para indicar alguns fatores a serem observados em prol de uma estrutura de incentivos benéfica para as incorporações imobiliárias. Trata-se de modelo especificamente voltado para verificação das chances de composição, mas algumas adaptações em sua estrutura permitem examinar o raciocínio econômico do adquirente que pretende extinguir a promessa de compra e venda e que, nessa linha, cogita a judicialização do contrato.

Assim, diante dos pressupostos da escolha racional, aplica-se a seguir uma adaptação do modelo de Shavell às promessas de compra e venda, sob os dois cenários anteriormente indicados: diante da aplicação irrestrita dos ditames da Lei nº 13.786/2018; e em face da possibilidade de mitigação da nova lei pelos tribunais.

3.2.1 Efeitos esperados para uma promessa de compra e venda celebrada e eventualmente desfeita no contexto estabelecido pela Lei nº 13.786/2018

Antes de explicar o modelo adaptado que se pretende aplicar, cabe delimitar a situação sob análise, inclusive para reiterar os dispositivos legais aplicáveis. Considere-se, portanto, que em um cenário controlado, foi celebrada uma promessa de compra e venda de unidade, no âmbito da Lei nº 13.786/2018, inserida em incorporação imobiliária submetida ao patrimônio de afetação. As partes contratantes então se deparam com uma possível extinção prematura do contrato, por inadimplemento do adquirente.

Considere-se, ainda, que o negócio foi celebrado no valor total de R\$ 1.050.000,00 (um milhão e cinquenta mil reais), composto por R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) referente à unidade objeto do contrato e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) correspondente aos honorários do corretor de imóveis responsável pela intermediação negócio. Na assinatura da promessa de compra e venda, quando ainda restavam 24 (vinte e quatro) meses para entrega das chaves, o adquirente realizou o pagamento da integralidade da comissão de corretagem, além de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de entrada. O pagamento do saldo devedor ficou estipulado da seguinte maneira: R\$ 300.000,00 (quinhentos mil reais) em 12 (doze) parcelas mensais, e o restante (R\$ 500.000,00) a ser quitado após expedição de habite-se do empreendimento, via financiamento imobiliário.

Sob tais circunstâncias, restando 12 (doze) meses para entrega das chaves, e após notificação da incorporadora ao adquirente para constituição em mora (diante do inadimplemento da integralidade das parcelas do preço, à exceção do valor de entrada), o adquirente passa a analisar as suas possibilidades e cogita a propositura de ação judicial para

desfazer o negócio e reaver os valores pagos sem penalidades (ou com estas penalidades reduzidas).

Como anteriormente exposto, o artigo 67-A da Lei nº 4.591/1964, inserido por meio da Lei nº 13.786/2018, aplica-se especificamente para estes casos. O dispositivo estabelece que, na “resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente”, serão deduzidos dos valores a serem ressarcidos: “a integralidade da comissão de corretagem”, “a pena convencional” (limitada a 50% da quantia paga, considerando a afetação) e as quantias correspondentes ao período de disponibilização da unidade imobiliária. Válido lembrar também o prazo de restituição dos valores ao adquirente, que poderá ser realizada em até “30 (trinta) dias após o habite-se”.

Diante desse cenário hipotético³⁹⁹, considerando a racionalidade do agente⁴⁰⁰, supõe-se que, no momento de cogitar a extinção da promessa de compra e venda, o adquirente analisará os regramentos contratuais a que está submetido de modo a maximizar os seus interesses na decisão entre a manutenção do contrato, a celebração de um acordo para extinção do negócio (distrato) ou a judicialização da questão. Exatamente neste ponto se deseja realizar uma abordagem econômica, para exame dos efeitos da extinção contratual e previsão acerca das escolhas que poderão ser adotadas pelo adquirente.

Assim, na hipótese de aplicação irrestrita da Lei nº 13.786/2018 (e, portanto, com as deduções contratuais realizadas em consonância ao artigo 67-A), deve-se observar, no tocante ao “crédito” (*CA*) do adquirente⁴⁰¹, os valores de entrada pagos pela unidade negociada (*VE*) e pela comissão de corretagem (*CC*), bem como considerar as deduções previstas na Lei nº 13.786/2018, compostas pela pena convencional (*PC*) e pela perda da integralidade da comissão de corretagem (*DC*). A equação, portanto, seria a seguinte: $(VE - PC) + (CC - DC) = CA$. Na referida equação poderiam ser incluídas as quantias correspondentes ao período de

³⁹⁹ Apesar de hipotético, o cenário que guarda consonância com as práticas usuais de mercado, considerando os percentuais de antecipação de valores e a forma de pagamento do saldo devedor, bem como o percentual a título de comissão de corretagem.

⁴⁰⁰ Reiterando o conceito de racionalidade, nas palavras de John Ferejohn e Pasquale Pasquino: “Empregamos uma definição mínima de ação racional: convencionalmente, um ato racional é um ato que foi escolhido porque está entre os melhores atos disponíveis para o agente, dadas as suas crenças e os seus desejos. Ato racional maximiza preferências ou desejos, dadas determinadas crenças.” (FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução de Eduardo Cesar Marques. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 16, nº 45, p. 5-23, fev. 2001. p. 7).

⁴⁰¹ Embora exista, originalmente, um débito do adquirente, considera-se nesse momento a liquidação a ser realizada diante da resolução por inadimplemento. Logo, poderia haver um crédito final, que corresponderia aos valores a serem devolvidos em razão do desfazimento do contrato. (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. op. cit., p. 508-509).

disponibilização da unidade, mas são inaplicáveis ao caso sob análise, tendo em vista que o empreendimento continua em construção (e conseqüentemente, o adquirente não foi imitado na posse do imóvel).

Aplicando-se o modelo, tem-se que o crédito do adquirente, após liquidação de valores decorrentes da resolução por inadimplemento, atinge R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Demonstra-se: $(R\$ 200.000,00 - 50\%) + (R\$ 50.000,00 - R\$ 50.000,00) = R\$ 100.000,00$. Fixados os valores a serem ressarcidos, o adquirente precisaria aguardar todo o período de construção do empreendimento (no exemplo utilizado, ainda restariam 12 meses) acrescido dos 30 (trinta) dias previstos na Lei nº 13.786/2018 para as incorporações afetadas.

Como se verifica, o modelo ora utilizado não ultrapassa a mera aplicação dos dispositivos da Lei nº 13.786/2018. O ponto a se considerar, no entanto, é a previsibilidade conferida às partes, que poderão claramente antever os efeitos da extinção contratual e, a partir disso, escolher pelo caminho mais alinhado aos seus interesses. Apesar da simplicidade e estabilidade da situação, tratar-se-ia de cenário que observa estritamente o contrato celebrado e os dispositivos legais atinentes à matéria.

Sob o olhar do adquirente, será possível verificar (com clareza) o ônus da extinção do contrato, ou eventuais resultados positivos da manutenção do negócio. Variáveis como a substancial dedução de valores, o período de indisponibilização dos recursos e o proveito econômico decorrente da eventual valorização imobiliária serão decisivos para o adquirente, que subsumirá tais fatores às circunstâncias em que se encontra para decisão acerca das medidas a serem adotadas (pela manutenção ou extinção da promessa de compra e venda), em uma análise de custo e benefício⁴⁰².

Já sob o prisma da incorporadora, será viável o provisionamento dos valores decorrentes da extinção contratual (em razão dos desembolsos decorrentes da extinção, e pela necessidade de recomposição financeira proveniente da perda dos recebíveis dessa venda), ou optar pela execução do saldo devedor contratual. Fatores como o estágio de execução das obras, a quantidade de unidades em estoque, o índice de inadimplemento entre os demais adquirentes, a saúde financeira da incorporação e também a valorização da unidade negociada serão observados para escolha entre os caminhos possíveis. Desse modo, eventual acordo entre as partes (celebração de distrato da promessa de compra e venda) dependeria das circunstâncias ora elencadas e ainda outras, evidentemente.

⁴⁰² GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. op. cit., p. 22.

O modelo ganha novos contornos, entretanto, quando o adquirente cogita a propositura de ação judicial para tentativa de redução das penalidades pelo inadimplemento. Mesmo rechaçando a possibilidade de mitigação das disposições da Lei nº 13.786/2018 (ou seja, ainda que a redução judicial da pena convencional não se aplique, em regra), é inafastável o direito do adquirente de pleitear tutela jurisdicional para revisão dos termos contratuais, principalmente se adversidades ocorrerem no curso da relação contratual. Passasse, assim, a considerar um cenário de possível judicialização com a hipótese de mitigação controlada da Lei nº 13.786/2018 (reduzindo-se, excepcionalmente, as deduções contratuais previstas no artigo 67-A).

Adotando como base o modelo apresentado por Steven Shavell, a situação exigiria análise sob o viés de ambos os litigantes para verificação dos proveitos esperados e confirmação de um delta de negociação viável. Nessa linha, o montante mínimo (*MM*) aceito pelo adquirente equivaleria, tal como no modelo original, aos ganhos esperados com a ação judicial deduzidos os custos necessários para o litígio. Deve-se observar os mesmos aspectos no tocante ao “crédito” (*CA*) do adquirente⁴⁰³, além das deduções previstas na Lei nº 13.786/2018⁴⁰⁴, acrescentando-se, ainda, as chances de êxito (*EX*) esperadas com o processo e os custos com a judicialização do litígio (*JL*). A partir destes dados, o valor mínimo aceito pelo adquirente para um acordo se liquidaria por meio da seguinte equação: $(VE - PC) + [(VE \times 50\%) - (VE \times 25\%)] \times EX\% + (CC - DC) - JL = MM$.

Por outro lado, aplicando-se os mesmos fatores, o montante máximo (*MX*) a ser pago pela incorporadora para um acordo é calculado através das perdas esperadas acrescidas dos custos com o litígio. Logo, o valor máximo se extrairia da seguinte fórmula: $(VE - PC) + [(VE \times 50\%) - (VE \times 25\%)] \times EX\% + (CC - DC) + JL = MX$.

O referido modelo também considera expectativas distintas para o resultado da ação e custos diferentes, para cada um dos litigantes. Desse modo, com os valores do cenário acima narrado, em relação ao adquirente, utiliza-se os valores pagos, R\$ 200.000,00 pela unidade negociada (*VE*) e R\$ 50.000,00 pela comissão de corretagem (*CC*), com as deduções previstas na Lei nº 13.786/2018, compostas pela pena convencional (*PC*), que variará entre 50%

⁴⁰³ Portanto, os valores de entrada pagos pela unidade negociada (*VE*) e pela comissão de corretagem (*CC*).

⁴⁰⁴ Compostas pela pena convencional (*PC*) que o adquirente almeja a redução, e pela perda da integralidade da comissão de corretagem (*DC*).

(cinquenta por cento) *ou* 25% (vinte e cinco por cento)⁴⁰⁵, e pela perda da comissão de corretagem (*DC*). Em adendo, considera-se a crença do adquirente em chances de êxito de 20% (vinte por cento)⁴⁰⁶ (*EX*) e deduzem-se os custos para judicialização, fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (*JL*). A partir destes valores, almeja-se encontrar o montante mínimo (*MM*) a ser aceito pelo adquirente para celebração de um acordo (distrato) que evitasse a judicialização do contrato.

A equação seria a seguinte: $(R\$ 200.000,00 - 50\%) + [(R\$ 200.000,00 \times 50\%) - (R\$ 200.000,00 \times 25\%)] \times 20\% + (R\$ 50.000,00 - R\$ 50.000,00) - R\$ 5.000,00 = R\$ 105.000,00$. Conclui-se, assim, que o montante mínimo (*MM*) aceito pelo adquirente para evitar a judicialização do contrato seria de R\$ 105.000,00 (cento e cinco mil reais).

