

Os **distratos** e a necessidade de preservação do direito social e coletivo **no âmbito das incorporações imobiliárias**

Por Roberto SANTOS SILVEIRO e Maria Angélica JOBIM DE OLIVEIRA

Resumo

É fato notório que o mercado imobiliário brasileiro tem sido fortemente impactado nos últimos anos pelo distrato dos compromissos de compra e venda celebrado nas incorporações. Basta dizer que nos últimos três anos quase a metade dos compromissos de compra e venda firmados entre adquirente e incorporador acabaram não sendo efetivados. Trata-se de efeito da crise econômica, sem dúvida, mas também do tratamento judicial empregado à extinção de contratos que, em regra, são irrevogáveis e irretatáveis. Em virtude do seu impacto para o mercado, e também da sua repercussão para a vida dos brasileiros adquirentes de imóveis, faz-se impositiva uma reflexão sobre a matéria, especialmente sobre a extinção imotivada dos contratos, nos quais o comprador simplesmente desiste da compra, sem sequer comprovar a sua suposta insuportabilidade financeira para cumprir com suas obrigações contratuais. A partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, assim como do sistema de proteção ao adquirente, convidamos o leitor a um novo olhar para a matéria dos distratos, com foco nos atuais paradigmas dos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, e na qual não preponderem os interesses puramente individuais, mas sim o direito social e coletivo de todos os participantes da incorporação imobiliária.

Introdução

O mercado imobiliário brasileiro tem sido fortemente impactado nos últimos anos pelo distrato dos compromissos de compra e venda celebrado nas incorporações.

De acordo com estudos realizados pela ABRAINCO e pela AdemiRJ, **o volume de distratos, no Brasil, nos últimos três anos, corresponde a aproximadamente 40% (quarenta por cento) dos contratos.** Ou seja, praticamente a metade dos compromissos de compra e venda firmados entre adquirente e incorporador acabam não sendo efetivados. Deste total, cerca de 70% decorrem da percepção dos adquirentes de terem feito um mau investimento¹.

Em virtude do seu impacto para o mercado, e também da sua repercussão para a vida dos brasileiros adquirentes de imóveis, o tema dos “distratos”, além de atual e relevante, vem gerando acaloradas discussões, na maioria das vezes, a partir de um antagonismo entre aqueles defensores dos órgãos vinculados aos consumidores e, por outro lado, dos órgãos representativos das incorporadoras, cada qual com seus próprios e relevantes interesses.

A grande maioria destes debates, inclusive nos Tribunais e no Congresso Nacional, tem como objeto precípuo a fixação de penalidade (percentual de perdimento) que poderia ser imputada ao adquirente inadimplente, sem sequer questionar a existência ou não do seu direito ao distrato. Tal situação, ao nosso sentir, advém de equivocada interpretação da súmula 543 do Superior Tribunal de Justiça, a partir da qual cristalizou-se nos Tribunais Locais, e em parte da doutrina nacional, o entendimento acerca da existência de um direito potestativo do adquirente inadimplente ao distrato.

A partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, assim como do sistema de proteção ao adquirente e, ainda, dos atuais paradigmas dos princípios da boa-fé contratual e da função social do contrato, propõe-se, no presente estudo, um reolhar para a matéria dos distratos, no qual se sobressaia, não a visão individualista do incorporador ou do adquirente inadimplente, mas sim o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária.

¹. Estes dados decorrem de estudos realizados pela Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário (ADEMI), cujos resultados foram divulgados no Seminário *Incorporação Imobiliária na Perspectiva do STJ* (Brasília, 21/06/2017). Cf. “Os distratos imobiliários sob a ótica do Judiciário”. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/os-distratos-imobiliarios-sob-a-otica-do-judiciario>.

1 • Evolução jurisprudencial acerca da possibilidade de rescisão do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel por iniciativa do promitente-comprador

Nos últimos anos, a sociedade brasileira tem vivenciado crise em todos os setores da economia, inclusive no setor imobiliário, e isso acarretou o surgimento de milhares de ações no Poder Judiciário através das quais os promitentes-compradores de imóveis pretendem o desfazimento do compromisso de compra e venda entabulado com o incorporador, com a devolução de parte das parcelas pagas. A pretensão de extinção dos contratos muitas vezes surge em função da insuportabilidade financeira do comprador que, por sua vez, pode ocorrer em razão do posterior desemprego do comprador, ou ainda pelo aumento das parcelas e dos juros no financiamento imobiliário. Outras vezes, contudo, o comprador simplesmente desiste da compra, sem sequer alegar ou comprovar a sua suposta insuportabilidade financeira.

Em virtude do aumento exponencial destas demandas no Poder Judiciário nos últimos anos, convém que se analise a evolução da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto.

Inicialmente, logo quando entrou em vigor o Código de Defesa do Consumidor, em março de 1991, os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, embora reconhecessem a aplicabilidade desta legislação às relações entre incorporador e comprador de imóvel, questionavam-se acerca da possibilidade de rescisão do contrato por iniciativa do comprador, e devolução dos valores pagos. Isso porque, o §1º do art. 53 da legislação consumerista, que previa essa possibilidade, foi vetado, e o *caput*² deste mesmo dispositivo legal trata apenas do pedido de resolução por parte do vendedor, e não do comprador.

