



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

ARTUR PIRES FERNANDES

**O PERFIL ATUAL DO DISTRATO NA PROMESSA DE COMPRA E VENDA
IMOBILIÁRIA**

**BRASÍLIA
2016**

ARTUR PIRES FERNANDES

**O PERFIL ATUAL DO DISTRATO NA PROMESSA DE COMPRA E VENDA
IMOBILIÁRIA**

Monografia apresentada como requisito
à obtenção do título de Bacharel em
Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB.
Orientador: Professor Doutor Frederico
Henrique Viegas de Lima.

**BRASÍLIA
2016**

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Nome: FERNANDES, Artur Pires.

Título: O perfil atual do distrato na promessa de compra e venda imobiliária.

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.

Data da defesa: ___ / ___ / _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Frederico Henrique Viegas de Lima
Orientador

Professor Doutor Guilherme Fernandes Neto
Membro da Banca Examinadora

Professor Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira – Presidente da Comissão Especial de Direito Imobiliário do Conselho Federal da OAB
Membro da Banca Examinadora

Professora Doutora Suzana Borges Viegas de Lima
Membro da Banca Examinadora

À minha família, amigos e professores.

Credito tudo que sou a eles.

AGRADECIMENTOS

Acredito que a vida seja dividida em etapas e que cada uma é extremamente determinante para alcançar a seguinte, como se todas as conquistas fossem consequências das anteriores.

Deste modo, entendo que a conclusão deste trabalho, encerrando uma experiência única na Universidade de Brasília, e o conseqüente começo da minha carreira como advogado são frutos de vários obstáculos vencidos, sempre com a ajuda de pessoas incríveis. Assim, importante registrar meus agradecimentos àqueles que foram essenciais nessa conquista.

Primeiramente, talvez como um dos clichês mais justos e sinceros, agradeço meus pais pelos inúmeros ensinamentos. Tenho em seus exemplos um norte para levar a vida. Seu apoio incondicional sempre me deu forças para buscar meus sonhos. Ressalto ainda a contribuição decisiva da minha mãe para a conclusão do presente trabalho.

Agradeço meu avô pelo carinho e amizade. Ouvir suas histórias provavelmente está entre as coisas que eu mais gosto de fazer. Aprendo muito com ele todos os dias, impossível dar um nó em gravata sem lembrar das várias tentativas frustradas de ensino.

Meu irmão também merece um destaque especial nessa conquista. Impossível dizer quais dos meus gostos não foram sua influência. Suas palestras, como eu gosto de brincar, com certeza são as melhores horas complementares da minha vida.

Agradeço aos meus amigos por todos os momentos juntos, das conversas mais tolas às profundas reflexões. Dizem que os amigos são a família que a gente escolhe, de fato sou muito feliz por tê-los por perto.

Menciono em especial a minha melhor amiga, Ana Carolina Fialho Scandiuzzi, pelo companheirismo e cumplicidade. Além de muito me ensinar, está sempre me incentivando a buscar novas conquistas.

Necessário lembrar todos os amigos que me acompanharam nessa trajetória na Faculdade de Direito, em especial àqueles da Turma 101. Além de terem

garantido que esta etapa você mais fácil e divertida, são responsáveis por mudanças significativas na minha visão de mundo.

Agradeço toda a equipe do escritório Bicalho Mollica Mundim advogados, não só pelo enriquecedor convívio, mas principalmente por serem essenciais ao meu crescimento profissional.

Para finalizar, importante agradecer a todos os professores que me deram aula na Universidade de Brasília, seus ensinamentos foram decisivos para a minha formação. Em especial, ao professor Frederico Henrique Viegas de Lima, por ter sido o orientador do presente trabalho. Seu auxílio foi imprescindível para concluir com êxito esta importante etapa da minha vida.

“No llores porque se terminó, sonríe porque sucedió.”

Gabriel García Márquez

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar os prejuízos causados no mercado imobiliário pelo significativo aumento dos distratos nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis. Potencializados pela crise econômica e pelas decisões judiciais, muito desfavoráveis às empresas. Os tribunais têm sido tão benevolentes com aqueles que desistem do negócio que, muitas vezes, a retenção do que foi pago à empresa sequer cobre os gastos com a venda do imóvel. Apesar dessa situação prejudicar as empresas, os principais afetados são os consumidores que optam pela continuidade do contrato, pois correm um sério risco de não receberem seu imóvel, devido à alta possibilidade de paralisação da obra, ou até mesmo abandono por parte da empresa. Considerando a relevância do tema para o mercado imobiliário, está em trâmite o Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015 que busca regulamentar os distratos. Na mesma linha, foi assinado no Rio de Janeiro, um pacto entre representantes do governo federal, órgãos de defesa do consumidor e entidades do mercado imobiliário.

Palavras-Chave: mercado imobiliário, distratos nas promessas de compra e venda de imóveis, Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015, pacto.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to show the damage caused in the real estate market by the significant increase of dissolutions in real estate purchase promissory agreement. Exacerbated by the economic crisis and the judicial decisions, very unfavorable to companies. The courts have been so benevolent to those who give up the agreement that, the retention of what was paid to the company, not even cover the expenses with the sale of the property. Despite this situation affect the companies, the consumers who choose to continue in business are the most vulnerable, because they are in risk of not receive their property due to the high possibility of stoppage of the enterprise, or even abandonment by the company. Considering the relevance of the theme for the real estate market, is pending the Project Senate Bill nº 774, 2015 which seeks to regulate the dissolutions. In the same vein, it was signed in Rio de Janeiro, a pact between representatives of the federal government, consumer protection agencies and entities of the real estate market.

Palavras-Chave: real estate market; dissolutions in real estate purchase promissory agreement; Project Senate Bill nº 774, 2015; pact.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS	14
2.1 Extinção normal dos contratos	15
2.2 Extinção por fatos anteriores à celebração	15
2.3 Extinção por fatos posteriores à celebração	18
2.4 Extinção por morte do contratante	23
3 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA	23
3.1 Contrato de compra e venda	23
3.2 Contrato de promessa de compra e venda	26
4 OS DISTRATOS NA PROMESSA DE COMPRA E VENDA	31
4.1 Decisões do Judiciário sobre as cláusulas de distrato.....	33
5 IMPACTOS NEGATIVOS DOS DISTRATOS NO MERCADO IMOBILIÁRIO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	39
5.1 Análise do Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015	44
5.2 Análise do “Pacto para aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadores e consumidores”	46
6 CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS.....	56

INTRODUÇÃO

Os distratos na promessa de compra e venda de imóveis aumentaram significativamente nos últimos anos, agravando ainda mais a crise no mercado imobiliário e sobrecarregando os tribunais com demandas sobre o tema. O presente trabalho busca justamente demonstrar as consequências dessas desistências e quais as possíveis soluções para essa delicada questão.

Primeiramente, por se tratar de um desfazimento contratual, é necessário um estudo sobre as diversas formas de extinção contratual. Assim, será possível observar quais são as regras que regem a extinção de um contrato de promessa de compra e venda imobiliária, suas consequências jurídicas e as obrigações atribuídas àqueles que não cumprem o contrato.

Seguindo no estudo, é imprescindível destacar as particularidades de um contrato de promessa de compra e venda. As características que fizeram deste tipo de contrato um sucesso no direito imobiliário. Demonstrar quais as vantagens desta modalidade, os direitos e as obrigações das partes e como se deu sua evolução ao longo dos anos.

Entender porque está ocorrendo um aumento expressivo de desfazimentos destes contratos nos últimos anos e qual a relevância da crise econômica e da interferência do judiciário nas cláusulas resolutivas para esse significativo aumento.

Neste sentido, é necessário analisar as decisões judiciais relativas ao tema ao longo dos anos, observar o comportamento dos tribunais e em que se baseiam seu entendimento, além da influência do Código de Defesa do Consumidor nessas decisões.

O desequilíbrio no mercado imobiliário causado por essa nova jurisprudência formada, tem agravado ainda mais a crise no setor. As empresas que já se viam fragilizadas estão tendo mais dificuldade de se manter no setor, o número de empreendimentos caiu significativamente, levando muitas pessoas ao desemprego e empresas à falência.

Importante perceber que o posicionamento dos tribunais vem prejudicando não só as empresas, mas principalmente os consumidores que optam por permanecer no empreendimento. Os riscos de atraso na entrega da obra ou simplesmente de paralisação aumentaram muito, deixando muitos consumidores inseguros quanto ao cumprimento contratual por parte da empresa.

Por ser um tema de extrema relevância e que não está disciplinado em lei, agentes do mercado tem buscado uma solução para dar fim a essa insegurança jurídica.

O presente trabalho analisará as duas principais propostas para regulamentar os distratos na promessa de compra e venda imobiliária. Primeiramente, será considerado o Projeto de Lei nº 774, de 2015¹, de autoria do senador Romero Jucá, e na sequência, o pacto para o aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadores e consumidores, assinado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre representantes do governo federal, órgãos de defesa do consumidor e entidades do mercado imobiliário. Este acordo busca um consenso entre construtoras, consumidores e Judiciário.

A verdade é que a situação está insustentável. A jurisprudência criada deve ser revista sob uma nova ótica, desta vez visando à preservação do empreendimento e dos consumidores que nele permaneceram.

¹ Acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis.

1 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

O distrato é uma das várias formas de extinguir um contrato antes que ele cumpra sua finalidade. O termo tem sido utilizado de maneira equivocada no mercado imobiliário para se referir a qualquer uma das várias formas de extinção contratual.

A única maneira de se estudar o tema é primeiramente diferenciando as principais formas de extinção contratual existentes no nosso ordenamento jurídico.

O contrato, seguindo também a lógica de todos os negócios jurídicos, se inicia pela vontade das partes e acaba com o cumprimento das obrigações. Em geral esta é a regra, sendo classificada como forma normal de extinção do contrato.

Como mencionam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, ao se celebrar um contrato, se espera que este seja extinto apenas quando todas as obrigações forem cumpridas

Conseqüentemente, o que se espera pelo curso normal dos fatos é que o contrato alcance o seu término pela execução das obrigações nele consubstanciadas, assim como os deveres anexos emanados da boa-fé objetiva. Atingindo o objetivo para o qual foi concebido, alcançará o contrato o seu ocaso. A relação obrigacional é essencialmente transitória e desaparecerá logo que o devedor cumpra a sua prestação, sendo o contrato unilateral, ou quando ambas as partes cumprirem as suas obrigações no contrato bilateral.²

Acontece que nem sempre os contratos se extinguem no momento que lhe era esperado. Uma série de fatores podem levar ao não cumprimento do contrato, cabendo ao direito a função de solucionar os problemas gerados em razão desta extinção precoce. Na realidade, o direito contratual só é de fato importante nos casos em que os contratos não seguem seu fluxo normal, afinal se tudo correr como esperado, o direito contratual pouco seria necessário.

Assim, para facilitar o estudo, a extinção contratual foi dividida em quatro formas principais: extinção normal do contrato; extinção por fatos anteriores à celebração; extinção por fatos posteriores à celebração e a extinção por morte.

² FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil 4 contratos teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 517.

2.1 Extinção normal dos contratos

A extinção normal dos contratos, como a própria classificação sugere, é a maneira natural. Ocorre quando as obrigações são cumpridas, não havendo mais nada a ser feito por nenhuma das partes, o contrato termina como lhe era previsto.

Assim, o contrato é extinto por um fato superveniente que seria o adimplemento. As partes ao cumprirem com suas obrigações contratuais, concretizam a eficácia do negócio jurídico, sendo a sua extinção apenas uma consequência lógica.