Alguns aspectos merecem ser observados no cálculo. Aliando-se as baixas expectativas de êxito do adquirente com a demanda judicial (diante de uma jurisprudência que reduza a pena convencional apenas excepcionalmente) aos reduzidos custos com o litígio, verifica-se algum proveito com a demanda judicial, mas relativamente pequeno quando comparados com os valores em discussão. Tratar-se-ia de uma ação cuja propositura não representaria vantagens senão pela antecipação do recebimento de valores, o que não parece ser uma realidade para o Judiciário brasileiro. Infere-se, também, que a eventual redução (ou a eliminação) de custos com o litígio facilitaria o surgimento de novas demandas, de modo que as medidas do sistema jurídico brasileiro em prol do acesso facilitado à justiça poderiam contribuir (nestes casos) negativamente para a segurança jurídica dos negócios firmados.

Já em relação à incorporadora, o cálculo do montante máximo (*MX*) que pagaria por um acordo para evitar a judicialização seria realizado considerando, igualmente, os R\$ 200.000,00 pagos pela unidade (*VE*), os R\$ 50.000,00 de comissão de corretagem (*CC*), as deduções da pena convencional (*PC*), com variação entre 50% (cinquenta por cento) *ou* 25% (vinte e cinco por cento), e da integralidade da comissão de corretagem (*DC*). A incorporadora, fundamentada nos dispositivos da Lei nº 13.786/2018, acredita que as chances de êxito do adquirente seriam ainda menores, de 10% (dez por cento) (*EX*) e os custos para judicialização atingiriam R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (*JL*), através da seguinte equação: $(VE - PC) + [(VE \times 50\%) - (VE \times 25\%)] \times EX\% + (CC - DC) + JL = MX$.

⁴⁰⁵ Como se justificará adiante, para fins de simplificação do modelo, considera-se apenas a possibilidade de aplicação da penalidade no limite legal (50%) e a sua redução para 25%, a pedido do adquirente/autor.

⁴⁰⁶ Percentual considerado reduzido, tendo-se em vista um cenário em que a mitigação da Lei nº 13.786/2018 ocorreria apenas em situações excepcionais.

Aplicando-se a equação aos valores indicados, ter-se-ia: $(R\$ 200.000,00 - 50\%) + [(R\$ 200.000,00 \times 50\%) - (R\$ 200.000,00 \times 25\%)] \times 10\% + (R\$ 50.000,00 - R\$ 50.000,00) + R\$ 20.000,00 = R\$ 125.000,00$. Logo, o montante máximo (*MX*) a ser pago pela incorporadora para evitar a judicialização do contrato seria de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais).

De forma semelhante ao resultado com a utilização do modelo básico de Shavell, no presente caso o montante mínimo (*MM*) aceitável pelo adquirente (R\$ 105.000,00) é inferior ao montante máximo (*MX*) a ser pago pela incorporadora (R\$ 125.000,00), inferindo-se a viabilidade para celebração de um acordo. Existiria um excedente cooperativo a demonstrar benefícios e interesses mútuos das partes litigantes, de modo que uma composição entre os agentes poderia ocorrer, mostrar-se-ia eficiente.

Deve-se reiterar, contudo, que o proveito econômico reduzido esperado pelo adquirente diminuiria em grande parte a probabilidade de propositura da ação, quando analisada matematicamente a situação. Em contrapartida, considerando-se o adquirente como um agente econômico dotado de racionalidade (e, portanto, consciente das informações necessárias para tomada de decisão), a sua análise do caso sob o viés da incorporadora (que teria custos de judicialização a evitar) poderia ensejar a adoção de medidas para maximizar seus interesses em prol de majorar os valores recebidos com a extinção do contrato.

É válido observar que um fator essencial para o delta de acordo extraído das equações apresentadas diz respeito ao êxito esperado com a medida judicial. Diante das percepções semelhantes das partes (acerca das possibilidades reduzidas de sucesso do adquirente), revela-se a utilidade de uma composição. Por outro lado, considerando os custos para judicialização, o adquirente reconhece que poderá crescer muito pouco ao seu crédito, reduzindo-se as chances de propositura da ação em si. Dessa forma, é possível afirmar que a aplicação da Lei nº 13.786/2018 apresentaria uma estrutura de incentivos voltada à realização do contrato, seja em favor dos esforços do adquirente para viabilizar o pagamento do preço, ou mesmo pela resolução do pacto com base nas penalidades contratadas, sem alongadas discussões judiciais.

Algumas ressalvas são importantes. Para simplificação do modelo, considerou-se que o pedido do adquirente-autor seria exclusivamente de redução da pena convencional de 50 para 25% (vinte e cinco por cento), e afastou-se a possibilidade de êxito parcial do pleito. Pelo mesmo motivo, não se considerou que o adquirente propusesse a ação para afastar as

deduções decorrentes da comissão de corretagem (situação que, não raramente, acontece na prática) ou realizasse outros pedidos. Por fim, a sistemática de alocação de custas no modelo econômico utilizado como base é distinta daquela aplicada no processo civil brasileiro e, em função disso, não reflete exatamente os efeitos da judicialização do contrato. Apesar dessas ressalvas, acredita-se que o modelo permite a análise dos fatores a serem observados diante da eventualidade de extinção das promessas de compra e venda.

De igual modo, apesar da simplicidade da abordagem e da limitação das variáveis aplicadas, objetiva-se demonstrar os possíveis efeitos da aplicação da nova lei. A viabilidade de mensuração das variáveis no exemplo construído explica desde logo a razão pela qual é tão relevante garantir previsibilidade às partes contratantes – inclusive para determinar a propositura, ou não, de eventual ação judicial. O adquirente tem prévia ciência quanto aos custos e aos benefícios da extinção da obrigação e a incorporadora tem capacidade de previsão orçamentária que viabilize a realização da incorporação.

Os benefícios da pena convencional regularmente convencionalizada (ou seja, de acordo com os limites legais estabelecidos) estão intimamente relacionados a essa previsibilidade conferida às partes. A segurança jurídica proporcionada se relaciona diretamente ao fomento de investimentos, ao desenvolvimento do mercado imobiliário e, como se almeja demonstrar, evita “apostas distratáveis” por parte dos adquirentes⁴⁰⁷.

Nessa esteira, a pena convencional prevista no artigo 67-A da Lei nº 4.591/1964 deve ser compreendida como mecanismo de disciplina dos riscos relativos às consequências do inadimplemento do adquirente. Além disso, os seus efeitos essenciais (de não cumulatividade da cláusula penal com a prestação principal e de prefixação de prejuízos da incorporadora), reduzem as possibilidades de extensos litígios e atenuam as incertezas inerentes aos descumprimentos obrigacionais, de modo a conferir maior dinamismo e eficiência às extinções contratuais. Trata-se de antecipar as consequências do inadimplemento e permitir que as partes gerenciem com maior segurança os riscos exteriores ao próprio pacto.⁴⁰⁸

Em conclusão, neste primeiro cenário analisado, partindo-se do pressuposto de que o percentual de retenção de valores a ser aplicado pela incorporadora será aquele fixado na Lei nº 13.786/2018, com redução excepcional da pena convencional, pode-se estabelecer o curso da decisão a ser tomada pelo adquirente caso esteja cogitando a extinção da promessa de

⁴⁰⁷ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. *op. cit.*, p. 240-241.

⁴⁰⁸ ABILIO, Vivianne da Silveira. *op. cit.*, p. 108-109.

compra e venda. Sob uma perspectiva ideal, por meio do modelo da escolha racional, a variável decisória relativa ao percentual de retenção será fixa e, por consequência, o caminho para tomada de decisão do adquirente será facilitado à maximização de sua escolha.

3.2.2 Efeitos esperados para a extinção de uma promessa de compra e venda no âmbito na nova Lei, considerando a possibilidade de redução da pena convencional

Verificada a previsibilidade do cenário anteriormente analisado, cabe aplicar o modelo para verificação de uma nova circunstância, relacionada à possibilidade de mitigação dos efeitos da Lei nº 13.786/2018, notadamente para redução da pena convencional estabelecida nas promessas de compra e venda.

Tratando-se de situação jurídica idêntica (na medida em que se considera as mesmas disposições contratuais e legais), os mesmos fatores serão observados, relacionados ao “crédito” (*CA*) do adquirente⁴⁰⁹, às deduções previstas na Lei nº 13.786/2018⁴¹⁰, às chances de êxito (*EX*) esperadas com um processo e os custos com a judicialização do litígio (*JL*). O diferencial (externo) a ser verificado diz respeito à sinalização da jurisprudência anteriormente indicada, por meio de julgados de diferentes tribunais que reduzem a pena convencional indistintamente. Inserindo-se a pena convencional em um contexto no qual a sua redução judicial ocorre com regularidade, principalmente com fundamento no artigo 413 do Código Civil, altera-se substancialmente a percepção das partes acerca das chances de êxito (*EX*) do adquirente em uma demanda para revisão do contrato e, conseqüentemente, os resultados do modelo aplicado.

Partindo do mesmo cenário de análise, em relação ao adquirente, utiliza-se os valores pagos, R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais) pela unidade negociada (*VE*) e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pela comissão de corretagem (*CC*), com as deduções previstas na Lei nº 13.786/2018, compostas pela pena convencional (*PC*), que variará entre 50% (cinquenta por cento) *ou* 25% (vinte e cinco por cento), e pela perda da comissão de corretagem (*DC*). Diferencia-se, contudo, o percentual de chances de êxito conferido ao adquirente, que se aumenta para 90% (noventa por cento)⁴¹¹ (*EX*), e deduzem-se os custos para judicialização,

⁴⁰⁹ Valores de entrada pagos pela unidade negociada (*VE*) e pela comissão de corretagem (*CC*).

⁴¹⁰ Pena convencional (*PC*) que o adquirente almeja a redução, e perda da comissão de corretagem (*DC*).

⁴¹¹ Percentual elevado, considerando um cenário em que a mitigação da Lei nº 13.786/2018 ocorre como regra, na linha dos julgados analisados no capítulo anterior.

igualmente fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (*JL*). A partir destes valores, o montante mínimo (*MM*) a ser aceito pelo adquirente para celebração de um acordo (distrato) seria extraído: $(R\$ 200.000,00 - 50\%) + [(R\$ 200.000,00 \times 50\%) - (R\$ 200.000,00 \times 25\%)] \times 90\% + (R\$ 50.000,00 - R\$ 50.000,00) - R\$ 5.000,00 = R\$ 140.000,00$. Portanto, o montante mínimo (*MM*) aceito pelo adquirente para evitar a judicialização do contrato, neste novo cenário, seria de R\$ 140.000,00 (cento e quarenta mil reais).

Sob o viés da incorporadora, o cálculo do montante máximo (*MX*) que pagaria por um acordo seria realizado considerando exatamente os mesmos fatores e números, diferenciando-se a percepção acerca das chances de êxito do adquirente, aqui estabelecidas em 50% (cinquenta por cento)⁴¹² (*EX*), acrescidos custos para judicialização em R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) (*JL*). Aplicando-se a equação, ter-se-ia: $(R\$ 200.000,00 - 50\%) + [(R\$ 200.000,00 \times 50\%) - (R\$ 200.000,00 \times 25\%)] \times 50\% + (R\$ 50.000,00 - R\$ 50.000,00) + R\$ 20.000,00 = R\$ 145.000,00$. O montante máximo (*MX*) a ser pago pela incorporadora para evitar a judicialização do contrato, portanto, passaria a atingir R\$ 145.000,00 (cento e quarenta e cinco mil reais).

Como resultado desse novo cenário, verifica-se ainda a existência de um excedente cooperativo capaz de ensejar um acordo, embora bastante reduzido. Esse resultado se alteraria com a modificação da percepção das partes (principalmente da incorporadora) acerca das chances de êxito do adquirente com a demanda, o que se mostra uma tendência, caso se mantenha a linha jurisprudencial apresentada no capítulo anterior.

O principal aspecto que se deseja demonstrar, no entanto, é o claro estímulo à propositura de ações judiciais que uma jurisprudência voltada à redução da pena convencional geraria. Sob o viés do adquirente, não seria razoável (tampouco eficiente) aceitar os percentuais de retenção contratualmente estabelecidos (em conformidade com a Lei nº 13.786/2018), quando estivesse a poucos atos processuais de majorar o seu crédito. As teses e documentos geralmente apresentados pelas incorporadoras em ações desta natureza não costumam ensejar uma instrução processual complexa, de modo que o adquirente, para além de contratar um advogado, precisaria (quando muito) apenas participar de uma audiência de instrução e julgamento e aguardar o resultado. Sob tais circunstâncias, o estímulo à judicialização implicaria maior instabilidade às promessas de compra e venda. Além de reduzir as possibilidades de um planejamento financeiro assertivo para as incorporações.