No entanto, nos anos que se seguiram, passou a vigorar no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, na hipótese de restar comprovada a existência de um fato superveniente que altere a situação financeira do comprador ou as condições do contrato, o comprador pode sim pleitear o desfazimento do negócio.

Nessa linha, no julgamento do Recurso Especial nº 57.789/SP, da lavra do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o qual foi julgado no dia 25/04/1995, foi ponderado que o contrato poderia sim ser rescindido por superveniente alteração das condições objetivas que serviram de base para a celebração da avença, mas, naquele caso, não foi suficientemente comprovado pelo comprador o fato superveniente, razão pela qual o pedido de extinção da

2. Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. § 1º (Vetado).

avença foi julgado improcedente.

Confira-se trecho da aludida decisão:

(...). Contudo, para a aceitação do pedido de extinção do contrato formulado pelo autor, alegando inexistência de condições para continuar no seu cumprimento, por modificação das condições econômicas, que tornam insuportável o pagamento das prestações, seria preciso demonstrar suficientemente a existência desses fatos e as suas consequências. Supreendentemente, porém, o autor, certamente fiado no artigo 49 do CODECON, pediu o julgamento antecipado e não fez prova desse fato, que impedia demonstrar. Daí o acerto do v. acórdão em repelir a pretensão de extinção do contrato, também por esse fundamento, proferindo decisão calcada em matéria de fato, cujo reexame não se admite nesta via especial.³

(Grifou-se)

Nesse mesmo sentido, no julgamento do Recurso Especial nº 109.331/SP, igualmente da lavra do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cujo julgamento ocorreu no dia 24 de fevereiro de 1997, o entendimento foi de que “O devedor inadimplente não tem, em princípio, o direito de pedir a resolução do contrato. Porém, se surgir fato superveniente, suficientemente forte para justificar aquele inadimplemento, a parte que sofreu o efeito dessa alteração objetiva da base em que foi celebrado o negócio pode vir a júízo para provocar a extinção do contrato”.⁴

Neste julgado, o Ministro Relator explicitou, ainda, que a jurisprudência reconhecia como fato suficiente apto a ensejar o pedido de rescisão contratual a posterior impossibilidade relativa de cumprir o contrato, por efeito da desvalorização da moeda e da implantação de planos econômicos e critérios de atualização das dívidas que desequilibram o orçamento do comprador.

De fato, no início da década de 90, a aplicação de sucessivos planos econômicos interferiu nas relações contratuais entre as partes, ocasionando desequilíbrio financeiro e aumento do índice de reajuste das parcelas e, nesse cenário, começaram a surgir decisões que possibilitavam a rescisão do contrato com base nesse fundamento. Como exemplo, citamos o Recurso Especial nº 115.671/RS, da lavra do Ministro Waldemar Zveiter, cujo julgamento ocorreu no dia 08 de agosto de 2000, no qual o entendimento foi de que “o comprador inadimplente pode pleitear em júízo a devolução das prestações pagas e a rescisão do pacto, em face do desequilíbrio financeiro resultante da

3. REsp 57.789/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 25/04/1995, DJ 12/06/1995, p. 17631.

4. REsp 109.331/SP, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/1997, DJ 31/03/1997, p. 9638.

aplicação dos sucessivos planos econômicos”.⁵

Em suma, o entendimento que vigorava era de que, em princípio, o promitente-comprador não poderia postular o desfazimento do negócio, exceto se comprovasse uma situação superveniente que afetasse as suas condições financeiras e as condições econômicas do contrato, como por exemplo, a sucessiva mudança de planos econômicos e consequente desequilíbrio do orçamento do devedor. No entanto, importante repisar que a dita “situação superveniente” deveria restar comprovada pelo promitente-comprador, sob pena de improcedência do pleito de rescisão do contrato, consoante julgados anteriormente expostos.

Esse entendimento restou confirmado quando a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou os Embargos de Divergência nº 59.870/SP⁶, cujo julgamento ocorreu no dia 10 de abril de 2002, oportunidade na qual se entendeu, por maioria, ser possível ao consumidor, adquirente de imóvel, propor o desfazimento da compra em face de inadimplência sua no pagamento das prestações, por não poder atender ao reajuste das mesmas. Nesta mesma ocasião, foi definido como razoável o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos, para o ressarcimento do vendedor com despesas administrativas, propaganda, depreciação imobiliária, e desgaste pelo uso.