Como já mencionado, o direito contratual tem um enfoque muito maior nos demais casos de extinção, justamente porque a extinção normal dos contratos nada mais é do que o resultado do adimplemento contratual.

2.2 Extinção por fatos anteriores à celebração

Existem vários requisitos que devem ser observados para a celebração de um contrato. Muitos contratos podem apresentar vícios anteriores a sua celebração, nestas hipóteses o negócio jurídico pode ser extinto. Os artigos 166³, 167⁴ e 171⁵ do Código Civil trazem as hipóteses nas quais o negócio jurídico será nulo ou anulável.

Entretanto, muitos juristas entendem que nestes casos os contratos são inexistentes, isto porque lhes faltam os pré-requisitos básicos para a sua formação. Assim, um contrato celebrado por pessoa absolutamente incapaz, é um ato inexistente, sem efeitos no mundo jurídico. Vale frisar que este posicionamento difere do pensamento majoritário da doutrina, para eles o ato seria nulo e não inexistente. Álvaro Azevedo por exemplo, corrobora com a tese da inexistência do

³ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁴ Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma. § 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando: I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem; II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira; III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados. § 2º Ressalvam-se os direitos de terceiros de boa-fé em face dos contraentes do negócio jurídico simulado.

⁵ Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

ato: "A inexistência do contrato ocorrerá quando faltar qualquer um dos seus elementos essenciais, como, por exemplo, a vontade dos contratantes".⁶

Entretanto para se aproximar as duas doutrinas, é facilmente perceptível que a ideia de nulidade absoluta substitui a de inexistência. Além disso o Código Civil não faz menção a nenhum plano da existência contratual. Até porque muitos juristas defendem que um ato considerado inexistente deve ser afastado, causando uma certa contradição. Afinal, não tem sentido algum afastar um ato se este é inexistente, caso ele seja considerado nulo, faz todo sentido.

Assim, pelos motivos trazidos e seguindo uma interpretação mais próxima do Código Civil, a teoria das nulidades é a mais aceita. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald explicam bem a aplicação dessa teoria no nosso ordenamento jurídico

“O Código Civil de 2002 adota o sistema binário do BGB. A invalidade é um gênero que comporta duas espécies: nulidade e anulabilidade. A gradação oscilará conforme a intensidade da infração à norma. A nulidade é uma invalidade mais grave, pois se trata de sanção a uma ofensa à norma cogente, de ordem pública. A seu turno, a anulabilidade é sanção do sistema jurídico a uma violação à norma dispositiva, afetando interesses particulares.⁷

Nessa linha, o Código Civil elenca as hipóteses de nulidade contratual. A primeira delas, já mencionada, é a que diz respeito do contrato celebrado por menor de 16 (dezesesseis) anos. Na sequência, conforme entendimento do art. 166, II, do CC, será nulo negócio jurídico quando o objeto for ilícito, impossível ou indeterminável. Por força do inciso seguinte (art. 166, III, do CC) também será nulo contrato celebrado quando o motivo seja ilícito.

Alguns contratos requerem uma forma prescrita em lei, bem como uma solenidade. O descumprimento destes requisitos enseja na nulidade dos contratos, redação do artigo 166, IV e V, do CC.

O texto do art. 166, VI, do CC traz uma redação parecida com o art. 166, II, do CC. A fraude e o objeto ilícito, juridicamente falando, são muito parecidos. Assim, o legislador ao colocar dois incisos semelhantes apenas destaca seu posicionamento na nulidade em questão.

⁶ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002. p. 110.

⁷ FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 522.

Fechando o art. 166, VI, do CC aduz que alguns contratos serão considerados nulos por força de lei. Nestas hipóteses, as leis devem ser taxativas, seja declarando o negócio jurídico nulo ou proibindo a prática.

Outra hipótese de nulidade e que depois de muitos anos sendo debatida, foi positivada pelo Código Civil de 2002 é a de contratos simulados, aqueles cuja finalidade diverge do mencionado pelas partes. Vale ressaltar que os terceiros de boa-fé não serão afetados pela nulidade. De qualquer maneira só será considerado nulo o que foi de fato simulado, o que se dissimulou será válido, atendendo ao princípio da conservação contratual. Neste sentido cabe o entendimento de Orlando Gomes

na simulação relativa há dois contratos: um aparente e outro real que é escondido do terceiro. O contrato verdadeiro que diverge, no seu conteúdo, do contrato aparente, é, como diz Messineo, a verdadeira meta das partes. De regra, o contrato dissimulado se formaliza num instrumento de ressalva.⁸

Outra forma de gerar extinção do negócio jurídico por fatos anteriores à celebração é a anulabilidade do contrato. O Código Civil traz em seu art. 171 as hipóteses de anulação do negócio jurídico. Assim, será anulável contrato celebrado por pessoa relativamente incapaz, art. 171, I, do CC, bem como quando presentes os vícios do negócio jurídico dispostos no art. 171, II, do CC, erro, dolo, coação moral, lesão, estado de perigo e fraude contra credores. Para finalizar, o caput do art. 171 também dispõe que serão anulados todos os casos em que houver lei expressa.

Existe uma forma de extinção que difere da teoria das nulidades, mas que ainda é decorrente de fatos anteriores a celebração do contrato. Seriam as chamadas cláusulas resolutivas ou cláusulas de arrependimento, ambas as formas decorrem da autonomia das partes e da previsão contratual. As partes têm o direito de se arrepender, consignando, já se prevenindo, em contrato como ocorrerá.

Estas cláusulas eram muito comuns em contratos de promessa de compra e venda de um imóvel por exemplo, isto porque como o objeto só será entregue em momento futuro, as partes muitas vezes já buscam mecanismos de extinguir o contrato caso venha a ser mais benéfico ou até mesmo necessário. Hoje em dia, a

⁸ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 428.

grande maioria das promessas de compra e venda de imóveis são celebradas em caráter irrevogável e irretratável, mas isso será melhor abordado adiante.

Na maioria dos casos, as cláusulas de arrependimento são cominadas com uma multa em razão do desfazimento do negócio, o entendimento aqui é bem simples, uma das partes irá pagar a outra pela por querer a extinção do contrato antes do acordado.

Assim, estes são os três casos de extinção do contrato por fatos anteriores à celebração, causas de nulidade, anulação e cláusulas resolutivas.

2.3 Extinção por fatos posteriores à celebração

Os contratos também podem ser extintos por fatos posteriores ou supervenientes à sua celebração. Nestas hipóteses, quando uma das partes tenha sofrido prejuízo, dá-se o nome de rescisão contratual. A rescisão por sua vez pode ser dividida em duas classificações, sendo a resolução quando ocorre um descumprimento contratual e a resilição por vontade bilateral em regra e unilateral quando reconhecida por um direito potestativo.

Antigamente, alguns doutrinadores entendiam que a rescisão era semelhante a teoria das nulidades, essa ideia está ultrapassada como bem exposto por Flávio Tartuce:

Com o devido respeito, está superada a ideia de que o termo rescisão seria sinônimo de invalidade (nulo e anulável), como afirmavam Caio Mário da Silva Pereira e Orlando Gomes, entre os civilistas clássicos. O próprio Código Civil em vigor parece adotar a visão no sentido de ser a rescisão gênero das espécies resolução e resilição.⁹

As principais formas de resolução contratual são: a inexecução voluntária; a inexecução involuntária; a cláusula resolutiva tácita; e a resolução por onerosidade excessiva.

Como o nome já sugere, na inexecução voluntária o não cumprimento do contrato se faz por culpa ou dolo do devedor. Este deverá arcar com perdas e danos sofridos pela outra parte, seja danos morais, lucros cessantes, danos emergenciais

⁹ TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 257.

e demais danos. Afinal as consequências sofridas pelo contratante de boa-fé só ocorreram em razão do devedor, sendo mais que justa a responsabilização deste.

Para melhor ilustrar essa forma de resolução, vale ressaltar a redação do art. 475 do CC.¹⁰ Em tese para que o devedor se responsabilize em arcar com perdas e danos, deverá ser provado que este agiu com dolo ou culpa. Entretanto, nestes casos a doutrina entende que deve ocorrer a inversão do ônus da prova em benefício do credor, isto é, caberá ao devedor, quando não cumprir sua obrigação contratual, demonstrar que não a fez por culpa ou dolo.

O direito contratual sempre busca a preservação do contrato, vale destacar os princípios da função social do contrato e da manutenção do negócio jurídico. Assim, não será aplicada a resolução em contrato que tenham sido praticamente todo adimplido, tentará buscar a manutenção do negócio e o adimplemento substancial do contrato, conforme entendimento de Eduardo Bussata

a teoria do adimplemento substancial corresponde a limitação ao direito formativo do contratante não inadimplente à resolução, limite que este que se oferece quando o incumprimento é de somenos gravidade, não chegando a retirar a utilidade e função da contratação.¹¹

Os negócios jurídicos devem buscar seu objetivo final até a última oportunidade, até porque a resolução nunca é a vontade inicial das partes. A dificuldade do Judiciário nesses casos tem sido em saber quanto seria o valor para determinar que tal contrato teria sido substancialmente adimplido, e quanto não, quais critérios deveriam ser adotados? Seriam critérios matemáticos, de porcentagem e quantitativos, ou critérios qualitativos, buscando analisar se a relação obrigacional teria sido substancialmente adimplida.

A crítica aqui é no sentido de que as vezes um contrato que tenha sido 90% (noventa por cento) adimplido em tese não tenha sido qualitativamente adimplido como um que tenha sido 70% (setenta por cento) cumprido, cada caso vai necessitar de análises mais específicas para se ter uma decisão mais correta. Anderson Schreiber expõe muito bem isso:

¹⁰ 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.

¹¹ BUSSATA, Eduardo. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 83.

Pior que a disparidade entre decisões proferidas com base em situações fáticas semelhantes - notadamente, aquelas em que há cumprimento quantitativo de 60 a 70% do contrato -, o que espanta é a ausência de uma análise qualitativa, imprescindível para saber se o cumprimento não integral ou imperfeito alcançou ou não a função que seria desempenhada pela relação obrigacional em concreto. Em outras palavras, urge reconhecer que não há um parâmetro numérico fixo que possa servir de divisor de águas entre o adimplemento substancial ou o inadimplemento *tout court*, passando a aferição de substancialidade por outros fatores que escapam ao mero cálculo percentual.¹²

Desta forma a jurisprudência brasileira passou a analisar os casos de adimplemento substancial levando em conta estes dois fatores, quantitativo e qualitativo.

Outra maneira de se resolver o contrato é por inexecução involuntária, isto é, quando o devedor não tem culpa no inadimplemento contratual. São os casos de força maior ou caso fortuito, nos quais a parte nada pôde fazer para cumprir com sua obrigação.

A doutrina entende que nestes casos não se pode condenar o devedor em perdas e danos, devendo o contrato ser resolvido, buscando-se o *status quo*.

Entretanto o Código Civil de 2002 prevê alguns casos nos quais haverá responsabilidade do devedor, isto porque se entende que a depender da conduta do devedor o dano só ocorreu por ele estar em mora (art. 399 do CC¹³), também existem cláusulas que preveem a responsabilização do devedor mesmo nesses casos (art. 393 do CC¹⁴) e existem hipóteses em que há lei específica (art. 583 do CC¹⁵).

A cláusula resolutiva tácita é considerada uma das formas de resolução. Ela depende de interferência judicial e por isso não pode ser considerado extinção por efeitos anteriores à celebração do contrato.

¹² SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. Direito contratual. Temas atuais.** São Paulo: Método, 2008. p. 140.

¹³ Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.

¹⁴ Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.