⁴¹² Considerando a natural, e fundamentada, resistência da incorporadora à ideia de redução da pena convencional, diante dos dispositivos da nova lei.

Desse modo, caso implementada a ampla e irrestrita aplicação do artigo 413 do Código Civil (ou de quaisquer outros fundamentos para redução da pena convencional), a previsibilidade anteriormente demonstrada, muito provavelmente, restará afastada. Em outros termos, sendo possível a redução da cláusula penal prevista na Lei nº 13.786/2018 por apreciação equitativa, o percentual de retenção não poderá ser antevisto, impossibilitando ao adquirente realizar o correto sopesamento de suas escolhas e, de igual modo, não permitindo qualquer planejamento financeiro à incorporadora. A insegurança jurídica que decorreria de tal situação, para além de dificultar (senão impossibilitar) a mensuração do resultado esperado pelas partes, potencializaria o otimismo dos adquirentes em relação à redução judicial das penalidades pelo seu inadimplemento, possivelmente gerando um novo cenário de propositura de ações em massa.

É necessário registrar que a confiança e a segurança jurídica são elementos fundamentais para qualquer negociação⁴¹³. Apesar da preocupação do legislador com a formatação de um sistema jurídico que defenda os interesses dos consumidores, e de uma conjuntura jurisprudencial que caminha para o mesmo norte, estes posicionamentos não refletem necessariamente em segurança jurídica para o mercado. Especificamente nas incorporações imobiliárias, a ausência de resguardo aos direitos do setor produtivo gera dificuldades à realização da atividade, imprimindo efeitos negativos ao mercado imobiliário, à economia como um todo e, em última análise, prejudicando os próprios consumidores.⁴¹⁴

Como explica José Roberto de Castro Neves, “O direito veste uma relação econômica”, e as obrigações estabelecidas entre as pessoas demandam um arcabouço jurídico destinado a proteger a integridade dos negócios celebrados. Se o ordenamento deixa de garantir a força e o cumprimento dos contratos, se implementa um verdadeiro caos, reinando a incerteza e a ausência de segurança dos agentes nas suas relações econômicas. Por isso, cabe ao direito agasalhar essas relações e “acima de tudo” protegê-las.⁴¹⁵

⁴¹³ “Fundamental para o funcionamento regular dos mercados é a confiança, a boa-fé, e a imputação de responsabilidade a quem atue de forma desviante do padrão ético, recorra a argumentos estranhos à operação para alterar unilateralmente a prévia alocação de riscos.” (SZTAJN, Rachel. Mercados e função social do contrato. **Revista de Direito Empresarial**, v. 12/2015, p. 19-33, nov./dez. 2015. p. 23).

⁴¹⁴ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia**. op. cit., p. 143.

⁴¹⁵ NEVES, José Roberto de Castro. Resolução e Revisão dos Contratos. *In*: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (coord.). **Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 124.

Na mesma linha, José Cretella Neto lamenta “a falta de respeito aos contratos” e registra que a insegurança jurídica advinda desse cenário é um dos fatores que mais afastam investidores estrangeiros, na medida em que não se pode assegurar que a quebra do contrato será penalizada conforme avençado entre as partes. Embora tratando de contratos empresariais, o autor registra que as exceções aplicáveis aos contratos de adesão merecem ressalvas, e critica o fato de o Brasil ser o único país onde a função social dos contratos prevalece à sua função econômica.⁴¹⁶

Comentando sobre a necessidade de segurança jurídica, Cláudia Fonseca Tutikian também indica que a incerteza de investidores e empresários do mercado imobiliário não pode se estabelecer, “sob pena de haver um caos econômico neste mercado, com a retirada maciça de capital privado; ao invés da concretização em larga escala do direito à moradia”. Nessa linha, ressalta que a confiança jurídica no mercado imobiliário estimula os incorporadores ao fomento do setor, o que se repete com investidores e agentes financeiros, auxiliando até mesmo o Estado, que poderá redirecionar recursos públicos e contar com maior arrecadação em decorrência desta atividade. Por fim, enfatiza que “Em um mercado marcado pela segurança e confiança jurídicas, certamente o dinheiro circulará com maior facilidade e com preço mais ameno, o que acarretará desenvolvimento dos setores e, por fim, no desenvolvimento econômico como um todo.”⁴¹⁷

Exatamente pela necessidade de segurança das relações econômicas é que Marcelo Terra e Ana Paula Ribeiro alertam para as já comentadas “apostas distratáveis”, que nada mais são do que um resultado do modelo aplicado acima. As incertezas acerca do desfecho de ações judiciais nas quais se demanda a revisão dos pactos firmados (ou, pior ainda, o direcionamento jurisprudencial pela revisão) estimulam a propositura de novas ações. Advém daí a sugestão de “irrazoabilidade” da redução da pena convencional das promessas de compra e venda com fundamento em cláusulas gerais e princípios constitucionais. Para os autores, a “eficácia direta destes princípios termina por servir como justificativa metodológica

⁴¹⁶ CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais – Visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 379-404, jul. 2015. p. 383.

⁴¹⁷ Importante também destacar a ressalva realizada pela autora: “A confiança jurídica que se impõe não se confunde, em nenhum momento, com anuência ao abuso do poder econômico dos empresários e investidores. Ao contrário, que se pretende é apenas um cenário de credibilidade, de confiança jurídica, em que se definam com clareza e transparência as regras norteadoras da atividade e que, após, sejam mantidas e seguidas como foram previamente estipuladas.” (TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia**. op. cit., p. 143-145).

que na prática é vazia, para a invocação de elementos próprios do Direito Constitucional em detrimento da normativa privada”.⁴¹⁸

Evidenciada a necessidade de previsibilidade e segurança jurídica aos negócios imobiliários, bem como a inexitosa tentativa de buscar tais caracteres por meio da Lei nº 13.786/2018, atinge-se outro dos objetivos com a presente pesquisa na próxima sessão. Em face da alta probabilidade de redução da cláusula penal das promessas de compra e venda pela jurisprudência, impõe-se verificar aspectos contratuais e legais para estabelecer parâmetros mais objetivos de revisão das cláusulas penais, de modo a retomar a previsibilidade perquirida pela lei e a imprimir maior segurança jurídica e estabilidade aos negócios imobiliários.

3.3 CONTRIBUIÇÕES PARA MAIOR PREVISIBILIDADE NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA: MEDIDAS QUE PODEM SER ADOTADAS PARA UMA REDUÇÃO PARAMETRIZADA DA PENA CONVENCIONAL

Nos capítulos e seções anteriores, buscou-se apresentar a relevância econômica da incorporação imobiliária e identificar o papel exercido pelo instituto “enquanto atividade que não só produz e comercializa uma mercadoria (bem imóvel) promovendo a circulação de riquezas, mas que atende a uma realidade maior: dinamizar o segmento imobiliário sob a perspectiva do acesso à moradia através de recursos financeiros privados”⁴¹⁹. Em face de tamanha importância das incorporações, o objetivo dessa apresentação (e da pesquisa realizada, como um todo) foi justificar o aprofundamento de seus estudos para verificar e, de algum modo, incentivar as melhores práticas pelos atores do mercado.

Guardadas as devidas ressalvas, pode-se afirmar que a Lei nº 13.786/2018 foi concebida com propósitos semelhantes, na medida em que foram positivados temas antes controvertidos a respeito da comercialização de imóveis (a exemplo do prazo de tolerância para finalização das obras e da possibilidade de transferência ao adquirente da obrigação de pagar comissão de corretagem), em especial pela tentativa de regulamentação das resoluções contratuais, com a limitação dos percentuais de retenção de valores pela incorporadora na hipótese de resolução da promessa de compra e venda por inadimplemento do adquirente. Por esses aspectos, e ainda outros indicados nas páginas anteriores, a nova lei foi bem recebida

⁴¹⁸ TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. op. cit., p. 242-244.

⁴¹⁹ SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. op. cit., p. 224.

pelo setor produtivo. Tratou-se, como indicado reiteradamente, de conferir maior previsibilidade aos negócios imobiliários.

Sucedem que as sinalizações pela mitigação judicial dos dispositivos da Lei nº 13.786/2018, que ocorriam quando ainda tramitava o seu Projeto originário, implementaram-se na prática. Como demonstrado, os tribunais sinalizam pela continuidade na redução da pena convencional das promessas de compra e venda, tal como realizavam antes do advento da nova lei. Desse modo, a estabilidade almejada para os contratos de comercialização de imóveis acaba prejudicada, dependente de resultados de mercado que favoreçam os interesses dos adquirentes para manutenção dos contratos e de conjunturas econômicas positivas.

No tocante a conjunturas econômicas, narrou-se a crise do setor imobiliário que se iniciou em 2014 e perdurou pelos anos seguintes, culminando no advento da Lei nº 13.786/2018. Com o mercado imobiliário em queda, inserido em uma economia que, igualmente, não oferecia o melhor cenário, registrou-se recorde de extinção das promessas de compra e venda de imóveis. As extinções contratuais eram o sintoma de uma crise generalizada, não a sua causa, e por essa razão é cabível afirmar que a nova lei não foi fator determinante para a situação mais favorável que o mercado vivenciou na sequência (aliás, não parece que uma lei poderia gerar tal efeito). Em verdade, a Lei nº 13.786/2018 se posicionou como uma resposta legislativa ao sério problema experimentado naquele contexto, e representou a tentativa de estabelecer uma estrutura de incentivos para a estabilidade dos contratos.

Contudo, o contexto anteriormente analisado sugere que nem sequer a redução dos índices de extinções das promessas de compra e venda decorreu do advento da nova lei. Possivelmente a melhoria nestes índices se implementou por razões estritamente econômicas e não regulatórias. Significa dizer que, diante de qualquer novo ciclo, a problemática poderá (e possivelmente deverá) ressurgir – aliás, a recente alta nas taxas de juros, que implementou maiores dificuldades na obtenção de crédito imobiliário, sinalizou a possibilidade de uma nova crise, como veiculado⁴²⁰. Assim, antes que se concretize um novo panorama delicado para o mercado imobiliário, cabe a verificação de meios adequados e mais objetivos para regulamentar e conduzir as hipóteses de extinção de promessas de compra e venda.

⁴²⁰ “O bom desempenho do mercado imobiliário em 2022 esconde um risco. Embora estejam no menor nível em quase dez anos, os distratos continuam a representar perigo para quem compra imóvel na planta. Os juros altos e a inflação podem resultar em dor de cabeça em momentos de mudanças econômicas.” (MÁXIMO, Wellton. Juros altos e inflação aumentam risco de distratos imobiliários. **Agência Brasil**. Brasília: 2022. Disponível em: [https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/\[...\]](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/[...]). Acesso em: 29/09/2022).

Longe da pretensão de apresentar uma solução definitiva, almeja-se neste ponto levantar critérios de análise das promessas de compra e venda, bem como das incorporações em que estão inseridas, e assim contribuir para um debate em prol da sistematização de critérios para redução da pena convencional dos contratos. A partir da concepção da cláusula penal do artigo 67-A da Lei nº 4.591/1964 enquanto mecanismo de disciplina dos riscos relativos às consequências do inadimplemento do adquirente⁴²¹, acredita-se que a parametrização de sua redução pode oferecer elementos para uma estrutura de incentivos em favor da manutenção dos pactos, atenuando a insegurança jurídica atualmente presente nos contratos imobiliários.