A partir do ano de 2014, depois que findou o período chamado *boom imobiliário*, e quando a crise do país começou a dar sinais, o número de demandas nas quais os compradores postulavam a rescisão das avenças por desistência aumentou de forma exponencial. Nesta época, o posicionamento da jurisprudência do STJ seguia o mesmo, qual seja, de que era possível que o promitente-comprador de imóvel postulasse o desfazimento da avença, em virtude de sua insuportabilidade financeira. Apenas a título exemplificativo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.211.323/MS, da lavra do Ministro Luis Felipe Salomão, cujo julgamento ocorreu no dia 01/10/2015, o entendimento foi de que “o entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a resolução do compromisso de compra e venda, por parte do promissário comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual”.⁷

Ainda, em virtude do aumento destas demandas no Poder Judiciário, o Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2015, editou um verbete sumular para regulamentar a devolução dos valores em caso de rescisão do contrato. A Súmula é a 543, a qual prevê que, quando a resolução do contrato de promessa de compra e venda for por culpa do vendedor/construtor, a devolução dos valores será integral; e, por outro lado, quando o comprador der causa à

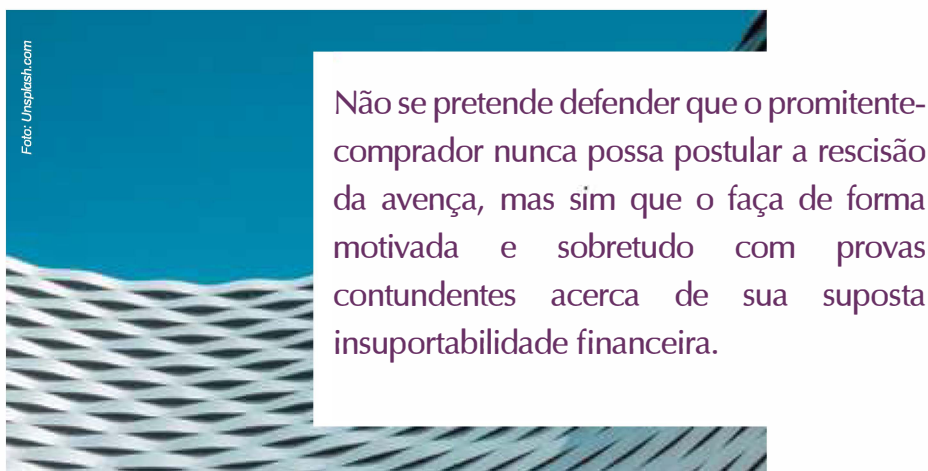
5. REsp 115.871/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/08/2000, DJ 02/10/2000, p. 161.

6. EREsp 59.870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281.

7. REsp 1211323/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 20/10/2015.

extinção do contrato, a devolução dos valores se dará de forma parcial.⁸

Acontece que, com base neste verbete sumular e nas jurisprudências acima citadas, os tribunais estaduais do país têm determinado a rescisão dos compromissos de compra e venda de imóveis indistintamente quando as ações são ajuizadas pelos compradores. Isto é, basta que o comprador ingresse com a demanda, afirmando que não tem mais possibilidade de continuar com a avença, que o contrato é rescindido. É como se o promitente-comprador de imóvel tivesse um “direito potestativo” de arrependimento.



Ao nosso sentir, essa situação passa por uma má-interpretação da Súmula nº 543 do STJ e dos precedentes anteriores. Salienta-se, por oportuno, que não se pretende defender que o promitente-comprador nunca possa postular a rescisão da avença, mas sim que o faça de forma motivada e sobretudo com provas contundentes acerca de sua suposta insuportabilidade financeira.

A título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de São Paulo chegou a editar a Súmula nº 01, segundo a qual “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”. A jurisprudência deste Tribunal tem entendido de forma reiterada pela possibilidade de rescisão da avença por iniciativa do promitente-comprador, conforme os recentes acórdãos: Apelação Cível nº 1012103-50.2017.8.26.0576, Apelação Cível nº 1013548-04.2016.8.26.0006, e Apelação Cível nº 1031562-45.2016.8.26.0100.

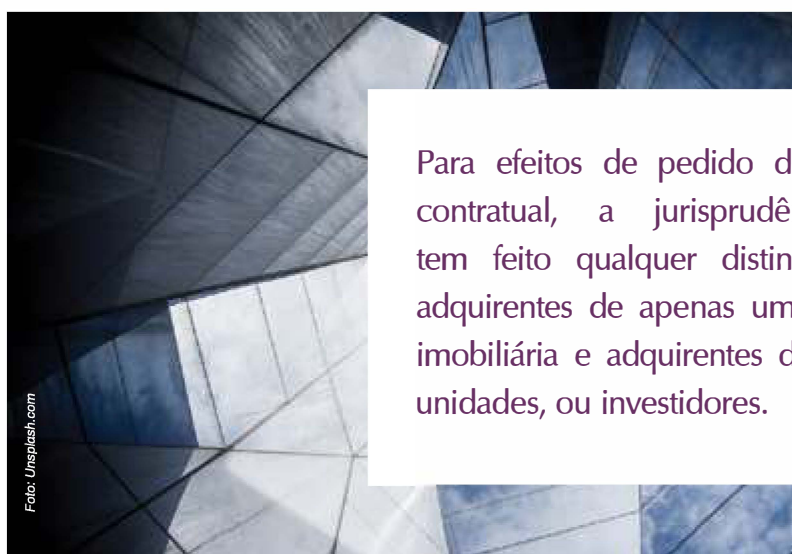
Na mesma linha, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no julgamento da Apelação nº 70055493175, manifestou entendimento de que “o promissário