¹⁵ Art. 583. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.

A doutrina sempre buscando proteger o contratante de boa-fé tem entendido ser possível a quebra antecipada do contrato quando uma das partes demonstrar que não irá cumprir com sua obrigação e que isso ocasionará em dano ao contratante. Entretanto pelo princípio da manutenção do negócio jurídico, a parte deverá buscar outros meios antes da quebra do contrato, como garantias ou formas alternativas de cumprimento se possível, caso sejam infrutíferas, poderá requerer a resolução do contrato.

Outra forma de resolução do negócio é aquela que ocorre em razão de fatores imprevisíveis e extraordinários que venham a causar uma onerosidade excessiva para uma das partes, conforme entendimento do art. 478 do CC¹⁶.

Na prática o dispositivo acima é pouco acolhido pelos tribunais, na maioria dos casos entende-se que os acontecimentos não eram imprevisíveis ou extraordinários e que o contratante poderia sim, ter se prevenido.

Assim, a doutrina avançou no entendimento deste artigo no sentido de interpretar não somente aos fatos que geram o desequilíbrio, mas principalmente na consequência deles. Isto porque na maioria das vezes o contratante pode prever determinadas situações, a dificuldade esta em prever suas consequências.

Importante sempre lembrar o princípio da conservação dos negócios jurídicos que preza o direito contratual, sendo a resolução a última escolha pelo contratante, devendo primeiro tentar pelo menos, uma revisão judicial.

Existe também outra possibilidade de resolução, relativa aqueles contratos que não conseguirão cumprir com a sua finalidade, isto é, aqueles cujo o motivo da contratação foi frustrado, diz-se da resolução pela frustração do fim do contrato.

Marcos Jorge Catalan entende que

na medida em que a parte, por fatos alheios a sua esfera de atuação, teve sua pretensão fática frustrada, não se pode sustentar que a mesma seja obrigada a fielmente observar o *pacta sunt servanda*, sendo lícito à mesma resolver o negócio jurídico ante o natural e inesperado desaparecimento da causa do negócio.¹⁷

¹⁶ Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹⁷ CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 196.

Este entendimento segue a linha do princípio da função social do contrato, com a perda do objetivo final do contrato, não há como sustentar a sua manutenção, pois iria de encontro a vontade das partes. Afinal, se alguém contrata um serviço visando algo que não irá mais acontecer, é claro que este contrato não transmite mais a vontade deste contratante, por isso a doutrina entende ser cabível a resolução do mesmo.

Seguindo ainda na linha da extinção por fatos posteriores à celebração do contrato, existe a modalidade conhecida como resilição que acontecerá por vontade de ambas as partes ou unilateralmente.

No caso em que as partes decidem extinguir o contrato celebrado anteriormente em comum acordo, dá-se o nome de distrato ou resilição bilateral. O art. 472 do CC¹⁸ versa sobre esta forma.

Assim, conforme o dispositivo legal, o distrato ocorre na forma exigida pelo contrato que lhe deu causa. A inobservância desse artigo causará nulidade absoluta, por força do artigo 166, IV e V, do CC, já mencionados.

Neste entendimento, importante salientar que não é a forma do contrato originário que indicará a forma que deverá ser seguida pelo distrato, e sim, a forma exigida pela lei do contrato originário. Esta observação é relevante porque muitas vezes os contratantes utilizam formas diversas visando se resguardarem, mas a forma do distrato não precisará seguir a forma contratada, e sim, a prevista em lei.

Já a resilição unilateral, é aquela cuja extinção do contrato ocorre por vontade de uma das partes, conforme se verifica no art. 473 do CC¹⁹.

Verifica-se um direito potestativo de uma das partes, com a possibilidade da extinção contratual desde que prevista em lei.

Os contratos que em regra permitem a resilição unilateral são os por prazo indeterminado, a parte transcorrido um período razoável, faz jus ao direito de se desobrigar, por meio da resilição unilateral.

¹⁸ Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.

¹⁹ Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

2.4 Extinção por morte do contratante

Finalizando as formas de extinções contratuais, importante ressaltar que a morte de uma das partes pode dar causa ao fim do negócio jurídico. Entretanto isto só ocorrerá quando forem contratos de obrigação personalíssima, ou seja, cuja obrigação somente poderá ser satisfeita pelo devedor, em virtude de suas características e singularidades. Assim, nessas situações, com a morte do contratante, os contratos se extinguem.

Entretanto, de maneira geral, a obrigação contraída com a celebração do contrato passa para os sucessores. “No direito contratual, não se prestigia a regra *mors omnia solvit*, pois a posição jurídica da parte até a abertura da sucessão será transmitida aos herdeiros do *de cuius...*”.²⁰

2 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA E DO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA

O contrato de promessa de compra e venda surgiu a partir do contrato de compra e venda. Este é muito mais antigo e vários de seus princípios podem ser observados na promessa de compra e venda. Para se analisar melhor o caso dos “distratos” nos contratos de promessa de compra e venda no mercado imobiliário, primeiramente é importante observar algumas particularidades desses contratos.

3.1 Contrato de compra e venda

O contrato de compra e venda é muito antigo e tem como seu marco de criação o surgimento da moeda. Antigamente o escambo dominava as relações contratuais entre as pessoas, mas com o tempo passou a se trocar coisa por dinheiro, em vez de coisa por coisa.

De maneira simples, o contrato de compra e venda é um negócio jurídico celebrado quando um indivíduo quer comprar algo e outro quer vender. As duas partes se obrigam, uma a entregar a coisa e a outra a pagar para obtê-la. Importante notar que sua mera celebração não gera a transmissão da propriedade, uma vez

²⁰ FARIAS e ROSENVALD, op. cit., p. 571.

que ficam as partes obrigadas a cumprir o contrato para que isso de fato venha a ocorrer.

No direito civil brasileiro, os bens móveis se transferem pela simples entrega da coisa, já os bens imóveis dependem de registro do contrato no Cartório de Registro Imobiliário. A responsabilidade do vendedor na compra e venda é de transmitir a propriedade, entende-se como um contrato translativo, isto porque terá efeitos conforme a hipótese do contrato, seja pela tradição ou pelo registro.

Os elementos essenciais no contrato de compra e venda são as partes, coisa e o preço.

No que se refere as partes, isto é, comprador e vendedor, estas devem ser capazes de acordo com os art. 3²¹ e 4²² do CC, caso contrário o contrato será nulo ou poderá ser anulado, sendo, como já abordado, hipóteses de extinção do contrato por causa anterior.

Ademais, em se tratando de bens imóveis, caso o vendedor seja casado em regime de bens diverso ao da separação absoluta, se faz necessário a outorga do cônjuge, sob pena de anulação, conforme entendimento do art. 1.647, I, do CC²³.

Quando ocorrer qualquer vício de vontade na celebração do contrato de compra e venda, como já exposto e por força do entendimento do artigo 171, II, do CC, o contrato é anulável. Assim, como qualquer contrato, as partes devem fazê-lo com liberdade e espontaneidade.

No que diz respeito a coisa, esta deve ser lícita, ou em outras palavras, permitida; determinada ou determinável, ou seja, devendo ser conhecida pelas partes no momento da celebração do contrato, ou pelo menos possa vir a ser determinada.

Existe a possibilidade de compra e venda de coisa futura, prevista no artigo 483 do CC²⁴. Assim, como trazido no artigo acima, se a coisa futura não existir, o contrato será ineficaz. Ainda no mesmo entendimento, pelo princípio da boa-fé

²¹ Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

²² Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico; III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

²³ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta: I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

²⁴ Art. 483. A compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura. Neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório.

objetiva, a doutrina majoritária orienta que o vendedor tenha a coisa a disposição, caso contrário será entendido que este tentou transmitir coisa inexistente ou que não lhe pertence. "A propósito, pontue-se que a venda *a non domino*, por aquele que não é o dono, é hipótese de ineficiência do contrato, e não de sua inexistência ou invalidade."²⁵

Assim, entende-se que quando um indivíduo vende algo que não lhe pertence, essa venda é ineficaz, porém é existente e válida.

A doutrina majoritária defende que a venda de coisa alheia é perfeitamente legítima, sendo que o comprador obterá a coisa por tradição e o vendedor assumirá a obrigação de adquiri-la. Na hipótese de não conseguir obter a coisa, o vendedor assumirá a obrigação de indenizar o comprador em perdas e danos, ficando o real proprietário com o direito da reivindicação da coisa. Orlando Gomes tem um interessante posicionamento sobre o tema:

"Parece absurda a *venda de coisa alheia*, pois, intuitivamente, a coisa vendida deve pertencer ao vendedor. Uma vez, porém, que pelo contrato, o vendedor se obriga, tão-só, a transferir a propriedade da coisa, nada obsta que efetue a venda de bem que ainda não lhe pertence; se consegue adquiri-lo para fazer a entrega prometida, cumprirá especificamente a obrigação; caso contrário, a venda resolve-se em perdas e danos. A venda de coisa alheia não é nula, nem anulável, mas simplesmente ineficaz."²⁶

Para finalizar os requisitos de legalidade das coisas, estas devem ser alienáveis. Sendo considerada nula a venda de bens inalienáveis.

No que se refere ao preço, este deve ser em moeda nacional, certo e determinado. Existe a possibilidade de ser em moeda estrangeira, nos casos de compra e venda internacional, se não for o caso, será declarada a nulidade absoluta do contrato. Entretanto, o contrato pode ter seu preço variando de acordo com a cotação de alguma moeda estrangeira ou o ouro, mas no fim será em Real.

Em regra, o preço é estipulado pelas partes contratantes, mas é muito comum que seja feito por um terceiro especialista quando a valoração for mais difícil. Na compra e venda de um bem imóvel por exemplo, é usual que uma imobiliária ou um perito o avalie, arbitrando seu valor.

²⁵ TARTUCE, op. cit., p. 257.

²⁶ GOMES, op.cit, p. 228.

Quando as partes celebrarem um contrato de compra e venda e não fixarem o preço, este será aquele das vendas habituais do vendedor, na ausência de tabelamento oficial, isto é o que traz o artigo 488 do CC²⁷.

Diante deste artigo, importante ressaltar mais uma vez que não existe contrato de compra e venda sem preço, no caso, o preço usado, será aquele usado habitualmente pelo vendedor. Vejamos o entendimento de Paulo Lobo:

não há compra e venda sem preço, pois o comando legal em questão menciona que, se não houver preço inicialmente fixado, deverá ser aplicado o preço previsto em tabelamento oficial; ou, ausente este, o preço de costume adotado pelo vendedor. Ademais, na falta de acordo, deverá ser adotado o *termo médio*, a ser fixado pelo juiz.²⁸

Para finalizar, são nulos os contratos nos quais a fixação do preço é facultada por apenas uma das partes, conforme art. 489 do CC²⁹.

Demonstrados os principais conceitos e elementos do contrato de compra e venda, vamos abordar agora as particularidades da promessa de compra e venda já com enfoque no mercado imobiliário.

3.2 Contrato de promessa de compra e venda

Primeiramente, devemos ter a ideia de que o contrato de promessa de compra e venda nada mais é do que um contrato preliminar, seu objeto é, na realidade, um contrato futuro, o qual de fato concretizará a compra.

Desta maneira, antes de celebrar um contrato, é comum, principalmente na compra e venda imobiliária, celebrar um contrato de promessa de compra e venda. Nele serão discutidas algumas coisas, por exemplo a forma de pagamento. O mais importante é perceber a diferença entre esses dois contratos, e seus objetos. No contrato preliminar o objeto é o contrato principal, que por sua vez, tem como objeto a real vontade das partes. Vejamos o entendimento de Altino Portugal sobre o tema em questão:

²⁷ Art. 488. Convencionada a venda sem fixação de preço ou de critérios para a sua determinação, se não houver tabelamento oficial, entende-se que as partes se sujeitaram ao preço corrente nas vendas habituais do vendedor.