Antes de iniciar tais análises, é válido um sumário registro das inseguranças provenientes do próprio texto legal, especificamente em relação ao artigo 413 do Código Civil. Principal fundamento para redução da pena convencional, no referido artigo se estabelece que a penalidade deverá ser reduzida quando o montante se mostrar “manifestamente excessivo”. Como já destacado, o legislador fixou parâmetros absolutamente amplos e que reclamam concretização. Deixou-se ao arbítrio do magistrado a ponderação de elementos extrajurídicos, totalmente abstratos, para aplicação de um juízo de “equidade” que é igualmente genérico, ensejando questionável insegurança aos contratos. Desse modo, como também exposto, exige-se da doutrina “um esforço de sistematização dos critérios aplicáveis, garantindo um mínimo de previsibilidade aos contratantes”.⁴²² É com essa orientação que se descreve a seguir alguns parâmetros de análise para as extinções das promessas de compra e venda, de modo a organizar fundamentos de parametrização da redução da pena convencional.

Inicia-se avaliando aspectos que podem estar previstos na sistemática contratual das promessas de compra e venda, com base nas características das incorporações imobiliárias, perpassando também por elementos processuais verificados nas ações judiciais que discutem critérios para redução da pena convencional, para, ao final, cogitar uma revisitação aos dispositivos da Lei nº 13.786/2018.

Registrou-se em diversas oportunidades o anseio por uma estrutura de incentivos favorável à execução das promessas de compra e venda. Essa estrutura certamente perpassa por um sistema jurídico adequado, mas pode também ser proveniente de disposições

⁴²¹ ABILIO, Vivianne da Silveira. op. cit., p. 108.

⁴²² CHAGAS, Beatriz Uchôas. op. cit., p. 87.

contratuais que conduzam ao cumprimento dos pactos (e reduzam a judicialização dos seus termos). Assim, acredita-se que o principal elemento que pode ser disposto contratualmente, para resguardar à incorporadora um percentual de retenção adequado e estimular os adquirentes à manutenção dos negócios, diz respeito ao que se permite denominar *pena convencional dinâmica*.

Tratar-se-ia de inserir na relação contratual um racional de aplicação da cláusula penal diretamente vinculado à situação físico-financeira da incorporação em que está inserida, de maneira a resguardar os anseios indenizatórios da incorporadora e, ao mesmo tempo, observar a necessidade de ressarcimento do adquirente retirante. O dinamismo da pena convencional poderia ter diferentes formatos de aplicação, sempre vinculado à realidade do empreendimento, pois a complexidade de fatores e riscos que permeiam uma incorporação pode, e deve, ser observada nos casos de resolução das promessas de compra e venda.

De início, considerando que o principal fundamento para retenção dos valores pagos em favor da incorporadora é a compensação pelos danos decorrentes da extinção do contrato, seria possível estabelecer uma *direta proporção entre os valores pagos pelo adquirente e a redução da multa*, de modo a garantir adequado ressarcimento pela extinção prematura da promessa de compra e venda, em qualquer fase da relação contratual, de acordo com as análises financeiras da incorporadora. Nesse sentido, quanto menor o percentual de quitação do contrato pelo adquirente, maior deverá ser o percentual de retenção sobre o montante pago. Do contrário, na hipótese de o adquirente já ter adimplido parcela substancial do preço, faria sentido a diminuição do percentual de valores a serem retidos.

Nessa mesma linha, voltando-se aos interesses da coletividade de adquirentes de um determinado empreendimento, não haveria óbice em *vincular o percentual da pena convencional à quantidade de unidades no estoque* da incorporação. A redução proporcional da cláusula penal em conformidade com a quantidade de adquirentes (quantidade de promessas de compra e venda celebradas, ou de unidades alienadas) poderia ser considerada para estabelecer um percentual de retenção adequado, na medida em que a alienação de unidades implicaria efetiva capitalização da incorporação. Essa sistemática se mostraria útil notadamente nos casos de incorporações submetidas ao regime do patrimônio de afetação. Afinal, em razão da segmentação do acervo da incorporação, os valores a serem devolvidos seriam deduzidos de uma operação contábil distinta, não afetando apenas a incorporadora.

Também considerando a quantidade de unidades vendidas, vislumbra-se a utilização de critérios de *proporcionalidade entre as fases da obra e o percentual de retenção* sobre os

valores pagos pelo adquirente. Consciente do cronograma físico-financeiro do empreendimento, a incorporadora poderia prever meios de redução proporcional da pena convencional, com base na previsão de custos da edificação em cada uma de suas fases e na expectativa de receitas provenientes da venda de unidades de uma determinada incorporação.

Ainda com fundamento no curso da edificação do empreendimento, a utilização de critérios de *proporcionalidade entre o período de manutenção do contrato e o percentual de retenção* sobre os valores pagos também seria válida. O andamento da obra implica a realização de sucessivos compromissos firmados para a sua execução, junto a fornecedores de materiais, contratação de mão de obra, ações comerciais, entre outros. A manutenção do contrato, por consequência, induz a uma expectativa de recebíveis com os quais a incorporadora celebrará contratos para a consecução da edificação. Assim, quanto maior o período decorrido entre a assinatura da promessa de compra e venda e a sua eventual extinção, maior o comprometimento da incorporadora com terceiros, justificando a imposição de maiores percentuais de retenção.

Os critérios acima são alguns dos exemplos⁴²³ de fatores que poderão ser observados pelas incorporadoras na elaboração das promessas de compra e venda, com vistas a promover maior segurança jurídica às partes envolvidas e garantir maior estabilidade aos negócios imobiliários, implementando um fluxo financeiro saudável para a incorporação. Como se observa, o escalonamento da pena convencional poderia se realizar por critérios diretamente proporcionais, matemáticos, ou conforme o atingimento de estágios predefinidos no contrato⁴²⁴. Alguns desses critérios poderiam ser combinados, inclusive.

Todas as sugestões de disposições contratuais indicadas, acredita-se, podem incentivar o adquirente ao adimplemento e à manutenção das promessas de compra e venda. Na medida em que o saldo devedor é quitado, apesar da eventual redução da penalidade, cria-se maior vínculo entre o adquirente e a incorporação, fator que também se observa quando

⁴²³ Outro exemplo de disposição contratual seria o estabelecimento de *requisitos a serem cumpridos pelo adquirente para comprovação da necessidade de redução da pena* convencional. Relacionando tais requisitos a mudanças da situação financeira do adquirente (como perda de emprego, morte de um cônjuge, custos com despesas médicas, entre outros), poder-se-ia reconhecer contratualmente a possibilidade de fatos supervenientes que ensejassem a revisão da cláusula penal, os documentos comprobatórios e os meios de apresentação de tais circunstâncias para reajuste/redução da pena convencional. Em razão da ausência de direta proporcionalidade entre as condições ora narradas e o percentual de retenção, outros aspectos precisariam ser avaliados. Ainda assim, parece viável considerar tais caracteres para dimensionamento da pena convencional.

⁴²⁴ Estes estágios contratuais vinculados às fases da obra se assemelhariam aos denominados *cliffs*, que são gatilhos utilizados principalmente em contratos societários, empresariais e trabalhistas, destinados a estabelecer condições para que uma parte se revista no direito de pleitear algum benefício.

atrelada a cláusula penal com o período de conservação da relação contratual. A manutenção do contrato no tempo implica garantir a evolução das obras e, literalmente, a concretização do empreendimento. Tal aspecto, em condições normais de mercado, enseja a valorização das unidades em razão da redução dos riscos naturais de não realização, pode servir de meio para “identificação” do adquirente com o empreendimento (que costuma decorrer de campanhas de marketing das incorporadoras e do relacionamento estabelecido entre os adquirentes do empreendimento), refletindo, por consequência, comportamentos dos adquirentes em favor da manutenção e do adimplemento do contrato.

Descreveu-se acima hipóteses de parametrização (contratual) de redução da pena convencional. Ainda investigando disposições contratuais que implementem uma estrutura de incentivos favorável à realização das incorporações, após a liquidação dos créditos do adquirente retirante também se apresenta válido para o dinamismo da pena convencional a *verificação e modificação dos prazos para restituição dos valores*. Nas hipóteses em que a incorporadora vislumbrasse a viabilidade (diante de seus planejamentos financeiros, das fontes de receitas esperadas ou até mesmo de um fluxo de caixa compatível), a cláusula penal poderia estabelecer meios de antecipação do ressarcimento ao cliente, em típico exemplo de *trade off* que poderia beneficiar a incorporação. Essa possibilidade serviria tanto para fins comerciais, no sentido de conferir segurança ao adquirente no momento da celebração da promessa, quanto para justificar a necessidade de diferimento da devolução (nos termos da Lei nº 13.786/2018) diante de adversidades no curso da incorporação.

Neste ponto se exalta um aspecto anteriormente narrado, relacionado à quebra eficiente dos contratos⁴²⁵. A despeito de eventual cláusula penal que reestabeleça a forma ou o prazo de devolução dos valores, por vezes a extinção do contrato pode se mostrar mais eficiente do que a sua manutenção. David Friedman explica a quebra eficiente do contrato por um exemplo bastante simples: duas partes celebram um negócio no qual ambas terão um resultado de cem mil dólares. Se uma parte percebe que o cumprimento do contrato ocasionará uma perda superior a cem mil dólares, ela poderá (e, sob determinadas condições, deverá) quebrar o contrato, limitando o seu custo ao pagamento de “perdas e danos” (*expectation damages*⁴²⁶). No contrário, se o custo para adimplemento é inferior à indenização da parte adversa, mostra-se mais eficiente a realização do negócio.⁴²⁷

⁴²⁵ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 76.

⁴²⁶ Louis Kaplow e Steven Shavell conceituam o instituto: “Por *expectation damages*, o indivíduo que quebra o contrato não tem o dever de cumpri-lo, mas é obrigado a indenizar os danos do inadimplemento, e o valor da

Pelo prisma da incorporadora, diante de uma promessa de compra e venda inadimplida pelo adquirente, a extinção do contrato pode se mostrar mais eficiente do que a sua execução. Tal circunstância pode ser inferida por fatores como a dificuldade de percepção dos valores contratados (em razão da insolvência do adquirente, ou mesmo dos custos para execução da promessa de compra e venda), a valorização imobiliária da unidade negociada, a quantidade de unidades em estoque e a demanda do mercado pela aquisição dos imóveis de um determinado empreendimento. Quaisquer desses aspectos, e ainda outros, poderiam denotar que a extinção prematura do contrato representaria maximização de utilidade à incorporadora e, nessa linha, justificariam a redução da pena convencional ou a antecipação do ressarcimento ao adquirente retirante. A insistência na implementação da pena convencional, conforme disposta contratualmente, poderia representar a indisponibilidade⁴²⁸ da unidade à incorporadora por um longo período, prejudicando as atividades da incorporação.

Importante ressaltar que esses critérios de dinamismo da pena convencional guardariam fundamentos jurídicos e até mesmo jurisprudenciais para a sua aplicação. Juridicamente, mostrar-se-iam condizentes com a regra disposta no próprio artigo 413 do Código Civil, ao estabelecer a redução proporcional⁴²⁹ da pena quando “a obrigação tiver sido cumprida em parte”. A parametrização da redução da cláusula penal se alinharia, em absoluto, à dinâmica desta ferramenta de controle prevista no Código Civil. Além disso, encontra-se analogias em outras disposições legais vigentes, como se observa, por exemplo, nas reduções proporcionais de penalidades em casos de locação, previstas no artigo 4^o⁴³⁰ da Lei n^o

indenização, em princípio, é igual ao valor do retorno esperado com a execução do contrato.” (KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002. p. 160).

⁴²⁷ FRIEDMAN, David D. op. cit., E-Book.

⁴²⁸ Importante destacar alguns contornos da “indisponibilidade” da unidade. Como observado anteriormente, as promessas de compra e venda são passíveis de anotação junto à matrícula imobiliária do imóvel negociado. Uma vez anotadas, além de constituírem direito real em favor do adquirente da unidade, ainda registram publicamente a indisponibilidade do bem à incorporadora, que não poderá alienar novamente a unidade até cancelamento da anotação. Ocorre, contudo, que nas hipóteses em que a promessa não é levada a registro a “indisponibilidade” da unidade acaba mitigada. Embora em flagrante irregularidade, a unidade “poderia” ser alienada novamente pela incorporadora (o que é uma prática constante no mercado imobiliário). Essa circunstância, evidentemente, não colabora para uma estrutura de incentivos favorável às extinções contratuais consensuais e denota a importância para o adquirente de anotação da promessa de compra e venda junto à matrícula imobiliária do empreendimento.