⁸. Súmula 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. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJE 31/08/2015).

comprador, que se torna inadimplente em razão da insuportabilidade financeira dos valores ajustados no contrato, tem o direito de promover a extinção da avença, postulando a restituição do que adimpliu, retendo a vendedora o percentual a título de indenização”.⁹

Nos julgados mais recentes dos Tribunais locais, verificamos que não há detido debate acerca da possibilidade de rescisão por iniciativa do promitente-comprador, e sim tão somente das consequências da extinção da avença, como, por exemplo, o percentual da cláusula penal compensatória que será aplicado, o índice da correção monetária a incidir sobre os valores pagos, e a incidência ou não de juros moratórios.

O resultado prático que se tem percebido é que poucos distratos são motivados pela real incapacidade de pagamento do promitente-comprador, sendo que a maior parte se dá pela percepção de maus investimentos. Além disso, para efeitos de pedido de rescisão contratual, a jurisprudência não tem feito qualquer distinção entre adquirentes de apenas uma unidade imobiliária e adquirentes de diversas unidades, ou investidores.



Para efeitos de pedido de rescisão contratual, a jurisprudência não tem feito qualquer distinção entre adquirentes de apenas uma unidade imobiliária e adquirentes de diversas unidades, ou investidores.

Esse cenário é bastante prejudicial ao incorporador (e como veremos aos demais adquirentes partícipes dessa mesma incorporação imobiliária), tendo em vista que, quando o promitente-comprador ajuíza a ação postulando o desfazimento do negócio, a única discussão acaba sendo o percentual que vai ser retido a favor do vendedor para lhe ressarcir de suas perdas e danos, pois a rescisão contratual já é quase certa. Trata-se, como visto, de interpretação corrente nos tribunais estaduais, todavia, em dissonância com o histórico jurisprudencial da Corte Superior.

Constata-se, assim, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

⁹. Apelação Cível Nº 70055493175, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 12/09/2013.

desde os anos 90 até a presente data, mantém o mesmo entendimento em relação à possibilidade de extinção do contrato por iniciativa do comprador. No entanto, a diferença reside no fato de que, antigamente, os tribunais exigiam que o promitente-comprador comprovasse no processo uma situação superveniente que tenha modificado as bases contratuais e as suas condições financeiras, sob pena de improcedência do pedido; e, em contrapartida, hoje em dia a prática forense demonstra que basta que o comprador ajuíze a ação alegando a sua insuportabilidade financeira e desinteresse no negócio, sem sequer comprovar as suas alegações. Ou seja, os tribunais estaduais têm interpretado de forma rasa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Diz-se isso sobretudo porque cabe ao tribunal estadual analisar a prova acerca da existência ou não de fato superveniente apto a ensejar a rescisão do contrato, pois ao Superior Tribunal de Justiça não é dada a prerrogativa de análise de fatos e provas do processo (verbete sumular nº 07¹⁰). Dessa forma, cabe aos tribunais estaduais interpretar de forma atenta a jurisprudência da Corte Superior e aplicá-la ao caso concreto, analisando se restou ou não comprovada a insuportabilidade financeira ou o fato superveniente que alterou as bases contratuais.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça, ao nosso ver, tem deixado de fazer valer a melhor aplicação do direito, ou de ao menos orientar os tribunais estaduais acerca da correta interpretação da Súmula nº 543, e de seus precedentes originários, no sentido de que o pedido de extinção do pacto deve ser fundamentado e comprovado.

Adiante, a partir da análise acerca da evolução jurisprudencial sobre a matéria, propõe-se, no presente estudo, que a matéria seja revisitada pelos operadores do direito, e sobretudo pelos Tribunais pátrios, de modo a que seja prestigiado o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária.

2 • A prevalência do direito social e coletivo nas incorporações imobiliárias. Necessidade de um novo olhar para a matéria dos distratos.

Uma das características marcantes dos instrumentos aquisitivos celebrados no âmbito da incorporação imobiliária diz respeito à cláusula que determina a irrevogabilidade e irretratabilidade dos compromissos celebrados entre adquirente e incorporador. Trata-se de elemento necessário do negócio da incorporação, assim qualificado por expressa disposição do art. 32, §2º, da Lei nº 4591/1964.

A aplicação dessa cláusula determina que ambas as partes não têm o direito

10. Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

de desistência e arrependimento. Dito de outra forma, a irrevogabilidade e irretratabilidade dos compromissos permite, em tese, que a incorporadora exija do adquirente o cumprimento do contrato, em especial o pagamento do preço, e, de outro lado, que o adquirente exija o cumprimento das obrigações da incorporadora, inclusive de entrega do empreendimento no prazo e termos contratados. Nessa linha, ao adquirente inadimplente não seria dado o direito de desistir imotivadamente de cumprir os compromissos assumidos com o incorporador.