²⁸ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil anotado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 265.

²⁹ Art. 489. Nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço.

A promessa de compra e venda de imóveis é um contrato preliminar porque tem como objeto um futuro contrato. Destina-se às pessoas que, desejando realizar a compra e venda, todavia não podem fazê-lo, em dado momento, por motivos diversos, es destarte, se obrigam à sua realização, em data futura.³⁰

O contrato de promessa de compra e venda, embora tenha como objeto o contrato principal, é um contrato como outro qualquer, segue todos aqueles requisitos necessários mencionados anteriormente, sendo então um negócio jurídico completo.

Essa modalidade de contrato é muito comum na compra de imóveis, principalmente pelo alto valor do bem. Cada vez é mais comum no Brasil a compra de um imóvel na planta, sem nem sequer a obra do empreendimento ter ao menos começado.

A vantagem que este tipo de contrato proporciona é muito grande, tanto para o comprador quanto para a construtora. Além de não existir a necessidade de se ter todo o valor correspondente a obra, o que já era feito por meio de financiamento bancário, a construtora ao começar a vender as unidades na planta, pode reinvestir o capital na própria obra, permitindo com que ela seja concluída com menos custos.

Para o comprador as vantagens são inúmeras, mas como em qualquer compra de coisa futura, os preços tendem a ser mais baixos e se tem mais facilidade de parcelamento. Além disso, no caso dos imóveis, ao comprar um imóvel na planta é muito provável que ele tenha uma valorização significativa quando as chaves forem entregues. Esta valorização sempre foi tida como certa, no entanto, nos últimos anos devido à crise que assola o mercado imobiliário, esta situação não é mais uma garantia, muito pelo contrário.

Embora hoje a promessa de compra e venda seja muito utilizada, demorou muito para ela ser positivada no Direito Brasileiro. Por exemplo, o Código Civil de 1916 não abordou o tema, sendo que o primeiro diploma legal que emplacou a ideia de pagamento de imóvel a prestação foi o Decreto-Lei nº 58/1937, que dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações. Posteriormente, o Decreto-Lei nº 6.766/1979 atualizou a questão ao tratar sobre o parcelamento do solo urbano e matérias correlatas.

³⁰ PEREIRA, Altino Portugal Soares. **A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1997. p 21.

Com o passar dos anos, o tema foi sendo cada vez mais discutido, as doutrinas e jurisprudências indicavam para o lado de que a promessa de compra e venda seria, na realidade, um direito real. O Código Civil de 2002, apenas confirmou isso nos art. 1.417³¹ e 1.418³², passando a reconhecer positivamente a promessa de compra e venda como um direito real.

Os principais aspectos dessa modalidade contratual que fazem com que ela seja muito utilizada na compra de imóveis são as garantias que o promitente comprador tem em relação a propriedade, bem como uma série de direitos que as partes passam a ter após a celebração do contrato.

Assinada a promessa de compra e venda, o promitente comprador tem o direito de exigir do vendedor a outorga do título definitivo de aquisição do imóvel, ou seja, uma vez pagas as prestações pelo promitente comprador, o vendedor deverá disponibilizar a escritura definitiva de compra e venda.

Caso o promitente vendedor se mantiver inerte após o total adimplemento das parcelas do imóvel, poderá o promitente comprador ingressar com uma adjudicação compulsória, sendo pacífico o dever da outorga da escritura por parte do promitente vendedor. Esta é uma das seguranças proporcionadas pela modalidade que a tornaram muito utilizada. Vale trazer o entendimento de Ivanildo Figueiredo sobre o tema:

Para se constituir em direito real, oponível perante terceiros, assegurando adjudicação compulsória em favor do promissário comprador, a promessa de compra e venda deve ser celebrada em caráter irrevogável e irretratável, e devidamente registrada, na matrícula correspondente, no cartório de imóveis.³³

Vale ressaltar que o contrato de promessa compra e venda não segue a forma do contrato futuro, sendo em sua maioria celebrado por instrumento particular. Este é outro aspecto importante que ajuda a explicar porque este tipo de contrato é cada vez mais comum no meio imobiliário. Sabe-se que um contrato de compra e venda de um imóvel deve ser feito por escritura pública, além da formalidade, é mais

³¹ Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

³² Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

³³ FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. São Paulo: Atlas, 2010. p 21.

oneroso. Assim, não é de se estranhar que as partes optem por celebrar uma promessa de compra e venda, resguardam uma parcela significativa de seus direitos sobre o imóvel, para somente depois celebrar o contrato de compra e venda.

De qualquer maneira, as partes podem sentir a necessidade de celebrar a promessa de compra e venda por meio de escritura pública, dando ainda mais segurança ao negócio.

Normalmente a celebração desses contratos é feita de forma irrevogável e irrevogável, trazendo não só as seguranças já abordadas para o comprador, mas principalmente a segurança da venda pela construtora. Entretanto este é exatamente o tema central do presente trabalho e será melhor abordado adiante, por enquanto, apenas se faz observar que em regra esses contratos são celebrados dessa forma, e assim sendo, as partes assim como qualquer outro contrato devem cumpri-lo. Vejamos mais uma vez o posicionamento de Ivanildo Figueiredo

Uma vez firmada a promessa de compra e venda de imóvel, as partes ficam obrigadas a confirmar e consolidar, no futuro, o negócio jurídico, através da assinatura da escritura definitiva de compra e venda, quando a promessa houver sido celebrada em caráter irrevogável e irrevogável.³⁴

Os tribunais até pouco tempo tinham entendimento semelhante, inclusive o Supremo Tribunal Federal pacificou seu entendimento com a súmula 166³⁵, que versa justamente sobre a inadmissibilidade do arrependimento no contrato de promessa de compra e venda, a época positivado pelo Decreto-Lei nº 58/1937.

Como já observado, não há necessidade de realizar o registro da promessa de compra e venda, mas que por suas vantagens, vem sendo cada vez mais comum. Isto porque após o registro da promessa de compra e venda, o comprador passa a ter direito real de compra sobre o imóvel, desde que não tenha se pactuado cláusula de arrependimento. Este é o entendimento de Pablo Gagliano:

trata-se, pois, do direito real conferido ao promitente-comprador de um imóvel, em virtude de um contrato preliminar especial de compra e venda (compromisso de venda), firmado com o promitente-vendedor, sem cláusula de arrependimento, em instrumento público ou particular, e devidamente registrado no Cartório de Registro de Imobiliário.

³⁴ FIGUEIREDO, op. cit., p 21.

³⁵ Súmula 166: É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DI. 58, de 10.12.37.

Por isso, melhor seria colocá-lo em categoria própria, qual seja, de direito real à aquisição da coisa (ad rem), uma vez que não guarda a suficiente identidade com as duas outras categorias (gozo/fruição ou garantia) para o fim de encontra assento em qualquer delas.³⁶

Entretanto, vale frisar que esse direito à aquisição só se concretizará quando o comprador cumprir com suas obrigações, ou seja, o adimplemento das parcelas. Mais uma vez, destaca-se aqui a ideia de que a promessa de compra e venda, nada mais é do que um contrato preliminar que tem como objeto um contrato futuro.

Essa situação também traz uma enorme segurança ao vendedor, afinal se o direito real de propriedade se transferisse ao promitente comprador apenas com a celebração de um contrato de promessa de compra e venda, o número de inadimplência contratual aumentaria significativamente e o risco do negócio cairia todo sobre o promitente vendedor. Da maneira como é, ambas as partes adquirem deveres e obrigações.

Assim, o promitente comprador tem a obrigação de pagar as parcelas, ao mesmo tempo que o promitente vendedor promete não alienar aquele imóvel para mais ninguém, e após cumprida a obrigação do promitente comprador, o promitente vendedor tem a obrigação de lhe transferir o imóvel, assinando a escritura de compra e venda.

Na realidade o registro do contrato de promessa de compra e venda é muito bom não apenas para as partes imediatamente envolvidas. Uma vez que o registro é feito, caso o promitente vendedor decida alienar o imóvel para outra pessoa, o ato poderá ser considerado uma fraude e o negócio anulado. Vale ressaltar que a venda de imóvel “prometido” não é proibida, mas é presumida a má-fé do comprador.

Assim, os contratos de promessa de compra e venda, por todo o exposto, em regra são irrevogáveis, irretroatáveis e registrados em Cartório de Registro de Imóveis. Tudo isso para dar o máximo de segurança possível para as partes contratantes.

Entretanto, cada vez mais, os compradores não têm conseguido cumprir com suas obrigações, aumentando significativamente o número de desfazimentos de promessas de compra e venda.

³⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze. **Código Civil Comentado**, v. XIII. São Paulo: Atlas, 2010. p. 225.

Mais uma vez, importante ressaltar que o termo distrato, embora bastante comum no mercado imobiliário, é juridicamente equivocado, pois corresponde, na verdade, ao contrato extintivo de obrigações. Na mídia, o termo é utilizado de forma tecnicamente errada para designar qualquer desfazimento da venda de imóvel por inadimplemento (resolução) ou por iniciativa do adquirente (resilição unilateral).

3 OS DISTRATOS NA PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Como já demonstrado, o que é entendido apenas como “distrato” no mercado imobiliário, na realidade, são as formas de extinção contratual resolução ou resilição, já analisadas. Isto porque o distrato juridicamente falando, seria a resilição bilateral do contrato o que na quase totalidade das vezes não é o que acontece.

Provavelmente o termo tenha sido mais difundido na mídia e no mercado imobiliário pelo seu significado no dicionário do que seu entendimento jurídico. No dicionário Aurélio, sua definição é “ato de distratar; rescisão ou anulação de contrato”³⁷, o que faria todo sentido.

Entretanto, como já bem exposto, a modalidade de extinção contratual do distrato é aquela na qual as partes em comum acordo decidem pôr fim ao contrato celebrado. Vale a explicação de Flávio Tartuce:

Na classificação da resilição, o Código Civil em vigor consagra de forma expressa, no seu art. 472, a *resilição bilateral* ou *distrato*, que é feita mediante a celebração de um novo negócio em que ambas as partes resolvem, de comum acordo, pôr fim ao negócio anterior que firmaram.³⁸

Esta modalidade de extinção em regra não ocorre com os contratos de promessa de compra e venda de imóveis, vale lembrar o caráter irrevogável e irrevogável deste negócio jurídico.

Além disso, após ter a garantia de um comprador, a imobiliária somente por algum motivo muito raro optaria pelo desfazimento do negócio. Talvez o faça caso não consiga mais arcar com o custo da obra, entretanto nesta hipótese, o comprador dificilmente aceitaria apenas a devolução do dinheiro investido, afinal ele tinha uma

³⁷ FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000. p. 242.

³⁸ TARTUCE, op. cit., p. 271.

série de garantias decorrentes do contrato, como por exemplo o direito real de aquisição sobre do imóvel.

Apesar das várias possibilidades, dificilmente um contrato de promessa de compra e venda de imóvel será extinto por meio de um distrato, sempre uma das partes terá interesse em prosseguir com o contrato. Afinal esta é a natureza de um contrato irrevogável, irrevogável e de promessa de compra e venda de um bem de alto valor.

Em geral estes contratos são extintos por inadimplemento de alguma obrigação por alguma das partes, o que seria a hipótese de resolução; ou por iniciativa do comprador, o que seria o caso da rescisão unilateral.