⁴²⁹ “Proporcionalidade”, aliás, que já era prevista no artigo 924 do Código Civil de 1916, que originou o artigo 413 do Código Civil de 2002.

⁴³⁰ “Art. 4^o Durante o prazo estipulado para a duração do contrato, não poderá o locador reaver o imóvel alugado. Com exceção ao que estipula o § 2^o do art. 54-A, o locatário, todavia, poderá devolvê-lo, pagando a multa pactuada, proporcional ao período de cumprimento do contrato, ou, na sua falta, a que for judicialmente

8.245/1991 (Lei do Inquilinato) e no artigo 571⁴³¹ do Código Civil. Não obstante, esse racional já foi utilizado também em julgados sobre o tema⁴³².

Cabe registrar que não se vislumbra qualquer inovação com a pena convencional dinâmica. Ao contrário, trata-se tão somente de observar princípios de caráter privado, implementando a autonomia contratual das partes⁴³³. “As partes têm liberdade para estabelecer balizas a serem observadas na redução [...], estipulando, por exemplo, um grau mínimo de adimplemento para que a redução seja permitida”⁴³⁴. Estipulações contratuais dessa natureza, voltadas a regular a redução da pena convencional, apresentam consonância aos princípios contratuais, possuem validade jurídica e podem apresentar resultados eficientes para o negócio em que estão inseridas.

Nesse sentido, é válido consignar os dizeres de Manoel Gustavo Neubarth Trindade, ao afirmar que a análise econômica do direito “tende a favorecer uma visão dinâmica do fenômeno contratual, como um processo evolutivo e variável, aberto a reconsiderações, a renegociações, a reequilíbrios, e a todo um universo ‘relacional’ de interações estratégicas”. O autor reconhece que, apesar de todas as precauções e garantias contratuais, “os desequilíbrios e assimetrias não se esgotam nos momentos de negociação e celebração”, de modo valorizar a utilização de dispositivos contratuais dotados de dinamismo e que respondam à realidade da relação contratual no momento em que forem necessários.⁴³⁵

Outro ponto relevante é que as disposições contratuais sugeridas apresentariam um racional de simples compreensão, o que reduziria a assimetria informacional⁴³⁶ entre as partes

estipulada.” (BRASIL. **Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991**. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8245.htm. Acesso em: 21/09/2022).

⁴³¹ “Art. 571. Havendo prazo estipulado à duração do contrato, antes do vencimento não poderá o locador reaver a coisa alugada, senão ressarcindo ao locatário as perdas e danos resultantes, nem o locatário devolvê-la ao locador, senão pagando, proporcionalmente, a multa prevista no contrato.”

⁴³² Acerca da proporcionalidade entre o montante pago e o percentual de retenção: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1007089-77.2020.8.26.0577**. Relator: Desembargador João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 2021; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1000781-80.2015.8.26.0001**. Relator: Desembargador Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 2018.

⁴³³ “Sendo, no Código, instituído o princípio com caráter privado, é suscetível de derrogação pelas partes, que têm, portanto, a liberdade de ajustar o limite da reductibilidade, ou ainda a própria irreductibilidade” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. II**. op. cit., p. 287).

⁴³⁴ SEABRA, André Silva. op. cit., p. 415-416.

⁴³⁵ Trindade promove tal registro, mas ressalva: “Isso sem, no entanto, ignorar as vantagens estratégicas que podem advir para as partes, e para a ‘vida do contrato’ em geral, da adoção de formas contratuais rígidas e fechadas à renegociação, e por isso menos expostas ao oportunismo das partes ou à interferência de terceiros.” (TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. op. cit., p. 11).

⁴³⁶ Ao explicar a assimetria informacional no campo do comportamento racional, Orlando Celso da Silva Neto explica: “Já no tocante à assimetria de informações, esta é uma constante das interrelações humanas. [...] Determinados sistemas legais assumem situações de informação assimétrica e chegam mesmo a modificar o

(auxiliando a negociação de eventual distrato) e facilitaria a justificativa de aplicação da pena pela incorporadora em juízo⁴³⁷, caso necessário (de modo a afastar as possibilidades de redução e conferir maior estabilidade à relação contratual). Por esse ângulo, vale reiterar que as práticas processuais das ações que discutem a redução das cláusulas penais costumam não oferecer ao adquirente grandes incentivos pela sua não propositura. Na prática, os pedidos formulados pelos adquirentes-autores dizem respeito a disposições contratuais e, por isso, não exigem dos juízes grandes esforços para a sua revisão. Diante de uma pena convencional estaticamente disposta no contrato, impõe-se ao juízo a utilização das ferramentas disponíveis no sistema jurídico, notadamente o artigo 413 do Código Civil com a generalidade dos seus termos. Daí outra razão para o dinamismo da pena, ora defendido.

A adoção de parâmetros dinâmicos (mas, ao mesmo tempo, objetivos) para redução da pena convencional, ao promover maior segurança jurídica às relações contratuais, possivelmente reduziria a quantidade de demandas judiciais sobre o tema. Afastar-se-ia o viés excessivamente otimista do adquirente, que o conduz à propositura de ação judicial com o objetivo de maximizar vantagens financeiras. Por outro lado, uma vez proposta a ação, tais parâmetros poderiam contribuir para mais rápida resolução judicial das ações, ao objetivar a instrução processual com a delimitação dos aspectos a serem observados.

Em síntese, o desenvolvimento do mercado imobiliário e as atualizações legislativas constantes demandam esforços para a definição de “novos *designs* contratuais”, de maneira a refletir maior segurança às posições arrojadas que são assumidas pelas incorporadoras. Nessa esteira, os ajustes contratuais merecem contínua revisitação no momento de sua formação, para que ocorra adequada alocação de riscos e oportunidades negociais, e que sejam considerados aspectos econômicos e estratégicos para o sucesso da incorporação. “Como

padrão geral de entitamentos visando proteger a parte que dispõe de menos informação (como é o caso claro da legislação brasileira de defesa do consumidor).” (SILVA NETO, Orlando Celso da. *É possível a análise econômica do direito do consumidor?* op. cit., p. 392).

⁴³⁷ Nesse sentido, a ausência de previsão contratual acerca de critérios para a redução da pena convencional, no contexto jurisprudencial de constante redução destas cláusulas, pode ser considerada como uma “incompletude” do instrumento. Embora Mitchell Polinsky e Steven Shavell comentem que “as consequências previstas para a incompletude dos contratos possam não ser prejudiciais aos contratantes”, os autores consideram uma “interpretação desejável” após judicialização, o que não parece ser uma realidade avistada para as incorporações, atualmente. Por outro lado, os mesmos autores apontam outro aspecto que justifica a pena convencional dinâmica ora defendida, ao afirmarem que é desejável às partes a predefinição dos danos pela quebra do contrato exatamente para evitar o arbítrio dos tribunais. (POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series, Paper 536, 2005. p. 17-18, tradução nossa).

produto de regulação da operação econômica, o nascedouro do contrato, sua vigência e mesmo as hipóteses de sua extinção forçosa devem ser antevistos e regulados [...]”⁴³⁸.

Em adendo, não apenas as premissas e disposições contratuais podem auxiliar para uma estrutura de incentivos que facilite a realização a incorporação. O mesmo racional de proporcionalidade indicado poderia ser aplicado pela incorporadora já na ocasião da negociação das unidades. No momento pré-contratual, portanto.

Para fins de organização financeira e comercial, os empreendedores costumam disponibilizar tabelas com o preço das unidades disponíveis às equipes comerciais, estabelecendo também detalhes como as condições de pagamento e valores promocionais. Essas tabelas apresentam o valor do metro quadrado das unidades em estoque, que é calculado (e majorado) em proporção com os aumentos de custos verificados durante as obras. O ponto a se observar é que a elaboração dessas ferramentas pode também considerar fatores como a necessidade de capitalização em razão das extinções contratuais e o grau de inadimplemento do conjunto de adquirentes, de modo a auxiliar na elaboração das promessas e compra e venda, contribuindo para a formatação da pena convencional que melhor se adapte à situação da incorporação. Não se ignora que tais aspectos influenciam diretamente nos fatores comerciais do negócio, mas podem ser analisados com parcimônia para que sirvam de elemento facilitador à saúde financeira da incorporação.

É certo que estruturas negociais e contratuais podem induzir ao cumprimento dos contratos. Contudo, essa conjuntura deve caminhar em consonância a disposições legais favoráveis à atividade consubstanciada no instrumento. Daí porque se permite, como último ponto da pesquisa, revisitar os termos da Lei nº 13.786/2018, especificamente em relação à pena convencional prevista no artigo 67-A, para avaliar modificações legislativas que poderiam ensejar a estabilidade das promessas de compra e venda.

Como antecipado no capítulo anterior, deixou-se de estabelecer critérios no artigo 67-A para a fixação da pena convencional nas hipóteses de resolução por inadimplemento do adquirente, regulamentando-se tão somente um limite de retenção de valores. Não se afirma que a boa técnica legislativa demandaria, necessariamente, apresentar tais critérios. Todavia, diante do cenário de extinções contratuais e da jurisprudência assente acerca da revisão da pena convencional, é possível afirmar que situação exigia maior atenção do legislador. Embora tenha sido observada a sistemática de limitação das cláusulas penais (prevista no

⁴³⁸ MIRANDA, Victor Vasconcelos. Negócios imobiliários: o planejamento contratual e a autonomia privada. op. cit., p. 224.

artigo 412 do Código Civil), os termos do artigo 67-A se limitam ao registro dos patamares máximos da pena convencional, quando poderiam ir além.

A generalidade do artigo 67-A, bem como a omissão acerca dos critérios a serem observados para fixação da cláusula penal (critérios estes que foram resumidos à presença de patrimônio de afetação na incorporação), ensejaram interpretações dedicadas a minimizar a importância do dispositivo em prol da redução das penalidades. Diante de tamanha univocidade a respeito da possibilidade (e até mesmo da necessidade) de revisão da cláusula penal, reduziu-se a letra da lei ao arbítrio dos julgadores, consumando-se uma penalidade de aplicabilidade bastante duvidosa.

Nesse contexto, a partir da premissa já firmada acerca da necessidade de estabilidade das promessas de compra e venda para o sucesso das incorporações, bem como da constitucionalidade presumida ao artigo 67-A, destaca-se alguns meios para a tentativa de conferir exequibilidade ao dispositivo.

Independentemente das hipóteses a seguir indicadas, o ponto de partida é o efetivo *condicionamento da redução equitativa da pena*. Na linha exposta por André Abelha, “a Lei nº 13.786/2018 não traz um só dispositivo que regule a matéria”⁴³⁹, de modo que as diretrizes do artigo 413 do Código Civil encontram terreno fértil para a sua aplicação e implicam o esvaziamento de grande parte da eficácia da pena convencional.

Caberia, assim, cogitar a *positivação de critérios para redução equitativa da pena* convencional, observando-se diversos dos elementos acima dispostos (tais como o grau de inadimplemento dos adquirentes, a quantidade de unidades em estoque e a situação das obras do empreendimento), de modo a objetivar os requisitos necessários para revisão judicial das penalidades. Esta saída aparenta viabilidade, porquanto não afastaria a hipótese de revisão, mas apresentaria, de forma positivada, parâmetros indispensáveis de avaliação pelos julgadores.

Outro meio que se mostraria conveniente (para as incorporações) diz respeito ao *escalonamento da redução da pena convencional*. Como acima demonstrado, em analogia às reduções proporcionais de penalidades realizadas nos casos de locação, previstas no artigo 4º da Lei do Inquilinato e no artigo 571 do Código Civil, poder-se-ia estabelecer proporcionalidade objetiva entre os valores pagos pelo adquirente e os percentuais de retenção

⁴³⁹ ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? op. cit., p. 47.

pela incorporadora, reduzindo a atividade jurisdicional à confirmação (praticamente matemática) de aplicação da cláusula contratual em conformidade com a lei.