O propósito da norma legal no âmbito das incorporações é conferir ao negócio a segurança jurídica e econômica necessárias ao cumprimento da função social do contrato, pois a irretratabilidade, do mesmo modo que a afetação patrimonial, ao afastar ou mitigar o risco de desfalques provocados por retiradas imotivadas sem que sejam reparados os danos dela decorrentes, visa manter o ritmo do programa contratual e, em consequência, a conclusão da obra no prazo pactuado.

A irretratabilidade e irrevogabilidade dos contratos não foram alteradas pelo CDC, e nem poderia, pois a legislação consumerista não interfere na tipificação e na funcionalidade dos contratos.

Na medida em que o CDC dispõe sobre os contratos de consumo em geral e os contratos empregados na atividade de incorporação são regulados por regime jurídicos próprios (Código Civil, arts. 481 e seguintes, entre outros; Lei nº 4.591/1964, Lei nº 9.514/1997, Lei nº 10.931/2004, entre outras), não se pode cogitar de excluir uma ou outra fonte legislativa, mas, sim, de coordenar as normas para construir soluções harmonizadas e funcionais no ordenamento, evitando-se simplificações apressadas ou irrefletidas que levem a distorções que atinjam a equação econômica do negócio.¹¹

As disposições do CDC aplicam-se ao contrato de incorporação por serem normas gerais dos contratos de consumo, mas, não obstante, esse contrato continua regido pela Lei nº 4.591/1964 naquilo que é específico, ressalvada, naturalmente, a aplicação do CDC quando necessário o preenchimento de lacunas da lei especial sobre as incorporações. Assim é porque a Lei nº 4.591/1964, precursora que é do CDC em matéria de proteção do contratante hipossuficiente, consubstancia um sistema de proteção do adquirente de imóvel em construção, formulado em conformidade com a estrutura e função dos tipos contratuais empregados na incorporação e com propósito de suprir a vulnerabilidade do adquirente nesse contexto específico. O pressuposto da Lei de Incorporações, revelado por ocasião da sua promulgação, era que “a desigualdade contratual é muito flagrante nesta matéria. Não podia continuar relegada para o plano da convenção livre. A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, mencionou, então, certas regras, de aplicação obrigatória, que constituem condições legais da incorporação”.¹²

11. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2016, p. 618.

12. PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínios e Incorporações*. 11ª ed. São Paulo: Forense, 2014, p. 331.



Uma eventual permissão legal ao desfazimento imotivado se contrapõe à estrutura, ao escopo e à economia do contrato.

Note-se que o sistema de proteção ao adquirente, e a própria noção de microsistema da incorporação imobiliária, ganhou ainda mais força a partir da vigência do Código de Processo Civil de 2015, ao vincular as receitas da incorporação (créditos oriundos da alienação das unidades) à execução da obra tornando-as impenhoráveis.¹³

Sob essa perspectiva, fica claro que uma eventual permissão legal ao desfazimento imotivado se contrapõe à estrutura, ao escopo e à economia do contrato, seja porque interfere na base do negócio, podendo tornar incerta a realização do contrato, na medida em que o fluxo de recursos destinado à obra estaria aleatoriamente sujeito a ser desfalcado ou interrompido em razão da suspensão de pagamento por parte de adquirentes desistentes, seja porque o desfazimento implicaria restituição imediata da quantia paga, restituição essa que, no caso do contrato de incorporação, só é viável após a alienação da unidade do adquirente desistente, pois as quantias pagas pelos adquirentes são imediatamente convertidas em pedra e cal, sendo materialmente impossível sua reconvenção imediata em dinheiro, para atender a pretensão de destituição do desistente, como previsto no inciso II do art. 20 do Código Civil.

Apesar de ter como objeto a construção e a comercialização de unidades imobiliárias, o contrato de incorporação, no seu aspecto estrutural, tem pontos de contato com o contrato de sociedade, sobretudo no que tange à dinâmica de aporte e aplicação de capital, vinculando o incorporador, o construtor e o conjunto de adquirentes por uma *affectio* semelhante à dinâmica da captação de capital para constituição da sociedade. Com efeito, a incorporação desenvolve-se com o capital aportado pelo incorporador, pelos adquirentes, e eventualmente, por entidade financiadora; a realização da função econômica e social do contrato, mesmo vista sob a perspectiva de um só adquirente, só se torna possível com a participação pecuniária da totalidade dos adquirentes, mediante pagamento das parcelas do preço conforme a programação do contrato, do mesmo modo que o escopo do contrato de sociedade só se viabiliza mediante aporte de capital por parte de todos os sócios, na proporção de sua participação no capital.¹⁴

Nessa linha, o mestre Caio Mário da Silva Pereira aproxima o perfil da incorporação ao de uma empresa, em razão da mobilização de fatores de produção para realização de empreendimento determinado; o empresário é o incorporador, é verdade, mas o capital não é só dele, sendo também o dos adquirentes e, eventualmente, o de entidade financiadora, todos eles

13. CHALHUB, Melhim. "Uma Solução Para os Distratos". *Valor Econômico*, 29/03/2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/legislacao/4918252/uma-solucao-para-os-distratos>.