Entretanto, para seguir a nomenclatura utilizada nas mídias e no mercado imobiliário, iremos usar o termo “distrato”, mas fica a ressalva para que não se confunda esse distrato com a espécie de extinção contratual (rescisão bilateral). O termo irá se referir a qualquer forma de extinção contratual de promessa de compra e venda de imóvel.

Como já demonstrado, é inegável que a promessa de compra e venda oferece uma série de benefícios tanto ao comprador quanto ao vendedor, seja preços menores, mais possibilidade de parcelamento, valorização do imóvel, melhores condições de financiamento, dentre outros. Acontece que cada vez mais o número de distratos vem aumentando significativamente, seja por inadimplemento da empresa ou do consumidor.

O principal motivo que leva a empresa ao não adimplemento da obrigação é o atraso na entrega da obra. Já por parte dos consumidores uma série de fatores tem feito com que o número de distratos tenha aumentado significativamente nos últimos anos. Primeiramente, com a retração economicamente vivida pelo país, muitas pessoas ficaram receosas ou até mesmo estão em condições bem piores da que estavam quando celebraram o contrato, tornando o adimplemento contratual praticamente impossível.

Outro fator determinante é o fato dos imóveis não estarem mais valorizando tanto quanto antes. Muitos consumidores compravam um imóvel na planta e com a valorização deste, mesmo que não conseguissem cumprir com a obrigação, acabava sendo um investimento, pois era possível vendê-lo a um terceiro e ainda lucrar com a valorização.

Entretanto com o mercado atual, o consumidor não está tendo mais essa opção. Com a crise no mercado imobiliário, está sendo comum comprar um imóvel na planta e após o empreendimento ficar pronto, o consumidor se deparar com unidades idênticas, porém mais baratas. Esta situação insustentável pode ser considerada uma das principais responsáveis pelo aumento significativo no número de distratos, afinal o consumidor ao perceber que seu investimento não está dando lucro, opta pelo desfazimento contratual.

Corroborando, importante ressaltar que as condições dos financiamentos bancários estão muito piores hoje do que há três anos: aumentou os juros do financiamento habitacional, dificultando e muito os empréstimos para os consumidores. Todo esse panorama levou a esse aumento significativo no número de distratos.

Diante dessa situação desfavorável, as empresas percebendo que estavam perdendo uma quantia significativa do seu investimento, começaram a dispor em seus contratos de promessa de compra e venda uma cláusula de distrato, na qual a empresa reteria a totalidade das parcelas pagas ou uma grande parcela.

Com a introdução dessas cláusulas que começou toda a polêmica. Se as empresas achavam que estavam apenas aplicando uma multa justa pelo descumprimento de um contrato, o Judiciário passou a entender que tais cláusulas eram abusivas e, portanto, uma afronta direta ao Código de Defesa do Consumidor.

Assim, vamos analisar como foi a participação e o entendimento do Judiciário sobre a questão.

4.1 Decisões do Judiciário sobre as cláusulas de distrato

De início, em se tratando dos casos nos quais o inadimplente foi a empresa, não há discussão, a doutrina e a jurisprudência estão pacificadas no sentido de que é devida a devolução integral das quantias pagas corrigidas, além da multa estipulada em contrato.

O problema é justamente quando o consumidor decide rescindir o contrato de promessa de compra e venda e receber de volta os valores pagos. Acontece que, em regra, o contrato celebrado possui uma cláusula de distrato que estipula que a empresa reterá, a título de indenização pelo não cumprimento do contrato e pelas despesas suportadas, considerável parcela do valor já pago pelo consumidor.

Assim, o comprador que preferir não acionar o Judiciário para diminuir o percentual retido pela construtora pagará o valor estipulado no contrato.

Acontece que muitos consumidores têm entendido que essas cláusulas são abusivas e que o valor retido deveria ser bem menor. De fato, quase a totalidade dos contratos estipula valor muito superior ao que os tribunais têm entendido como justo. Assim, as demandas relacionadas ao tema vêm se multiplicando, e um entendimento nos tribunais, se consolidando.

Importante trazer trecho do voto condutor do acórdão do Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 244.625/SP, julgado no ano de 2001:

A jurisprudência deste Tribunal tem consagrado entendimento segundo o qual nula é a cláusula que prevê a perda total dos valores pagos em contrato de compromisso de compra e venda celebrado na vigência do CDC, autorizando a retenção de apenas 10% do valor pago, em razão do descumprimento do contrato.³⁹

Vale o destaque para a data da decisão. Significa que desde o ano 2001, o STJ já tinha entendimento de que a perda total dos valores era desarrazoada e que 10% (dez por cento) seria uma porcentagem justa para ser retida a título de indenização.

Assim, os demais Tribunais Estaduais em sua maioria tiveram posicionamento semelhante. O Tribunal de Justiça de São Paulo em uma de suas várias decisões no mesmo sentido, revisou a cláusula de distrato para 10% (dez por cento) do valor pago pelo consumidor entendendo que esse montante seria destinado a cobrir alguns gastos feitos pela empresa:

Assim, o desfazimento do contrato dá ao comprador o direito à restituição das parcelas pagas, porém, não em sua integralidade, em face das despesas realizadas pela vendedora com corretagem, propaganda, administração e assemelhadas, sob pena de enriquecimento ilícito, sem que, no caso, tenha dado causa ao desfazimento do pacto.⁴⁰

³⁹ AgRg no REsp 244.625/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2001, DJ 25/02/2002, p. 376

⁴⁰ Apelação n. 1121652-70.2014.8.26.0100, Relator(a): Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/05/2016; Data de registro: 19/05/2016

O tema foi tão recorrente em São Paulo que o Tribunal de Justiça Estadual aprovou três súmulas sobre o tema para orientar o magistrado sobre o assunto. Mais uma vez foi perceptível a fragilização das empresas perante o Judiciário.

Súmula 1: 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.

Súmula 2: A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição.

Súmula 3: Reconhecido que o compromissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção.⁴¹

Assim, como se pode observar, as súmulas foram em tese muito favoráveis ao consumidor. Entende-se pela Súmula 1 que a empresa fará jus a compensação dos gastos que teve com corretagem, propaganda, administração e assemelhadas, ou seja, o valor retido pela vendedora não terá caráter indenizatório, apenas reparatório. Deste modo, essa quantia é uma mera compensação pelos gastos realizados, e não pelo inadimplemento contratual por parte do comprador.

Essa questão é muito interessante porque a empresa se vê em uma situação extremamente delicada na qual ela tem uma série de obrigações, mas por outro lado o comprador pode simplesmente desistir da compra, sem arcar com nenhuma penalidade.

A situação se agrava ainda mais ao observar a Súmula 2, que estipulou que a devolução ao consumidor deverá ser feita em parcela única. Nesta condição, a empresa, além de deixar de ganhar o dinheiro com a venda do imóvel, precisará de capital suficiente em caixa para satisfazer o consumidor que desistiu da compra. É um golpe duplo para a empresa.

Essa situação gera uma instabilidade muito grande para a construtora, que não consegue mais saber quantas unidades de fato foram vendidas, qual seu lucro, quanto de investimento pode fazer.

⁴¹ Súmulas da Seção de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

O problema se intensificou com a crise econômica atual: antes as empresas conseguiam vender um alto número de unidades e mesmo que algumas fossem distratadas, os lucros cobriam estes prejuízos, mantendo a viabilidade do negócio. Acontece que nos dias de hoje, com a grande baixa do mercado imobiliário, muitas empresas simplesmente não possuem capital para devolver aos consumidores que decidem distratar e, desta maneira, o alto número de distratos vem inviabilizando muitos negócios.

Na mesma linha das súmulas editadas pelo TJSP, o STJ editou a 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.⁴²

Assim, o STJ pacificou o entendimento de que a devolução nos casos de distratos deveriam ser feitas em parcela única, não importando quem deu causa ao desfazimento do negócio jurídico.

Além disso, o STJ já pacificou que qualquer cláusula de distrato com retenção superior ao valor de 25% (vinte e cinco por cento) será tida como abusiva, independentemente da situação. Assim, pouco importa se as empresas se preveniram e acordaram junto ao consumidor uma cláusula de distrato: caso o promitente comprador venha a distratar, o máximo que será retido é 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago.

O acórdão proferido no Recurso Especial nº 1.132.943/PE pelo Ministro Relator Luís Felipe Salomão esclarece bem o posicionamento do STJ sobre o tema e passou a servir de paradigma para os demais tribunais brasileiros.

No caso concreto, os consumidores desistiram da compra do imóvel e receberam da empresa uma quantia muito inferior ao que já haviam pago. Inconformados, decidiram acionar o Judiciário para ver declarada a nulidade da cláusula de distrato no contrato de promessa de compra e venda, na expectativa de receber uma porcentagem maior do valor pago.

⁴² Súmula nº 543 do STJ.

A empresa obviamente sustentou que a cláusula não era abusiva e que, como foi acordado, a retenção era justa e devida.

O Ministro Relator entendeu que o tribunal de origem, confirmando a sentença, determinou acertadamente que a empresa devolvesse ao consumidor 85% (oitenta e cinco por cento) dos valores pagos, retendo apenas 15% (quinze por cento). Na sequência, considerou necessária a harmonização da jurisprudência sobre o tema, inclusive no tocante ao valor que deveria ser devolvido ao consumidor.

De saída, lançou mão do art. 53 do Código de Defesa do Consumidor⁴³, que veta a retenção total das parcelas pagas nestes casos. O argumento aqui é forte, no sentido de que a empresa teria dupla vantagem em relação ao comprador, pois ficaria com o dinheiro e o imóvel, o que de certa maneira caracterizaria um enriquecimento ilícito.

Entretanto, o Relator reconheceu que a retenção de parcela do valor pago é justa em decorrência de uma série de gastos tidos pela empresa. Em suas palavras,

é justo e razoável admitir-se a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas realizadas com a divulgação, comercialização e corretagem, além do pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel, e a eventual utilização do bem pelo comprador.⁴⁴

Todavia, o Relator destacou que o valor retido pela empresa foi desarrazoável, mantendo a porcentagem de 15% (quinze por cento) do valor pago. Ademais, o Ministro destacou que para alterar tal percentual seria necessário reexame de matéria fático-probatória, o que encontraria óbice na súmula nº7 do STJ⁴⁵. Isto porque somente analisando as provas dos autos é que se poderia mensurar quanto foi gasto pelo vendedor com despesas diversas e quanto seria justo reter consumidor.

Na mesma linha foi o voto do Ministro Antônio Carlos Ferreira:

⁴³ 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.

⁴⁴ REsp 1132943/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 27/09/2013.

⁴⁵ Súmula nº 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

Sr. Presidente, situações dessa espécie devem ser analisadas caso a caso. Apenas tenho dificuldade em admitir que a jurisprudência venha a estabelecer um percentual fixo de 15% (quinze por cento), ou de 20% (vinte por cento), para retenção sobre a devolução das prestações pagas no caso de resilição de compromisso de compra e venda. Se o propósito dessa retenção é indenizar o vendedor pelos prejuízos decorrentes das despesas administrativas com a divulgação do empreendimento, pagamento de comissões e tributos, deve-se levar em consideração as particularidades de cada caso concreto. Isso porque, se o comprador, o consumidor, cumpriu por longo tempo as suas obrigações, a retenção de 15% (quinze por cento), por exemplo, pode ser muito elevado em termos de valores. Por outro lado, se o adquirente pagou duas ou três parcelas, 15% (quinze por cento), 20% (vinte por cento) ou 30% (trinta por cento) podem ser insuficientes para cobrir os custos do vendedor.