Em norte semelhante, a *inserção de um patamar mínimo de redução* a ser observado pelo julgador parece factível, a ser aplicado tanto de maneira fixa (indicando-se expressamente o percentual mínimo da pena convencional), como também dinâmica (atribuindo-se um montante mínimo que considere também outros critérios, a exemplo da fase das obras do empreendimento). Contudo, ainda que viesse a ocorrer essa hipótese, arrisca-se a previsão de que serviria tão somente como limite à jurisprudência, sem qualquer incentivo à manutenção da cláusula conforme disposição contratual. Não se afastaria, assim, a insegurança jurídica e a imprevisibilidade que tanto se almeja, senão por outras disposições legais que limitassem juízo de equidade genérico previsto no artigo 413 do Código Civil.

Por fim, em hipótese mais incisiva, caberia ainda o *expresso afastamento da aplicação do artigo 413 do Código Civil*. Entretanto, além de não aparentar uma medida viável de aprovação legislativa, tampouco garantiria a manutenção da pena convencional, dadas as disposições e princípios previstos no Código de Defesa do Consumidor. Aliás, não se consideraria razoável essa proposição, porquanto a revisão das cláusulas penais possui, sim, fundamentos importantes para a sua realização.

Todas as proposições acima indicadas, a título de modificação das disposições contratuais ou mesmo de revisão legislativa, evidentemente, não encerram o debate ou abrangem todas as possibilidades de atenuar os danos decorrentes das revisões não parametrizadas da pena convencional em promessas de compra e venda. Além disso, para assertividade de quaisquer das medidas, seria indispensável a realização de estudos amplos (de ordem econômica e jurídica), exatamente para garantir que contribuíssem para a estrutura de incentivos almejada⁴⁴⁰. E neste ponto se encerra a pesquisa com uma crítica construtiva ao empresariado do mercado imobiliário.

Ao analisar as alterações legislativas realizadas com a Lei nº 13.786/2018, destacou-se que os percentuais máximos estabelecidos para fixação da pena convencional não trouxeram consigo fundamentos técnicos ou justificativas plausíveis para a sua aplicação. O resultado prático, que poderia ter sido previsto, foi o descontentamento generalizado da doutrina e da jurisprudência acerca da nova lei, bem como a busca por argumentos para mitigar a sua aplicação. Eis, então, a crítica que merece ser registrada: se as incorporadoras

⁴⁴⁰ “Uma única regra legal afeta os incentivos em diversos aspectos diferentes; é necessário levar todos estes aspectos em consideração para decidir sobre a regra certa.” (FRIEDMAN, David D. op. cit., E-Book).

foram tão prejudicadas pelas extinções contratuais na crise que antecedeu a Lei nº 13.786/2018 (o que se reconhece) e, por essa razão, dedicaram esforços e ativos em prol da aprovação da nova legislação, por qual motivo não apuraram parâmetros técnicos para fixação (e para redução) da pena convencional? Caso tenham apurado, qual a razão para que não tenham disponibilizado tais estudos para melhor embasar o trâmite legislativo do Projeto que originou a nova lei? De igual modo, se existentes esses estudos, por qual motivo não envidaram recursos em prol da divulgação dos resultados e da conscientização dos agentes do mercado (as incorporadoras, os Poderes Legislativo e Judiciário, e até mesmo os próprios adquirentes)?

Como anteriormente indicado, se a redução dos índices de extinções de contratos adveio dos resultados positivos do mercado (e não do advento da Lei nº 13.786/2018), esse problema poderá retornar a qualquer tempo e, mesmo após a crise vivenciada, não parece que grandes medidas tenham sido adotadas para mitigar futuros ônus. O suprimento da ausência de estudos técnicos adequados para a liquidação das perdas decorrentes da extinção de uma promessa de compra e venda é uma necessidade de primeira ordem. Ninguém melhor do que as próprias incorporadoras, que possuem *expertise* para análises financeiras e mercadológicas, além de interesse no estabelecimento de uma estrutura de incentivos de manutenção dos contratos, para a verificação dos danos experimentados pela “contratação inútil” da compra e venda de uma unidade e para propor, com seriedade e embasamento técnico, uma saída razoável.

Feito tal registro, é evidente a necessidade de estudos e de levantamentos para identificação dos prejuízos decorrentes das extinções das promessas de compra e venda. A partir dos resultados, será possível justificar o caractere indenizatório da pena convencional e assim defender a sua manutenção, exaltando, por consequência, a coercitividade intrínseca à cláusula penal. Nesse panorama, vislumbra-se um cenário de maior previsibilidade às partes contratantes e de melhores condições para realização da atividade da incorporação imobiliária.

CONCLUSÃO

Pacificada a importância da incorporação imobiliária – enquanto mecanismo propulsor do mercado imobiliário e da economia em geral e facilitador do direito fundamental social de acesso à moradia⁴⁴¹ –, observou-se desde o primeiro capítulo da pesquisa que é indispensável a adoção de medidas em prol da segurança jurídica dos negócios celebrados no seu âmbito. Diante de tal premissa, verificou-se que a extinção das promessas de compra e venda merece especial atenção no tocante às suas hipóteses e, principalmente, aos seus efeitos.

As externalidades provenientes de uma jurisprudência tolerante às desistências das promessas de compra e venda e, por vezes, desatenta às particularidades das incorporações imobiliárias foram percebidas empiricamente⁴⁴². Afetou-se os próprios destinatários desse movimento jurisdicional, os adquirentes de imóveis, que se distanciaram do sonho da casa própria e dos consagrados investimentos imobiliários, outrora percebidos como aplicações dotadas de alguma certeza de retorno. Percebeu-se, nesse panorama, aumentos dos custos para obtenção de crédito imobiliário, maiores dificuldades de negociação para compra, mecanismos contratuais indesejados (impostos pelas incorporadoras, na tentativa de atingir o resultado das incorporações), e inclusive desvalorização patrimonial em razão da desaceleração do mercado imobiliário. Enfim, adquirentes de imóveis (e também incorporadoras) precisaram se adaptar a um cenário econômico indesejado e marcado por absoluta insegurança.

Como demonstrado no segundo capítulo, embora tenha sido promulgada com o objetivo de estabelecer um “novo marco legal” destinado a proporcionar estabilidade e previsibilidade em benefício do setor produtivo e dos adquirentes de imóveis⁴⁴³, a Lei nº 13.786/2018 enfrentou total resistência⁴⁴⁴ para sua aplicação e, antes mesmo da sua vigência, foi apresentada a uma série de fundamentos e ferramentas de mitigação⁴⁴⁵. Em razão de atecniais redacionais, lacunas procedimentais e ausência de embasamento técnico, o problema

⁴⁴¹ TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia**. op. cit., p. 75.

⁴⁴² TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. op. cit., p. 245.

⁴⁴³ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). op. cit., p. 217.

⁴⁴⁴ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 88.

⁴⁴⁵ GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. op. cit., p. 218.

principal confrontado neste estudo, relacionado à possibilidade de abrandamento na aplicação das disposições dessa nova lei, parece ter se implementado na prática, confirmando a hipótese de viabilidade da redução equitativa da pena convencional nas resoluções das promessas de compra e venda.

Não se exige excessivo esforço para perceber que o problema da redução da pena convencional não se destina a mera defesa da cláusula penal em si. As incertezas das partes contratantes decorrentes da instabilidade dos contratos e os riscos percebidos pelo mercado diante de tamanha insegurança jurídica⁴⁴⁶, estes sim, são os problemas a que se destinou o estudo. Exatamente por isso, no terceiro capítulo, aplicaram-se ferramentas e conceitos da análise econômica do direito para demonstrar os efeitos das revisões contratuais para a tomada de decisão dos adquirentes de imóveis pela extinção dos contratos.

Utilizando-se de pressupostos como a racionalidade dos agentes⁴⁴⁷, que conduz o indivíduo ao máximo aproveitamento das oportunidades com o menor custo⁴⁴⁸, e a necessidade de perfeito conhecimento acerca das alternativas disponíveis e das informações relevantes para a tomada de decisão, demonstrou-se que poderia ser possível, por meio do individualismo metodológico⁴⁴⁹, utilizar instrumentos analíticos para examinar e até mesmo prever as escolhas econômicas dos agentes⁴⁵⁰. Contudo, tais previsões pressupõem um cenário de estabilidade contratual que se mostra inexistente diante das constantes e desmedidas revisões contratuais experimentadas pelas partes de uma incorporação imobiliária.

Em razão dessa imprevisibilidade nas promessas de compra e venda, objetivou-se analisar critérios de parametrização de eventuais reduções da pena convencional prevista para as resoluções dos contratos. Almejando reduzir parte dos riscos que podem comprometer o desenvolvimento de um empreendimento imobiliário⁴⁵¹, utilizou-se de características das incorporações imobiliárias para sugerir modificações contratuais em prol de uma pena convencional dinâmica a ser pactuada entre as partes de uma compra e venda. Dessa forma, permitir-se-ia uma melhor análise de riscos pelos contratantes, garantindo-se ao adquirente de unidade a obtenção das informações necessárias para verificação dos resultados decorrentes

⁴⁴⁶ MAIA, Roberta Mauro Medina. op. cit., p. 87.

⁴⁴⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. op. cit., p. 13.

⁴⁴⁸ SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor? op. cit., p. 381.

⁴⁴⁹ BLAUG, Mark. op. cit., p. 315.

⁴⁵⁰ WOLFF, Richard; RESNICK, Stephen. op. cit., p. 65.

⁴⁵¹ FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). op. cit., p. 217.

de eventual extinção contratual e, principalmente, à incorporadora a previsibilidade necessária para estabelecimento de fluxos financeiros saudáveis para a concretização de empreendimentos.

Para além dos diferentes arranjos contratuais indicados, apresentou-se também a possibilidade de positivação de um condicionamento da redução equitativa da pena convencional. Na ausência de dispositivos na Lei nº 13.786/2018 capazes de conferir eficácia⁴⁵² à aplicação das cláusulas penais, indicou-se a viabilidade de mecanismos como o estabelecimento de critérios para redução equitativa da pena, o escalonamento proporcional da redução da pena convencional, a inserção de um patamar mínimo de redução, ou até mesmo o expreso afastamento da aplicação do artigo 413 do Código Civil. Todas essas hipóteses destinadas a imprimir maior segurança jurídica às incorporações imobiliárias, por meio da manutenção das promessas de compra e venda ou, ainda, através da efetiva aplicação das penalidades contratuais pelo inadimplemento.

A pesquisa realizada, portanto, pautou-se pela necessidade de melhor parametrização da redução da pena convencional, com o objetivo maior de conferir estabilidade aos contratos e incentivar o mercado da incorporação imobiliária. Ainda assim, mostra-se pertinente a continuidade do estudo, em face das premissas e hipóteses confirmadas, para a realização de análises técnicas que permitam ilustrar com maior objetividade os ônus decorrentes das extinções prematuras das promessas de compra e venda. Nessa linha, seria possível estabelecer parâmetros mais concretos para a fixação da pena convencional, permitindo às partes contratantes uma melhor análise de riscos e de oportunidades de negócios.

Acredita-se, afinal, que as medidas relacionadas à previsibilidade da comercialização de imóveis favoreceriam todos os agentes de uma incorporação imobiliária. Às incorporadoras, proporcionaria melhorar a alocação de recursos e a organização de fluxos financeiros; aos adquirentes, facilitaria a verificação dos ônus decorrentes da extinção contratual ou dos benefícios advindos da sua manutenção; e ao conjunto de adquirentes de uma incorporação conferiria maior segurança de êxito do negócio celebrado, eis que submetidos ao sucesso da incorporação para consecução das promessas de compra e venda celebradas.

⁴⁵² ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? op. cit., p. 47.