14. *Idem*. Da Incorporação Imobiliária. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 333.



convergindo seus recursos e seus esforços para consecução da edificação; aos adquirentes é assegurada a fiscalização de seu capital, mediante acompanhamento da obra pela Comissão de Representantes, tal como é assegurado aos sócios o acompanhamento dos negócios da sociedade.

Daí que o desfazimento de contratos de adquirentes, suprimindo parcialmente a fonte de alimentação financeira da incorporação afeta a base do negócio. Esse desfazimento pode até atender o interesse individual de um adquirente, mas poderá obstruir a realização da função social do contrato, que para atender a comunidade dos adquirentes, na sua totalidade, reclama a manutenção do fluxo financeiro que fornece os recursos para a construção.

Com efeito, a vinculação entre as partes contratantes – incorporador e adquirente – embora se formalize individualmente, encerra direitos e obrigações comuns a todos os demais adquirentes e ao incorporador e forma uma comunidade voltada para o objetivo comum de conclusão da obra e apropriação das unidades imobiliárias, por parte dos adquirentes, de um lado, e, de outro lado, de apropriação do resultado do negócio, por parte do incorporador.

Ao apreciar este tipo de questão à luz do CDC, Waldirio Bulgarelli chama a atenção para a necessidade de se observar todas as peculiaridades do contrato, visando a efetiva realização de sua função social e econômica, pois “pode ocorrer que alguns adiram à incorporação e, se o mercado não for favorável para a atividade imobiliária, exijam a restituição do que pagaram, com juros e correção monetária, tal como a aplicação tivesse sido feita em caderneta de poupança.”¹⁵

O ponto é que, ao se apreciar o interesse de determinado adquirente em desfazer isoladamente seu contrato, não se pode desprezar o interesse dos demais comunheiros, pois, como observara o Ministro Cesar Asfor Rocha, “se não fora assim, o comprador teria sempre uma situação cômoda: se o bem adquirido não se valorasse no mesmo patamar do dinheiro corrigido, ele se

15. BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, p. 50.



No caso do desfazimento unilateral do contrato de incorporação, a liberdade individual do desistente deve ficar subordinada ao interesse da comunidade dos adquirentes.

desvincularia da promessa de compra e venda pactuada; caso contrário, se a valorização superior ao dinheiro corrigido, ele manteria o vínculo contratual”.¹⁶

Há que se ter presentes as limitações que a função social do contrato impõe às partes, de modo que, assim como na formação e na conclusão do contrato, também na sua dissolução a liberdade deve ser exercida “em razão e nos limites da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).

Nessa linha, compartilhamos o entendimento de que, no caso do desfazimento unilateral do contrato de incorporação, a liberdade individual do desistente deve ficar subordinada ao interesse da comunidade dos adquirentes, em razão dos reflexos desse desfazimento sobre o fluxo financeiro da incorporação e, por via de consequência, sobre a realização econômica e social do contrato.

Com efeito, a função social diz respeito ao modo como os efeitos do contrato se refletem na sociedade e de que forma atinge terceiros não integrantes da relação contratual, de modo que se ofende a função social quando os efeitos externos do contrato prejudicam injustamente os interesses da comunidade ou de estranhos ao vínculo negocial.¹⁷

Vale notar, dentro de uma perspectiva social e econômica que a sociedade ou a “igualdade” não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrantes de um específico mercado. Assim, a proteção paternalista à determinadas condutas pode infligir elevados custos a outros consumidores, vistos enquanto classe. Metaforicamente, o contrato individualizado é a árvore e o espaço público do mercado (e o conjunto das interações sociais) é a floresta.¹⁸

Transpondo tal linha de raciocínio para o presente estudo tem-se que a coletividade em um contrato de incorporação é representada pela cadeia ou rede de adquirentes, os quais dependem do cumprimento do contrato daquele indivíduo para alimentar o sistema, viabilizando recursos para o sucesso da incorporação. Assim, se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais e desfazimentos imotivados, a coletividade de adquirentes será lesada em detrimento do adquirente individual.

16. REsp 124.146-MG, 4ª Turma do STJ, J. 22.6.1999.

17. CHALHUB, Melhim Namem. *Da Incorporação Imobiliária*, op. cit., p. 334.

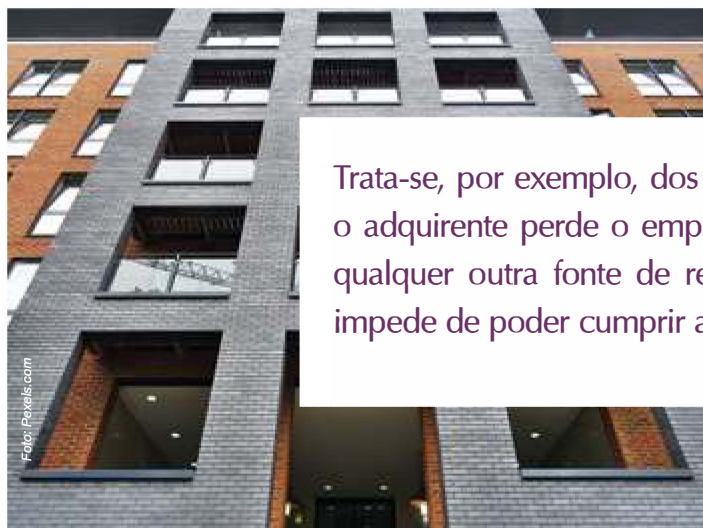
18. TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, p. 197.