Por isso, minha tendência é aplicar o Enunciado nº 7 às situações da espécie, por entender que deve ser analisado o contexto fático de cada caso.⁴⁶

Deste modo, o STJ não chegou a de fato fixar uma porcentagem devida aos consumidores nos casos de distrato. É certo que pelas decisões, estas porcentagens variam de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) nos casos em que o comprador não chegou a fruir do imóvel e 40% (quarenta por cento) nos casos em que houve fruição.

Assim, as empresas se encontram em uma situação muito delicada: além de muitas vezes receberem valores baixíssimos e devolver em parcela única, simplesmente não conseguem prever quanto poderá sair do seu caixa. A insegurança jurídica e financeira aqui é muito grande.

4 IMPACTOS NEGATIVOS DOS DISTRATOS NO MERCADO IMOBILIÁRIO E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

⁴⁶ REsp 1132943/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 27/09/2013. Voto do Ministro Antonio Carlos Ferreira.

Primeiramente, para analisar a situação dos distratos não podemos nos esquecer da forte crise econômica que está afetando diretamente o mercado imobiliário brasileiro.

Uma pesquisa feita pelo Sindicato da Habitação de São Paulo – SECOVI – SP comparou o volume de unidades lançadas em diversas áreas do país e constatou que houve uma retração de 24% (vinte e quatro por cento) no total de lançamentos se comparado setembro de 2014 com o mesmo período de 2015. Detalhe que este número se torna ainda mais alarmante se levarmos em consideração que já havia uma queda entre 2013 e 2014. Neste período por exemplo, em Vitória – ES houve uma queda de lançamentos imobiliários que chegou a 77% (setenta e sete por cento).⁴⁷

Mesmo com uma diminuição expressiva no número de lançamento de produtos, houve uma queda maior ainda nas vendas, independentemente das ofertas em menor quantidade. O SECOVI – SP fez um levantamento a nível nacional e observou que as vendas realizadas no período de janeiro a setembro de 2015, demonstraram uma retração de 7% (sete por cento) do mercado em comparação com o mesmo período de 2014, que por sua vez já representava uma retração de 28% (vinte e oito por cento) em relação a 2013. Alguns estados como São Paulo, teve uma retração significativa do número de vendas de unidades imobiliárias, se em 2013 foram vendidas 41.411 unidades, no mesmo período de 2015 foram vendidas apenas 22.993 unidades.⁴⁸

O mercado imobiliário pode ter sido um dos mais afetados pela crise econômica atual, além da queda significativa na venda dos produtos, muitos consumidores por diversos motivos não estão conseguindo mais cumprir com a obrigação da promessa de compra e venda. O número de distratos aumentou significativamente e com isso mais uma série de problemas para as empresas.

A ideia ao se investir em um empreendimento imobiliário é tentar vender a maior parte de suas unidades antes mesmo que a obra seja concluída, essa é justamente uma das principais vantagens que a promessa de compra e venda possibilita. Desta forma, a empresa consegue não só reinvestir o capital, como já ir quitando o financiamento bancário e ir diminuindo os juros. Quando as vendas são um sucesso, a empresa consegue concluir o empreendimento no prazo, com custos

⁴⁷ SECOVI – SP. **Anuário do mercado imobiliário de 2015**. p. 144.

⁴⁸ SECOVI – SP. **Anuário do mercado imobiliário de 2015**. p. 145.

mais baixos e muitas vezes consegue até mesmo incrementá-lo, o que é excelente para o consumidor.

Não há dúvidas que nessas condições todos saem ganhando, tanto as empresas como os consumidores, eu diria que estes até mais, pois conseguirão preços melhores e um produto de melhor qualidade.

Entretanto, na situação atual, muito também devido à crise econômico, as empresas cada vez mais têm concluído a obra com várias unidades prontas não vendidas. Isto tem ocorrido pelo fato de que a demanda por imóveis diminuiu, mas principalmente pelo alto número de distratos. Até porque as empresas tendem a se adaptar ao mercado, em períodos de crise é comum investir menos. Por outro lado, os distratos são situações totalmente imprevisíveis para os empresários.

Um imóvel distratado retorna a empresa, e esta terá que arcar com todos os gastos para conseguir vendê-lo novamente. Muitas vezes o distrato ocorre quando a unidade já está pronta, deixando a empresa com muita dificuldade na negociação, tendo que vender a um valor muito abaixo, simplesmente para não manter o produto parado.

Segundo o anuário do mercado imobiliário de 2015 – SECOVI – SP, o número de ofertas de unidades prontas atingiu um percentual altíssimo de 15% (quinze por cento) em setembro de 2015, último mês registrado.⁴⁹ A venda de imóveis prontos traz desvantagens para as empresas e para os consumidores, limitando o poder de negociação entre as partes. A compra de um imóvel na planta possibilita ao consumidor opinar em seu imóvel e ter melhores condições de parcelamento, além de um preço em geral mais baixo, com ele pronto, o comprador perde esses benefícios.

Esse alto percentual se deve principalmente ao alto número de distratos nos últimos anos e que, conjuntamente com a crise econômica, que por si só já era um grande problema para o mercado imobiliário, vem piorando e muito a situação das empresas e conseqüentemente dos consumidores.

É muito importante perceber que em qualquer situação de mercado em que uma das partes se vê muito prejudicada, a outra parte conseqüentemente também terá prejuízos. Muitas empresas tiveram que fechar as portas porque a atividade não

⁴⁹ SECOVI – SP. **Anuário do mercado imobiliário de 2015**. p. 151.

estava mais lucrativa, o alto número de distratos só veio corroborar ainda mais com esse desequilíbrio.

Vale destacar que a problemática não é simplesmente financeira, mas engloba uma série de fatores que não podem passar despercebidos.

Um aspecto que devemos observar é o patrimônio de afetação. Este instituto que foi estabelecido pela lei nº 10.931/2004⁵⁰, tem o objetivo de separar para cada investimento o recurso correspondente. Assim, cada obra individualmente terá uma contabilidade e um patrimônio correspondente, não podendo mais as empresas usufruírem desse patrimônio como queiram. Esta lei veio justamente para proteger o consumidor, impedindo que a construtora desvie o recurso de uma obra para outra. Este instituto impede que uma empresa que esteja falindo, comece a retirar todo o investimento dos seus empreendimentos, deixando os consumidores sem nada.

Desta maneira, qualquer dívida fica vinculada a obra, não se relacionando com as demais dívidas da empresa. Isso possibilita que mesmo que a empresa decreta falência, os compradores possam dar sequência ao empreendimento por meio de outra construtora, garantindo a continuidade da obra.

Nos casos de distrato por desistência do consumidor, a jurisprudência como já bastante analisada, tem entendido que a empresa só poderá reter entre 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) e que o resto deverá ser devolvido em parcela única e corrigida monetariamente. Acontece que desta maneira a empresa ao efetuar essa devolução poderá colocar em risco todo o empreendimento, indo de encontro a proteção prevista na lei nº 10.931/2004 e o instituto do patrimônio de afetação.

Observando friamente a situação, os maiores prejudicados nessa situação são os demais consumidores, aqueles que decidiram manter o negócio celebrado, pois passam a correr o risco do investimento não prosperar. Assim, ao beneficiar uma pequena parcela de consumidores que decidiram distratar, o Judiciário estaria prejudicando a maioria dos consumidores que optaram por ficar no empreendimento, pois estes praticamente perdem a garantia do instituto do patrimônio de afetação.

⁵⁰ 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.

Este é o entendimento do advogado especialista em direito imobiliário Rodrigo Bicalho

Assim, as ordens de devolução de parcelas, antes de terminada a obra, contrariam a lei, pois o patrimônio de afetação deve priorizar justamente aqueles que pretendem ficar no projeto.⁵¹

Deste modo, o distrato não pode ser visto apenas como uma relação entre um indivíduo e a empresa. Apesar do contrato de compra e venda ter sido celebrado apenas entre essas duas partes, o seu desfazimento afetará outros consumidores e isso não pode ser ignorado.

O alto número de distratos pode comprometer o investimento na obra, levando inclusive a sua paralisação ou abandono. A consequência para a construtora pode ser tão grave que outros empreendimentos podem também vir a ser afetados. Sendo os demais consumidores os principais afetados.

A questão principal é justamente essa. Uma excessiva proteção aos consumidores que decidem distratar está comprometendo os demais que optam por cumprir com o contrato. Parece contraditório um consumidor que está adimplente ter menor direito que um inadimplente. Até porque caso a construtora não suporte o alto número de distratos e as devoluções impostas pelo judiciário, muitos consumidores terão enorme dificuldade para reaver o dinheiro investido.

Na realidade, a longo prazo será péssimo para todos os consumidores, uma vez que o preço do produto irá subir devido a esta instabilidade que as empresas estão se deparando. Muitas empresas já estão calculando um percentual para devolver aos consumidores em caso de distrato. Esse dinheiro que deveria ser investido, ficará parado esperando caso algum consumidor decida distratar. Esta saída que não é nem de longe a ideal, pelo menos garante a conclusão da obra. Obviamente essa medida de precaução encarece ainda mais o produto.

Além disso, importante salientar que a maioria das obras são feitas mediante financiamento bancário. Os bancos exigem uma série de pré-requisitos para liberar créditos as empresas. Um desses principais pontos é uma quantidade mínima de unidades vendidas na planta.

⁵¹ BICALHO, Rodrigo. **Distratos: polêmicas e soluções.** Disponível em: http://www.bicalhoemollica.com.br/artigos/GRI_Magazine_6ed_legal.pdf. Acesso em: 22 jul. 2016.

Desta maneira, muitas empresas ao conseguirem o número de vendas requisitadas, fazem o requerimento do financiamento bancário, que por sua vez é autorizado pelo banco.

Acontece que com o alto número de distratos, a empresa se vê numa situação muito complicada diante dos bancos, muitas vezes chegando a inclusive perder o financiamento. Para que isso não ocorra, é comum que os juros sejam renegociados em condições muito desfavoráveis as empresas.

Esta situação causa uma instabilidade muito grande para a construtora, pois além de não conseguir manter as vendas que já tinham sido feitas, muitas vezes perde o financiamento feito para a obra.

Mais uma vez, importante ressaltar que juntamente com a empresa, todos os demais consumidores que não distrataram serão muito prejudicados. Seja pelo atraso na entrega do imóvel ou na pior das hipóteses pela falência da empresa, conseqüentemente o inadimplemento da obrigação.

A situação como um todo tem causado uma instabilidade e uma insegurança muito grande.

Para piorar, houve uma redução considerável no valor financiado para o mercado imobiliário entre 2014 e 2015. O anuário do mercado imobiliário de 2015, editado pelo SECOVI – SP, fez um estudo e percebeu que os valores financiados vinham crescendo desde 2004 e que a queda entre 2014 e 2015, foi tão grande que agora é como se o mercado tivesse retornado ao ano de 2011. Para se ter uma ideia e colocar isso em valores, em 2014 o total financiado foi de R\$ 112,9 bilhões, já em 2014 esse número caiu para R\$ 75,6 bilhões, uma queda bruta de 33% (trinta e três por cento).

A verdade é que uma série de fatores levaram a essa diminuição no financiamento: além das próprias empresas estarem investindo menos devido à crise econômica, os bancos estão mais cautelosos, com políticas cada vez mais restritas de fornecimento de crédito.

A perda da atratividade da poupança e a preocupação com a situação do país e do mercado imobiliário levaram os bancos a restringir o crédito, avaliar com mais rigor a liberação do financiamento e aumentar a taxa de juros.