REFERÊNCIAS

- ABELHA, André. Lei 13.786/2018: Pode o Juiz Reduzir a Cláusula Penal? *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.
- ABILIO, Vivianne da Silveira. **Cláusulas penais moratória e compensatória: critérios de distinção**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. *In*: FERNANDES, Wanderley (coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALVES, Magno Flores. A compra e venda imobiliária com acordo de transmissão diferido (ou, simplesmente, compromisso de compra e venda). **Revista de Direito Imobiliário**, v. 84/2018, p. 269-308, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000182dcc29f388f815cf1&docguid=I8c26a6a04f6311e89c1b01000000000&hitguid=I8c26a6a04f6311e89c1b010000000000&spos=7&epos=7&td=926&context=10&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 22/08/2022.
- ANTONIO JUNIOR, Valter Farid. **Compromisso de compra e venda**. São Paulo: Atlas, 2009.
- ASSIS, Araken de. Corretagem Imobiliária. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- ASSIS, Araken de. **Resolução do Contrato por Inadimplemento**. 7ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- AVVAD, Pedro Elias. **Direito Imobiliário: teoria geral e negócios imobiliários**. 2ª ed. São Paulo: Renovar, 2009.
- Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE. **Cadeia de valor e importância socioeconômica da incorporação imobiliária no Brasil**. Relatório completo. São Paulo: ABRAINC, dez. 2017. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Cadeia_de-Valor_Nova_vers%C3%A3o.pdf. Acesso em: 22/09/2022
- Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC; Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas – FIPE. **Indicadores ABRAINC – FIPE**. São Paulo: FIPE, ago. 2019. Disponível em: https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Release-Indicadores_201908.pdf. Acesso em: 15/08/2022.
- AZEVEDO JR., José Osório de. **Compra e venda, troca ou permuta**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

AZEVEDO JR., José Osório de. **Compromisso de compra e venda**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BECKER, Gary Stanley. **The economic approach to human behavior**. Chicago: The University of Chicago Press, 1976. E-Book.

BECKER, Gary Stanley. **Economic theory**. Nova York: Knopf, 1971. E-Book.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das coisas**. vol. 1. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BESSONE, Darcy. **Da compra e venda: promessa & reserva de domínio**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

BLAUG, Mark. **Metodologia da economia – ou como os economistas explicam**. São Paulo: Edusp, 1993.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

BOTTEGA, Jéverson Luís. **A Propriedade Horizontal em Perspectiva de Direito Comparado – Portugal e Brasil**. Coleção IRIB Academia. São Paulo: Quinta Editorial, 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Parecer do Relator nº 1 CDC, pelo Deputado José Stédile**. Brasília, Câmara dos Deputados, Comissão de Defesa do Consumidor, 2017.

Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node011ir6g60t8lnd1uc2llidsmt7r1600326.node0?codteor=1631713&filename=Tramitacao-PL+1220/2015.

Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1.220, de 22 de abril de 2015**.

Regulamenta a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10% (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora. Brasília, Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>.

Acesso em 23/08/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 2.109, de 24 de novembro de 1999**.

Dispõe sobre a constituição de patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias de que trata a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Brasília, Câmara dos Deputados, 1999.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17651&ord=1>.

Acesso em 04/06/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 3.065, de 8 de março de 2004**. Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário,

Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2004. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=155272>. Acesso em: 04/06/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do Projeto de Lei nº 1.220-A de 2015.**

Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node011ir6g60t8lnd1uc2llidsmt7r1600326.node0?codteor=1666564&filename=Tramitacao-PL+1220/2015. Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Redação final do Projeto de Lei nº 1.220-C de 2015.**

Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node011ir6g60t8lnd1uc2llidsmt7r1600326.node0?codteor=1699703&filename=Tramitacao-PL+1220/2015. Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/04/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937.** Dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del058.htm. Acesso em 12/08/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 70, de 21 de novembro de 1966.** Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0070-66.htm. Acesso em: 21/08/2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 745, de 7 de agosto de 1969.** Dispõe sobre os contratos a que se refere o art. 22 do Decreto-Lei nº 58, de 10 de dezembro de 1937, e dá outras providências.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0745.htm#:~:text=DECRETO%2DLEI%20N%C2%BA%20745%2C%20DE,13%20de%20dezembro%20de%201968. Acesso em: 1/09/2022.

BRASIL. **Decreto nº 5.481, de 25 de junho de 1928.** Dispõe sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-

1928.htm#:~:text=E%20vedado%20a%20qualquer%20proprietario,empregadas%20no%20conjunto%20do%20edif%3%ADcio. Acesso em: 27/03/2022.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 10/09/2022.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4591.htm. Acesso em: 19/03/2022.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 19/03/2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 18/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 de novembro de 1997.** Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9514.htm. Acesso em: 21/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 06/08/2022.

BRASIL. **Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004.** Dispõe sobre o patrimônio de afetação de incorporações imobiliárias, Letra de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Imobiliário, Cédula de Crédito Bancário, altera o Decreto-Lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, nº 4.728, de 14 de julho de 1965, e nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADdo%20o%20regime,im%C3%B3veis%20que%20comp%C3%B5em%20a%20incorpora%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 4/6/2022

BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018.** Altera as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 08/04/2022.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.221, de 4 de setembro de 2001.** Altera a Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, instituindo o patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias, e dá outras providências. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/medpro/2001/medidaprovisoria-2221-4-setembro-2001-396077-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 08/05/2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer nº 194 de 2018**. Redação final das Emendas do Senado ao Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018 (nº 1.220, de 2015, na Casa de origem). Brasília, Senado Federal, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7889556&ts=1630410359575&disposition=inline>. Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 69 de 2018**. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018, que Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Senado Federal, Comissão de Assuntos Econômicos, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7755019&ts=1630410361780&disposition=inline>. Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. Senado Federal. **Parecer (SF) nº 101 de 2018**. Da Comissão de Assuntos Econômicos, sobre o Projeto de Lei da Câmara nº 68, de 2018, que Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília, Senado Federal, Comissão de Assuntos Econômicos, 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7882051&ts=1630410357786&disposition=inline>. Acesso em: 23/08/2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Dos contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis. **Jurisprudência em Teses**, n. 110. Brasília, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.996.109-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno em Recurso Especial nº 1.881.300-SP**. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília: 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 59.870-SP**. Relator: Ministro Ari Pargendler. Brasília, 1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 884.367-DF**. Relator: Ministro Raul Araújo. Brasília, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.537.012-RJ**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.599.511-SP**. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.635.428-SC**. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª Seção). **Súmula nº 543**. “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” Brasília, 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação cível nº 0701732-68.2021.8.07.0001**. Relator: Desembargador Roberto Freitas Filho. Brasília, 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1000781-80.2015.8.26.0001**. Relator: Desembargador Carlos Alberto de Salles. São Paulo, 2018.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1004216-52.2021.8.26.0292**. Relator: Desembargador Sá Duarte. São Paulo, 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1007089-77.2020.8.26.0577**. Relator: Desembargador João Camillo de Almeida Prado Costa. São Paulo, 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1018599-32.2021.8.26.0002**. Relator: Desembargador Ferreira da Cruz. São Paulo, 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Apelação nº 1025177-34.2015.8.26.0224**. Relator: Desembargador Sá Moreira de Oliveira. São Paulo: 2022.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Direito de Arrependimento do Adquirente no Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel em Construção. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. **Incorporação Imobiliária à Luz do CDC**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Irretratabilidade do contrato de compra e venda de imóvel em construção e seus efeitos após a entrada em vigor da Lei 13.786/2018. *In*: ABELHA, André (coord.). **Estudos de direito imobiliário**: homenagem a Sylvio Capanema de Souza. São Paulo: Ibradim, 2020.

CHAGAS, Beatriz Uchôas. A redução equitativa da cláusula penal: a aplicação do artigo 413 do Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 110/2021, p. 85-108, out./dez. 2021.

CHALHUB, Melhim Namem. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 7/2016, p. 147-183, abr./jun. 2016.

CHALHUB, Melhim Namem. Direito imobiliário contemporâneo. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CHALHUB, Melhim Namem; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Resolução de promessas de venda no contexto da incorporação imobiliária. Evolução legislativa e precedentes. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 3, dez. 2020, v. 5, p. 174-190. São Paulo: Ibradim, 2020.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 4ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

CHALHUB, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-Book.

CHALHUB, Melhim Namem. O Contrato de Incorporação Imobiliária Sob a Perspectiva do Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**, vol. 50/2001, p. 92-135, jan./jun. 2001.

CHALHUB, Melhim Namem. Patrimônio de afetação - A reforma por caminhos alternativos. **Boletim Eletrônico IRIB – Instituto de Registro Imobiliário do Brasil**, BE1228, 11/08/2004. Disponível em: <https://www.irib.org.br/boletins/detalhes/2602>. Acesso em: 08/05/2022.

CHALHUB, Melhim Namem. **Trust: Perspectivas do Direito Contemporâneo na Transmissão da Propriedade para Administração de Investimentos e Garantia**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COASE, Ronald Harry. **The firm, the market, and the law**. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6ª ed. Boston: Pearson, 2012. E-Book.

CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais – Visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. **Revista de Processo**, v. 245/2015, p. 379-404, jul. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Tribunais, vol. 2**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

EHRHARDT JUNIOR, Marcos. Por que não dá para ser tolerante com a “Cláusula de Tolerância”. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

ELIAS FILHO, Rubens Carmo. Condomínio edilício. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

FEREJOHN, John; PASQUINO, Pasquale. A teoria da escolha racional: conceitos de racionalidade em teoria política. Tradução de Eduardo Cesar Marques. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, nº 45, p. 5-23, fev. 2001.

FIGUEIREDO, Luiz Augusto Haddad. Quadro-resumo e Direito à Informação: hipótese de inexistência, invalidade ou ineficácia? Reflexão sobre o conteúdo do § 1º do artigo 35-A da Lei de Incorporações Imobiliárias (inserido pela Lei 13.786/2018). *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

FRANCO, João Nascimento; GONDO, Niske. **Incorporações imobiliárias**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FRIEDMAN, David D. **Law's order: what economics has to do with law and why it matters**. Princeton: Princeton University Press, 2000. E-Book.

Fundação João Pinheiro. **Deficit habitacional no Brasil – 2016-2019**. Belo Horizonte: FJP, 2021.

GHEZZI, Leandro Leal. **A Incorporação Imobiliária: à luz do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GICO JR., Ivo Teixeira. Introdução ao direito e economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e economia no Brasil**: estudos sobre a análise econômica do direito. 3ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2019.

GICO JR., Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. **Economic Analysis of Law Review**. v. 1. n. 1, p. 7-33, jan-jun, 2010.

GOMES, Orlando. Contrato de incorporação imobiliária. **Doutrinas Essenciais de Obrigações e Contratos**, vol. 6, p. 1339-1353, jun. 2011. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc60001805df62a1067264ac0&docguid=Ib8c2ced06dad11e1bee400008517971a&hitguid=Ib8c2ced06dad11e1bee400008517971a&spos=1&epos=1&td=3&context=591&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 11/04/2022.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Atual. Humberto Theodoro Júnior. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A (Ir)Retratibilidade do Compromisso Particular de Compra e Venda de Imóveis na Lei 13.786/2018. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos**: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): aspectos controversos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 1, jul. 2019, v. 2, p. 7-28. São Paulo: Ibradim, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 5**: direito das coisas. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

GOULART, Bianca Bez. **Análise econômica do litígio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Responsabilidade Civil no Direito Imobiliário. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Classificação Nacional de Atividades Econômicas, versão 2.0**. Rio de Janeiro: IBGE, 2021. Disponível em: <https://concla.ibge.gov.br/classificacoes/por-tema/atividades-economicas/classificacao-nacional-de-atividades-economicas>. Acesso em: 22/09/2022.

Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. **Pesquisa Anual da Indústria da Construção – PAIC**. 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2022. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=754>. Acesso em: 22/09/2022.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 47, n° 2, p. 263-292, 1979. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1914185>. Acesso em: 15/09/2022.

KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. **Fairness versus welfare**. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

KARAM, Marco Antonio. Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 123/2019, p. 337-356, maio/jun. 2019.