Deste modo, **a aplicação do princípio da função social do contrato à questão dos distratos no âmbito das incorporações deve considerar não apenas a relação individual do adquirente com o incorporador, mas a rede de contratos**, interesses e consequências que serão geradas a todos os partícipes dessa incorporação em virtude da rescisão imotivada dos contratos.

A relativização do *pacta sunt servanda* não autoriza interpretação que, por desprezo à conformação peculiar do contrato, acabe distorcendo seu escopo e frustrando sua função social, admitindo-se que o desfazimento do negócio, nos casos em que seja possível, sujeite as partes às consequências ditadas pelo equilíbrio da relação jurídica e pela boa-fé objetiva, pois admitir que “a parte inadimplente venha a usar sua própria infração como justificativa para pleitear a rescisão do contrato, importa simplesmente anular a maior conquista da teoria do direito contratual, que é a boa-fé, tão ressaltada, entre nós, pelo próprio Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor não é, e não deve jamais ser interpretado, como um “escudo” para aqueles que não agem de acordo com os ditames da boa-fé objetiva.

Neste sentido, Theodoro J.R., Humberto, em sua clássica obra *A Boa-Fé no Direito Privado* ensina que “o efeito da boa-fé, em semelhante conjuntura, é, justamente impedir que a parte que tenha violado deveres contratuais exija o cumprimento pela outra parte ou valha-se do seu próprio incumprimento para beneficiar-se de disposição contratual ou legal.”¹⁹



Trata-se, por exemplo, dos casos nos quais o adquirente perde o emprego, e não tem qualquer outra fonte de renda, o que lhe impede de poder cumprir a avença.

Esclareça-se que não se está aqui a defender a posição de que o adquirente inadimplente não teria em algumas hipóteses o direito de desistir do compromisso firmado, mas sim a posição de que o direito de pedir a resolução do contrato deva ser limitada e condicionada a fatores excepcionais hábeis a justificar aquele inadimplemento, a serem devidamente

¹⁹. MARTINS-COSTA, Judith *apud* THEODORO JR., Humberto. *Direitos do Consumidor*. São Paulo: Forense, 2004, pp. 49,52,54.

comprovados no caso concreto. Trata-se, por exemplo, dos casos nos quais o adquirente perde o emprego, e não tem qualquer outra fonte de renda, o que lhe impede de poder cumprir a avença.

Vale salientar, a partir do estudo do direito comparado, que em outros países, como Argentina, Canadá, Espanha, Estados Unidos, França, Itália, Portugal, México e Reino Unido, não é reconhecido o direito ao desfazimento imotivado do contrato, aplicando-se a máxima da irrevogabilidade e irretratabilidade aos contratos firmados. Em todos estes países, a penalidade para o adquirente inadimplente que rescinde o seu contrato é de 100% (cem por cento) das importâncias pagas, situação completamente diferente de nosso país.²⁰

O ponto é que não há (ou não deveria existir) *prima facie* o direito ao arrependimento. A regra deve ser a irrevogabilidade, sob pena de contrariar a lógica da incorporação imobiliária, e prejudicar não apenas o incorporador, mas também os demais adquirentes partícipes dessa mesma incorporação imobiliária.

Nesta linha de entendimento, mais consentânea com a realidade própria das incorporações imobiliárias, dos princípios da boa-fé contratual e da função social dos contratos, começam a surgir alguns julgados nos Tribunais Locais limitando o pretense direito postestativo do adquirente ao distrato. Nesse sentido, no julgamento da Apelação Cível nº 1.478.559-0, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná mencionou que a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, presente nos contratos de compromisso de compra e venda, trata-se de uma garantia conferida a ambas as partes de exigir que o contrato seja efetivamente cumprido. Ressaltou, ademais, que “diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva que norteia os contratos, e não tendo o autor (promitente comprador) demonstrado que não reúne mais condições para pagar o que avençou, o pedido de resolução descrito na exordial é totalmente improcedente”.²¹

Da mesma forma, a 25ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no julgamento da Apelação Cível nº 0066013-17.2016.8.19.0001, ressaltou que, se o promitente vendedor não pode desistir da compra e venda, tampouco o promitente comprador poderá fazê-lo. Segundo este acórdão, entender de forma diversa consagraria uma manifesta desproporção entre os poderes das partes do contrato, pois o promitente comprador poderia desistir a seu talante, mas, se a contraparte assim o desejasse, ficaria sujeita à adjudicação compulsória do imóvel.²²