O financiamento é essencial para o mercado imobiliário, porque seus produtos têm altos valores agregados. A falta de crédito

bancário impossibilita a compra para a maioria da população e potencializa as dificuldades enfrentadas pelo setor.⁵²

O trecho transmite muito bem a ideia da dificuldade que o setor está vivendo. A dificuldade em se conseguir um financiamento é real e as condições são as piores nos últimos anos. Além de toda essa situação, a empresa fica totalmente refém dos distratos.

Toda essa instabilidade gerada, começou a movimentar os interessados em busca de uma melhora, tanto as empresas, os consumidores quanto o Judiciário. Neste sentido, está em tramitação no Senado Federal, o projeto de lei nº 774/2015⁵³, de autoria do Senador Romero Jucá e em 27 de abril de 2016, foi assinado no Rio de Janeiro, um pacto para o aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadores e consumidores, entre a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, a Secretaria Executiva do Ministério da Fazenda, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Rio de Janeiro – OAB/RJ, Associação Brasileira das Incorporadoras – ABRAINCO, a Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, Associação Brasileira dos Advogados do Mercado Imobiliário – ABAMI, a Associação de Dirigentes de Empresas do Mercado Imobiliário – ADEMI/RJ, dentre outras figuras de referência na área.

Será analisado mais afundo tanto o projeto de lei quanto o pacto, para no fim, buscar a melhor situação para todos os envolvidos, respeitando o Código de Defesa do Consumidor e levando em consideração a forte crise econômica que afeta o mercado imobiliário.

5.1 Análise do Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015

O projeto de lei em questão é claramente muito favorável as empresas. Ele observa toda a questão dos distratos pela ótica da Lei nº 4.491, de 1961, deixando um pouco de lado o Código de Defesa do Consumidor e as Súmulas e decisões dos tribunais. Como bem exposto no texto de justificção do projeto de lei “os contratos de venda de imóveis submetem-se também ao CDC, sem que, contudo, suas

⁵² SECOVI – SP. **Anuário do mercado imobiliário de 2015**. p. 155.

⁵³ Acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis.

normas modifiquem ou interfiram na estrutura, tipicidade e funcionalidade das promessas de venda.”⁵⁴

O senador entende que o CDC deve influenciar no tema, mas a principal norma que vai conduzir a questão é a lei nº 4.591, de 1964, pois esta foi criada especialmente para versar de tais assuntos. Ignorar a lei específica pode causar um desequilíbrio no mercado muito grande.

Na justificação ao projeto de lei, o Senador ressalta outro ponto característico dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em regra, são irrevogáveis, conforme art. 32, § 2º, lei nº 4.591, de 1964⁵⁵.

Desta forma, o desfazimento contratual não poderia ocorrer por simples vontade de uma das partes, em geral do consumidor. A rescisão deveria ser motivada pelo inadimplemento de uma das partes, tendo esta que ser responsabilizada pelas perdas e danos resultantes. Como não há na lei nenhuma menção de como se daria este desfazimento contratual, o projeto de lei viria justamente para suprir tal lacuna.

Assim, algumas retenções cumulativas foram propostas em caso de resolução contratual causada pelo consumidor. A empresa poderia reter no máximo 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago, conforme redação do art. 67-A, I da lei nº 4.591, de 1964⁵⁶. Mas faria jus também a retenção de 5% (cinco por cento) do valor do imóvel, a título de corretagem, de acordo com o art. 67-A, II da lei nº 4.591, de 1964⁵⁷.

Além dessas quantias, caso a construtora entenda que o prejuízo foi maior do que o valor retido, poderá exigir indenização suplementar do consumidor. Para finalizar, nas situações em que a resolução contratual ocorra quando o consumidor estava fruindo do imóvel, a empresa poderá requerer ainda, mais a indenização referente ao período em que a unidade estava disponibilizada.

⁵⁴ BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do senado Nº 00774, de 2015. Acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2015-12-08;774>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

⁵⁵ § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irrevogáveis 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.

⁵⁶ I – a pena convencional, que não poderá exceder a vinte e cinco por cento das quantias pagas;

⁵⁷ II – a comissão de corretagem de cinco por cento do preço de venda;

Outra modificação seria na maneira como a empresa faria essa devolução. Como já pacificado pela súmula nº 543 do STJ, essa devolução tem sido feita em parcela única e imediatamente após o distrato. O projeto de lei prevê uma mudança significativa, mais uma vez, em benefício das empresas. O art. 67-A, II, §5⁵⁸, prevê a devolução em três parcelas mensais, sendo que a primeira parcela só venceria após um ano do desfazimento do contrato.

Aqui o legislador busca justamente proteger o instituto do Patrimônio de Afetação e garantir a conclusão da obra, assegurando o direito dos demais consumidores. A devolução em parcela única e imediatamente após o desfazimento do negócio jurídico tem sido uma das piores consequências dos distratos para as empresas.

Analisando o projeto de lei, é notório que ele busca o máximo de proteção possível as empresas, sendo certo que sua aprovação também causaria um desequilíbrio no mercado imobiliário. Apesar das decisões nos tribunais terem sido muito benevolente com os consumidores, este projeto de lei simplesmente ignora o direito do consumidor, o que penderia a balança para o outro lado, mais uma vez desequilibrando o mercado, causando prejuízo para todos.

Ficou claro que ao proteger muito uma das partes, como o Judiciário vem fazendo, o todo acabou sendo prejudicado. Nesta situação, caso o projeto de lei seja aprovado, os consumidores ficariam muito receosos em comprar um imóvel na planta. Ninguém iria querer correr o risco de perder tanto dinheiro simplesmente porque não conseguiu se manter adimplente. A empresa conseqüentemente sairia bastante prejudicada porque a busca pelos seus produtos fatalmente iria diminuir. Com certeza o mais adequado é buscar um equilíbrio, um meio termo entre este projeto de lei e os entendimentos dos tribunais.

⁵⁸ § 5º Após as deduções a que se refere o § 4º, caso haja valor remanescente a ser ressarcido a qualquer dos contratantes, o pagamento será realizado em três parcelas mensais e subsequentes, vencendo-se a primeira após um prazo de carência de doze meses, contados da data do desfazimento do contrato.

5.2 Análise do “Pacto para aperfeiçoamento das relações negociais entre incorporadores e consumidores”

O pacto assinado em 27 de abril de 2016, dentre outras questões, busca um acordo entre construtoras e consumidores em relação as questões do distrato. Como já exposto, este acordo foi assinado no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por representantes do governo federal, órgãos de defesa do consumidor, entidades do mercado imobiliário, dentre outras pessoas com atuação relevante no mercado imobiliário. O objeto do pacto é justamente os contratos de promessa de compra e venda, focando nos interesses econômicos dos vendedores e consumidores.

Primeiramente, importante ressaltar algumas questões que foram significativas para a celebração do pacto. A crise econômica no setor imobiliário tem causado um certo desequilíbrio entre as relações das construtoras com os consumidores nas promessas de compra e venda de imóveis, se antes uma situação como o distrato não era vista como um problema, principalmente pela alta valorização do imóvel, hoje esta é uma das principais causas de demandas judiciais entre as partes. O que esclarece o interesse do judiciário em intermediar um acordo para diminuir as demandas sobre o tema.

Na mesma linha, sabe-se que uma das piores formas de se resolver qualquer questão é por vias judiciais. Uma questão como é a do distrato, que não existe uma legislação regulando, um acordo pode ser suficiente para dar mais segurança as partes sobre a questão. Além de reduzir a judicialização no setor imobiliário, desafogando um pouco o Judiciário.

Diante disso, a finalidade principal do pacto é trazer uma estabilidade e uma segurança jurídica nas relações entre consumidor e construtora, para que diante da crise econômica que o país está, seja possível reestabelecer o mercado imobiliário.

Apesar da redação do art. 32, § 2º, lei nº 4.591⁵⁹, de 1964 que os contratos de promessa de compra e venda de imóveis são irrevogáveis e irretroatáveis, os assinantes do pacto entendem que diversos fatores podem levar ao inadimplemento

⁵⁹ § 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretroatáveis 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.

por parte do consumidor, e conseqüentemente ao desfazimento do negócio jurídico. Caberá a empresa restituir parte do capital investido, sem que isso venha a prejudicar a conclusão do empreendimento.

A questão pode ser colocada da seguinte forma: se por um lado é compreensível que a empresa deve restituir o consumidor, por outro também deve ser que esta restituição não pode causar prejuízos significativos ao investimento. Importante sempre lembrar dos demais consumidores que não devem ser afetados pelo inadimplemento da minoria.

Deste modo, as partes acordaram duas possibilidades de restituição que poderão constar nos contratos de promessa de compra e venda. A primeira opção seria uma cláusula com multa fixa, em percentual não superior a 10% (dez por cento) do valor prometido do imóvel. Isto significa que independente do momento que ocorresse o distrato, o consumidor seria obrigado a pagar uma multa correspondente a 10% (dez por cento) do valor estipulado no contrato de promessa de compra e venda.

A segunda opção seria uma cláusula prevendo a retenção total das arras por parte da empresa mais a quantia de 20% (vinte por cento) do valor pago pelo consumidor. Neste caso, as arras não poderão ser superiores a 10% (dez por cento) do valor prometido do imóvel.

Desta maneira, o comprador poderá pleitear a qualquer momento a extinção do negócio jurídico, bastando cumprir com a cláusula acordada no contrato de promessa de compra e venda, que seria uma das duas hipóteses acima elencadas.

Para finalizar, a construtora terá o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para devolver ao comprador os valores pagos deduzidos do montante que será retido mediante cláusula correspondente.

Desta maneira, o pacto se preocupou com um dos principais problemas que os distratos vinham causando, busca manter o capital no investimento, protegendo o instituto do patrimônio de afetação.

Interessante observar que como o próprio pacto previa, ele seria suspenso para uma melhor análise dos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

De fato, a abordagem do pacto em questão é muito diferente do projeto de lei nº 774, de 2015. Aqui é possível perceber a preocupação com as duas partes principais envolvidas na questão, o consumidor e a empresa.

A busca de um diálogo com os órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, já demonstra o interesse real do pacto em solucionar os conflitos da melhor forma possível entre as partes.

Até porque, na verdade, o pior problema para as empresas tem sido a insegurança em relação ao tema: quanto que é devido ao consumidor em cada caso e se uma devolução imediata não iria prejudicar o resto do empreendimento. O pacto busca justamente uma segurança jurídica para o mercado imobiliário, afastando esses problemas.

Acionar o Judiciário definitivamente nunca é bom para nenhuma das partes, além da demora, o capital não pode ser reinvestido imediatamente e perde-se com advogado. Para as empresas é ainda pior, pois cria uma imagem negativa junto aos tribunais e os consumidores.

Um acordo como esse se faz necessário para que o mercado possa voltar a ter estabilidade e as empresas possam voltar a investir com mais segurança. Mesmo que alguns valores venham a ser revisados, ainda assim será benéfico para as empresas a sua assinatura, isto porque a segurança jurídica advinda com o pacto é a sua principal vantagem.

Claro que manter nos termos como vinham decidindo os tribunais, retenção de apenas 10% (dez por cento) do valor pago pelo consumidor, muitas vezes estava trazendo inclusive prejuízos a empresa. Uma situação como essa também é insustentável, ainda mais em um mercado fragilizado por uma forte crise econômica como esta.