KATAOKA, Eduardo Takemi. A recuperação judicial e o patrimônio de afetação. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v. 6/2014, p. 181-198, jul./ago. 2014. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc600001805d3d0e65d7e9e72b&docguid=Ia90c9e10c6ee11e4892c010000000000&hitguid=Ia90c9e10c6ee11e4892c010000000000&spos=7&epos=7&td=38&context=11&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1#noteDTR.2015.2018-n38>. Acesso em 24/04/2022.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. **Revista dos Tribunais Rio de Janeiro**, v. 4/2014, p. 83-104, mar./abr. 2014.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Três aspectos atuais relativos aos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras. *In*: GUERRA, Alexandre Dartanhan de Mello (coord.). **Estudos em homenagem a Clóvis Beviláqua por ocasião do centenário do Direito Civil codificado no Brasil**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2018. v. 2.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2ª ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015. E-Book.

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

MARTINS-COSTA, Judith. A recepção do incumprimento antecipado no direito brasileiro: configuração e limites. **Revista dos Tribunais**, v. 885/2009, p. 30-48, jul. 2009.

MATTÉ, Mauro João. **O contrato de compromisso de compra e venda e outros instrumentos particulares perante o registro de imóveis**. Leme/SP: Mizuno, 2022.

MATTOS, Aldo Dórea. **Patrimônio de afetação na incorporação imobiliária**. 2ª ed. São Paulo: Pini, 2013.

MÁXIMO, Wellton. Juros altos e inflação aumentam risco de distratos imobiliários. **Agência Brasil**. Brasília: 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-09/juros-altos-e-inflacao-aumentam-risco-de-distratos-imobiliarios#:~:text=O%20bom%20desempenho%20do%20mercado,em%20momentos%20de%20mudan%C3%A7as%20econ%C3%B4micas>. Acesso em: 29/09/2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Lei 13.786/2018 – Distrato: primeiras considerações sobre a desconstituição do vínculo contratual e seus consectários jurídicos. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. Negócios imobiliários: o planejamento contratual e a autonomia privada. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 90/2021, p. 223-239, jan./jun. 2021.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de direito civil, 3: direito das coisas**. 42ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.

NEVES, José Roberto de Castro. Resolução e Revisão dos Contratos. *In*: AZEVEDO, Fábio de Oliveira; MELO, Marco Aurélio Bezerra de (coord.). **Direito Imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. São Paulo: Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A Recente Lei do Distrato (Lei 13.786/2018): o Novo Cenário Jurídico dos Contratos de Aquisição de Imóveis em Regime de Incorporação Imobiliária e em Loteamento. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

PAIVA, Daniel. **O Patrimônio de Afetação nas Incorporações Imobiliárias: Mecanismo de Eficácia à Defesa do Direito Fundamental à Moradia nas Relações Privadas**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

PAIVA, João Pedro Lamana. Do Patrimônio de Afetação: Redução de Riscos (arts. 31 e seguintes da Lei nº 4.591/64). *In*: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). **Novo Direito Imobiliário e Registral**. 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

PENTEADO JR., Cassio Martins Camargo. A afetação do patrimônio como exceção ao princípio de sua universalidade – Conteúdo jurídico e efeitos. *In*: WALD, Arnaldo (org.). **Direito empresarial: contratos mercantis**, v. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as Incorporações Imobiliárias. **Revista dos Tribunais**, v. 712/1995, p. 102-111, fev. 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 4/1979, p. 9-18, jul./dez. 1979. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/favdoc/document?docguid=I982a89403e5d11e09ce30000855dd350>. Acesso em: 10/04/2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. II**. Atual. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. III**. Atual. Caitlin Mulholland. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-Book.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil – Vol. IV**. Atual. Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho. 25ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. E-Book.

PFEIFER, Roberto Augusto Castellanos. Imóveis em construção, direito do consumidor e desenvolvimento. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 105, p. 81-101, maio/jun. 2016.

POLINSKY, A. Mitchell; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. **Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series**, Paper 536, 2005.

PORTO, Antônio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenerd. Análise Econômica da Função Social dos Contratos: Críticas e aprofundamentos. **Economic Analysis of Law Review**, v. 1, nº 2, p. 196-212, jul./dez. 2010.

POSNER, Richard Allen. Let Us Never Blame a Contract Breaker, **Michigan Law Review**, v. 107/1349, p. 1349-1364, jun. 2009.

POSNER, Richard Allen. Rational Choice, Behavioral Economics and the Law. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1551-1575, mai. 1998.

POSNER, Richard Allen. The Economic Approach to Law. **Texas Law Review**, 53, p. 757-782, 1975.

RÊGO, Werson. Comentário Doutrinário ao Recurso Especial nº 1.300.418-SC. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, ano 27, p-299-468, out./dez. 2015.

REMOR, Ivan Pereira; SILVA NETO, Orlando Celso da. Regulação baseada em evidência no direito do consumidor: por que apenas boas intenções não asseguram bons resultados? **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 32/2022, p. 115-141, jul./set. 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-Book.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic science**. Londres: Macmillan and Co., 1932.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Retrospectiva 2018: Leis, livros e efemérides do direito civil. **Conjur**, Direito Comparado, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>. Acesso em 07/09/2022.

ROSEVALD, Nelson. **Cláusula penal: a pena privada nas relações negociais**. 2ª ed. São Paulo: Editora Foco, 2020.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? *In*: TIMM, Luciano Benetti (coord.). **Direito e Economia**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Disponível em: https://works.bepress.com/bruno_meyerhof_salama/16/. Acesso em: 13/09/2022.

SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é pesquisa em Direito e Economia? **Cadernos Direito GV**, v. 5, nº 2, mar. 2008. Disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/2811>. Acesso em: 13/09/2022.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Direito imobiliário – Teoria e prática**. 13ª ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SCHMIDT, Franciso Arnaldo. **Incorporação Imobiliária**. Porto Alegre: SECOVI/RS, 1995.

SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. São Paulo: Almedina, 2022.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. **Tratado dos registos públicos: em comentário ao Decreto n.º 4.857, de 9 de novembro de 1939, com as alterações introduzidas pelo Decreto n.º 5.318, de 29 de novembro de 1940 e legislação posterior em conexão com o direito privado brasileiro**. Vol. IV – Registo de Imóveis (inscrição, transcrição e cancelamento) e Registo da propriedade literária, científica e artística. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

SERPA, Pedro Ricardo e. A Extinção Contratual na Lei 13.786/2018 e a Súmula 1 do TJSP. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

SHAVELL, Steven. **Foundations of economic analysis of law**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2004.

SILVA, José Marcelo Tossi. **Incorporação imobiliária**. São Paulo: Atlas, 2010.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Os contratos imobiliários diante da Lei Federal 13.786/2018 e a fundamental proteção da parte vulnerável: os consumidores. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 122/2019, p. 267-305, mar./abr. 2019.

SILVA NETO, Orlando Celso da. É possível a análise econômica do direito do consumidor? *In*: GONÇALVES, Everton Das Neves; PFLUG, Samantha Ribeiro Meyer; VIEIRA, Susana Camargo (coord.). **Direito econômico e desenvolvimento [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 372-400. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8uix05yq/oAGS2Oy0tto0v1bd.pdf>. Acesso em: 17/05/2022.

SIMÃO, José Fernando; GOMIDE, Alexandre Junqueira. Incorporação imobiliária: resolução/revisão dos contratos de promessa de compra e venda em tempos de pandemia. *In*: ABELHA, André (coord.). **Estudos de direito imobiliário: homenagem a Sylvio Capanema de Souza**. São Paulo: Ibradim, 2020.

SIMON, Herbert Alexander. A Behavioral Model of Rational Choice. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 69, p. 99-118, fev. 1955.

SIQUEIRA, Tania Bahia Carvalho. A funcionalização do contrato de incorporação imobiliária. **Revista de Direito Imobiliário**, v. 92/2022, p. 211-227, jan./jun. 2022

SOARES, Orlando. **Incorporações imobiliárias e condomínio de apartamentos**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 1973.

SOARES, Renata de Souza Maeda. O Direito de Arrependimento da Lei 13.786/2018. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

SOUKUP, Alexandr; MAITAH, Mansoor; SVOBODA, Roman. The Concept of Rationality in Neoclassical and Behavioural Economic Theory. **Modern Applied Science**, v. 9, nº 3, 2015.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, v. 22/2005, p. 250-276, abr./jun. 2005.

SZTAJN, Rachel. Mercados e função social do contrato. **Revista de Direito Empresarial**, v. 12/2015, p. 19-33, nov./dez. 2015.

TARTUCE, Flávio; MELO, Marco Aurélio Bezerra. Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador na Lei 13.786/2018. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/661995206/primeiras-linhas-sobre-a-restituicao-ao-consumidor-das-quantias-pagas-ao-incorporador-na-lei-13786-2018>. Acesso em: 8/09/2022.

TEIXEIRA, Paulo Joni. **Patrimônio de afetação**. Porto Alegre: Editora Alternativa, 2013.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Compromisso e promessa de compra e venda: distinções e novas aplicações dos contratos preliminares.** São Paulo: Saraiva, 2015.

TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”. *In: VITALE, Olivar (coord.). Lei dos Distratos: Lei 13.786/18.* São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Prefácio. *In: CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação imobiliária.* 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. E-Book.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito: breves notas. **Revista Jurídica UNIGRAN**, v. 20, n. 40, jul./dez. 2018.

TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e a função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado do crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33/2006, p. 15-31, jul./set. 2006.

TIMM, Luciano Benetti; MACHADO, Rafael Bicca. Direito, Mercado e Função Social. **Revista da AJURIS**, v. 36, n. 103, p. 204, set. 2006.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **Análise Econômica do Direito dos Contratos: Uma nova abordagem do direito contratual como redutor das falhas de mercado.** Londrina: Thoth, 2021. E-Book.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. **Da Incorporação Imobiliária: Implementação do Direito Fundamental à Moradia.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

TUTIKIAN, Cláudia Fonseca. Incorporação imobiliária: da análise econômica do direito. *In: TUTIKIAN, Cláudia Fonseca; TIMM, Luciano Benetti; PAIVA, João Pedro Lamana (coord.). Novo Direito Imobiliário e Registral.* 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases. **Science, New Series**, v. 185, nº 4157, p. 1124-1131, set. 1974.

ULEN, Thomas S. Rational Choice Theory in Law and Economics. **Encyclopedia of Law & Economics.** General Works, History and Methodology, Fundamental Concepts. p. 790-818. Disponível em: <https://reference.findlaw.com/lawandeconomics/0710-rational-choice-theory-in-law-and-economics.pdf>. Acesso em: 12/09/2022

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Manual do condomínio e das incorporações imobiliárias.** São Paulo: Saraiva, 1980.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018. **Revista dos Tribunais**, v. 1008/2019, p. 195-217, out. 2019.

VIÉGAS, Francisco de Assis; QUEIROZ, João Quinelato de. Notas sobre a extinção unilateral das promessas de compra e venda de unidades imobiliárias por consumidores à luz da Lei 13/786/2018. **Revista de Direito Privado**, v. 101/2019, p. 203-231, set./out. 2019.

VITALE, Olivar. Contratos imobiliários. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (coord.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

VITALE, Olivar. Impossibilidade de resilição unilateral de compromisso de compra e venda de unidade objeto de incorporação imobiliária. **Revista Ibradim de Direito Imobiliário**, ano 1, nov. 2018, v. 1, p. 144-164. São Paulo: Ibradim, 2018.

VITALE, Olivar. Recuperação judicial e a incorporação imobiliária. **Revista de Direito Recuperacional e Empresa**, v. 14/2019, out./dez. 2019. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000018058d0ff1dbc42a8c9&docguid=I7c417bc0119f11ea84cf010000000000&hitguid=I7c417bc0119f11ea84cf010000000000&spos=15&epos=15&td=38&context=12&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 23/04/2022

WALD, Arnoldo. **Direito civil: contratos em espécie**, vol. 3. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-Book.

WOLFF, Richard; RESNICK, Stephen. **Contending economic theories: neoclassical, Keynesian, and Marxian**. Cambridge: MIT Press, 2012. E-Book.

XAVIER, Luciana Pedroso; ROSA NETO, Adroaldo Agner. Comentários ao art. 67-A, parágrafos 5º e 6º da Lei 13.786/2018. *In*: VITALE, Olivar (coord.). **Lei dos Distratos: Lei 13.786/18**. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019.