Verifica-se, assim, que começam a surgir nos Tribunais Estaduais, ainda que timidamente, alguns julgados no sentido da impossibilidade de rescisão do contrato por iniciativa do promitente-comprador, quando não demonstrada

20. BINATELLI, Circe. “Brasil destoa de outros países ao permitir distrato de imóveis”, Estadão, 03/02/2017. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,brasil-destoa-de-outros-paises-ao-permitir-distrato-de-imoveis-mostra-estudo,70001652039>

21. Apelação Cível nº 1.478.559-0, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do PR, Relator: Ramon de Medeiros Nogueira, Julgado em 04/04/2017

22. Apelação Cível nº 0066013-17.2016.8.19.0001, Vigésima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RJ, Relator: Luiz Fernando de Andrade Pinto, Julgado em 04/10/2017

uma situação excepcional, que tenha interferido na sua situação financeira ou nas bases contratuais, entendimento esse que, ao nosso ver, melhor se coaduna com o conceito do contrato de incorporação imobiliária, e com os princípios da boa-fé e da função social do contrato.

Considerações finais

O tema dos distratos no âmbito da incorporação imobiliária está sendo muito debatido entre os juristas, Tribunais, Congresso Nacional, e entre os órgãos de classe. Isso porque, com a crise econômica, o número de demandas em que se discute essa questão aumentou de forma exponencial no Poder Judiciário, e impactou no mercado e no caixa das incorporadoras.

O que se percebe na prática forense é que, atualmente, basta que o promitente-comprador ajuíze demanda postulando a rescisão do contrato, que tal pleito é acolhido pelo Poder Judiciário, sem maiores questionamentos acerca do motivo que o levou a postular o desfazimento do negócio, e se esse direito lhe é dado pelo Ordenamento Jurídico indistintamente. Essa situação, ao nosso ver, brotou de uma má interpretação, pelos Tribunais Estaduais, da Súmula nº 543 e dos precedentes advindos do Superior Tribunal de Justiça.

Como visto, a jurisprudência da Corte Superior sempre foi no sentido de que ao promitente-comprador somente é permitido a rescisão do negócio quando há comprovação de um fato superveniente que tenha alterado a sua situação econômica ou as bases contratuais. Todavia, de maneira equivocada ao nosso sentir, os Tribunais não têm mais realizado uma análise detida das provas constantes do processo acerca dos motivos que levaram o adquirente a postular a rescisão do negócio. O resultado, como dito, é que a grande maioria dos distratos é motivada por maus investimentos dos compradores, e não por uma alteração nas bases contratuais ou na situação financeira do adquirente.

E, se por um lado há interpretação falha por parte dos Tribunais Estaduais, há também certa omissão por parte do Superior Tribunal de Justiça no sentido de orientar os Tribunais locais, e de fazer valer a melhor interpretação de seus precedentes.

Essa situação não deve prevalecer. Com efeito, no âmbito da incorporação imobiliária, o incorporador conta principalmente com os recursos oriundos dos próprios adquirentes contratantes para a construção do empreendimento. Por conta disso, diz-se que o contrato de incorporação imobiliária tem caráter “associativo”, tendo em vista que a contribuição financeira de cada um dos adquirentes, ao longo da obra, é imperiosa para a construção do empreendimento. Nessa linha de raciocínio, a saída inesperada, e sem qualquer motivação plausível, de um dos promitentes-compradores da cadeia da incorporação acaba afetando uma coletividade de pessoas, sobretudo os demais adquirentes que estão adimplindo as suas obrigações contratuais.

O desfazimento do contrato, assim, pode até atender o interesse individual do promitente-comprador, mas pode ocasionar grandes dificuldades para a incorporação imobiliária como um todo, gerando consequências nefastas para a coletividade e para o sucesso do empreendimento. Portanto, nesse caso, deve haver a prevalência do direito social e coletivo sobre o interesse individual do adquirente. Do contrário, haverá ofensa à função econômica e social do contrato.

Conclui-se, portanto, que *a priori* deve prevalecer a regra da irrevogabilidade e irretratabilidade dos contratos, insculpida no art. 32, §2º, da Lei nº 4.591/1964. Assim, ao promitente-comprador, em princípio, não é dado o direito de pedir a rescisão do contrato, o que somente deve ser admitido em situação excepcional, quando houver comprovação, nos autos, da impossibilidade material de prosseguir os pagamentos, e mediante indenização das perdas e danos sofridas pelo promitente-vendedor.

Registra-se, por fim, que a solução da celeuma passa por um reolhar da matéria dos distratos, considerando o direito social e coletivo dos partícipes da incorporação imobiliária, e a função social do contrato, em detrimento do direito individual do promitente-comprador. Para tanto, deverá ocorrer uma nova interpretação da jurisprudência, resgatando-se os primeiros precedentes do Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto, a exemplo dos acórdãos de relatoria do ilustre Ministro Ruy Rosado de Aguiar, e quiçá novos dispositivos legais que regulamentem a questão.