De qualquer modo, é importante observar que os consumidores em geral serão os maiores beneficiados com a assinatura do pacto em questão. Como podemos analisar, houve uma grande retração no mercado gerada não só pela crise, mas também pela insegurança causada pelo altíssimo número de distratos. Nenhum empresário irá arriscar investir em um empreendimento no qual ele corre o risco de o comprador desistir do negócio e sair praticamente sem pagar nada, pior que isso, deixando a construtora no prejuízo.

Importante lembrar que na grande maioria dos casos, as empresas pagam a taxa de corretagem, ou seja, 5% (cinco por cento) do valor do contrato é pago ao corretor em razão do serviço prestado. Desta maneira, muitas vezes o valor retido no distrato não cobre nem a taxa de corretagem paga ao corretor, isto é, a empresa tem todo um gasto com o empreendimento e além de não alcançar nenhum lucro, ainda

terá que suportar um prejuízo correspondente a taxa de corretagem, isto tudo tendo agido exatamente de acordo com o contratado. Convenhamos que as relações nessas situações estão de fato desequilibradas. Isto sem contar os demais gastos com as vendas: propaganda, funcionários destinados a esta finalidade, estande de vendas e outros.

Importante ressaltar que a jurisprudência da maneira como está, tem sido tão benevolente com os promissários compradores que muitas vezes tem gerado um aumento no número de distratos. Isto porque nem todos os consumidores estão comprando o imóvel com a finalidade de residir nele, muitos são investidores que veem no mercado imobiliário uma excelente oportunidade de capitalização.

Acontece que estes investidores também acabam sendo demasiadamente protegidos como se fossem consumidores, buscando “o sonho da casa própria”. Esta distinção precisa ocorrer. Afinal, para um investidor é muito melhor distratar um negócio que não vai render os lucros esperados. O comportamento deste tipo de comprador é muito diferente do consumidor comum. Em geral o consumidor comum só desfaz o negócio porque realmente não tem mais condições financeiras de arcar com o compromisso, já o investidor é muito mais volúvel e vai aplicar seu dinheiro onde os lucros forem maiores.

Gilberto Duarte, dirigente da Abecip, tem um posicionamento interessante sobre o tema

O fato de existir o investidor não é um problema, o problema é a maneira como ele participa. Ele tem de ser um investidor que corre riscos. Como o mercado estava configurado, esse investidor podia ganhar sem correr riscos.”⁶⁰

A jurisprudência como é hoje além de deixar todo o risco do negócio para as empresas, ainda as fazem arcar com as possíveis oscilações do mercado. Caso o mercado imobiliário não estivesse passando por uma forte crise, muito provavelmente esta situação nem viria à tona.

Em regra, os imóveis sempre se valorizavam deixando tanto o consumidor quanto a empresa em uma situação confortável para desfazer o negócio. Afinal

⁶⁰ DUARTE, Gilberto. Distratos: o mercado pede novas regras. **Revista do SFI**, São Paulo, n. 44, p. 22, jun 2016.

havia um aumento do dinheiro investido, o que possibilitava muitas vezes nenhuma das partes ficar no prejuízo com um possível distrato.

A crise acabou apontando uma situação que antes era imperceptível. “Já tínhamos essa assimetria no relacionamento comercial entre comprador/especulador e incorporadores e o momento econômico nos forçou a tratar o problema.”⁶¹

A verdade é que com a crise financeira, o mercado imobiliário está experimentando uma situação que não via há muito tempo que é a desvalorização dos imóveis. Antes a grande maioria dos imóveis comprados na planta quando eram entregues estavam valendo muito mais, agora com a instabilidade econômica isso já não é uma premissa.

Diante de toda esta situação, é bem razoável que se estipule uma cláusula fixa para o distrato, quer seja para inibir a prática, quer seja para que nas situações em que de fato não foi possível adimplemento da obrigação, a empresa não saia no prejuízo.

O importante também é fixar um percentual para que as empresas possam se prevenir financeiramente caso o consumidor decida distratar, além de melhorar um pouco a questão delicada que é o financiamento bancário dos empreendimentos imobiliários. Apesar da jurisprudência em muitos casos decidir na retenção de apenas 10% (dez por cento) do valor pago pelo consumidor, este percentual não é uma regra, além de muitas vezes ser muito pouco para cobrir os gastos da empresa. Com um valor certo estipulado no contrato de promessa de compra e venda, a segurança jurídica das partes é muito maior.

O pacto entende que a devolução das quantias devidas ao comprador deve ser feita após 180 dias da extinção contratual. Este entendimento iria proteger o instituto do patrimônio de afetação, buscando a manutenção do empreendimento e garantindo a continuidade da obra. Beneficiando principalmente a maioria dos demais consumidores que não distrataram o contrato celebrado.

Importante observar que tal cláusula estaria de encontro à Súmula nº 543 do STJ⁶², pois esta estabelece que a devolução deve ser feita de maneira imediata.

⁶¹ DUARTE, Gilberto, op. cit., p. 22, jun 2016.

⁶² 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.

Assim, caso o pacto venha a ser assinado pelos órgãos de defesa do direito do consumidor, muito provavelmente alguns juízes ficarão desorientados, sem saber se seguem a súmula do STJ ou o acordado no pacto.

De qualquer maneira, parece mais justo que o investimento seja protegido. O benefício de alguns consumidores não pode ameaçar a continuidade da obra ou até mesmo a manutenção da empresa.

Moura, coordenador da ABRAIN, entende ser necessária uma constante campanha de esclarecimento junto ao Judiciário e o Legislativo sobre o tema

“É quase uma saga nossa esse processo de esclarecimento, pois precisamos mostrar que a intenção de proteger alguns nem sempre beneficia a grande maioria.”⁶³

Desta forma, a devolução das parcelas ao consumidor imediatamente conforme a súmula nº 543 do STJ coloca em risco todo o investimento e conseqüentemente os demais consumidores.

Importante observar que os tribunais não são obrigados a decidir conforme a súmula do STJ, pelo princípio do livre convencimento, os juízes podem seguir o disposto no pacto caso ele venha a vigorar.

De qualquer maneira, seria interessante que o judiciário revisse os pontos que estão sendo discutidos no pacto e passassem a observá-los com outros olhos. A situação atual é muito diferente daquela em que a jurisprudência praticamente se pacificou, sendo muito favorável aos consumidores. Não há dúvidas de que a crise econômica alterou significativamente as conseqüências decorrentes dos distratos.

Diante do aumento significativo no número de distratos, tanto em valores absolutos como em percentual, fica claro que a situação não pode permanecer como está.

Pode ser que o pacto não seja o ideal, mas com certeza irá trazer uma segurança jurídica e uma estabilidade ao mercado imobiliário. A busca por um equilíbrio entre construtora e consumidor deve ser alcançada.

⁶³ MOURA, Luiz Fernando. Distratos: o mercado pede novas regras. **Revista do SFI**, São Paulo, n. 44, p. 25, jun 2016.

Sem dúvidas a melhor saída nessa situação é entrar em acordo. O pacto em análise é uma excelente iniciativa para resolver a questão e reaquecer o mercado imobiliário.

No fim das contas o maior beneficiário do acordo será o consumidor, pois provavelmente o preço dos imóveis voltaram a ficar mais baixos e o risco do empreendimento não se concretizar será muito menor.

Além disso, simplesmente diminuir o alto número de demandas judiciais sobre o tema, já pode ser considerado uma vitória para os dois lados.

5 CONCLUSÃO

Os distratos na promessa de compra e venda imobiliária têm agravado a forte crise econômica que afeta o setor. Apesar da estatística não ser precisa, é um fato que ele aumentou significativamente nos últimos dois anos.

Os problemas para as empresas, que já não seriam poucos, foram potencializados com as inúmeras decisões favoráveis aos consumidores que desistem da compra. Os tribunais, em regra, têm decidido ser justa a retenção de apenas 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento) do valor pago pelo comprador. Acontece que esse percentual muitas vezes não cobre sequer os custos que a empresa teve com a venda do imóvel: despesas administrativas com a divulgação do empreendimento, pagamento de comissões, tributos, entre outros.

Essa situação está causando uma série de problemas que afeta principalmente os consumidores que não desistiram da compra. Importante destacar que em muitos casos de fato o consumidor opta pelo desfazimento contratual por impossibilidade financeira, provavelmente agravada pela própria crise econômica que afeta o país. Entretanto, muitos compradores são investidores e ao perceberem que o negócio não está sendo lucrativo decidem distratar.

Os tribunais deveriam analisar essa diferença. Não é justo o investidor ser beneficiado ao sair do negócio. Os demais consumidores que de fato buscam o “sonho da casa própria” acabam sendo afetados por uma parcela de investidores que não estão satisfeitos com os possíveis lucros do negócio.

A jurisprudência criou um direito tão favorável ao investidor que ele simplesmente pode sair a qualquer momento do negócio sem sofrer quase nenhum prejuízo. Se há expectativa de ganho ele se mantém, mas sai quando não há.

Sem dúvidas essa proteção demasiada ao consumidor criada pelos tribunais colaborou para aumentar ainda mais o número de distratos. O problema principal é que essa excessiva proteção a parte dos consumidores está afetando a maioria que opta por continuar no negócio. Isto porque o alto número de distratos muitas vezes impossibilita continuar a obra, trazendo um sério risco de consumidor adimplente não receber o imóvel.

Buscando solucionar o problema, entidades do mercado imobiliário juntamente com órgãos de defesa do consumidor, representantes do governo federal e do judiciário, assinaram um acordo.

A validação desse pacto será muito favorável ao mercado imobiliário como um todo. As cláusulas de distrato deverão seguir um padrão, o que diminuirá significativamente o número de demandas no Judiciário, além de trazer uma segurança jurídica sobre o tema. O pacto será determinante para que as relações voltem a ser balanceadas, preservando o empreendimento e os consumidores que nele permanecem.

O Judiciário precisa rever suas decisões e principalmente a consequência que elas podem causar. A demasiada proteção a alguns consumidores está deixando a grande maioria dos demais desamparada.

A expectativa com a entrada do pacto em vigor é justamente reduzir as demandas judiciais, proteger o empreendimento e os consumidores que não distrataram, sem ser muito duro com aqueles que optaram pelo desfazimento contratual.

A situação como é hoje está insustentável para o mercado imobiliário como um todo. Um acordo será benéfico para todas as partes envolvidas. Além disso, será determinante para ajudar a reaquecer o mercado imobiliário que nos últimos anos está em uma grande crise.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. São Paulo: Atlas, 2002.

BICALHO, Rodrigo. **Distratos: polêmicas e soluções**. Disponível em: http://www.bicalhoemollica.com.br/artigos/GRI_Magazine_6ed_legal.pdf. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília, DF, 16 dez. 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4591.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Lei 10.931, de 02 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 10 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, DF, 02 ago. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l10.931.htm>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de lei do senado Nº 00774, de 2015. Acrescenta o art. 67-A à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, para dispor sobre a devolução das prestações pagas em caso de desfazimento do contrato de promessa de compra e venda de imóveis. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2015-12-08:774>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 244.625/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2001, DJ 25/02/2002, p. 376. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=244625&b=ACOR&p=true&l=10&i=14>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1132943/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 27/08/2013, DJe 27/09/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1132943&b=ACOR&p=true&l=10&i=3>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Súmula 7: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=572>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. 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. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&b=SUMU&p=true&l=10&i=36#DOC36>>. Acesso em: 25 jul. 2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Súmula 166: É inadmissível o arrependimento no compromisso de compra e venda sujeito ao regime do DI. 58, de 10.12.37. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=166.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1121652-70.2014.8.26.0100, Relator(a): Paulo Alcides; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 19/05/2016; Data de registro: 19/05/2016. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cisq/getArquivo.do?cdAcordao=9446820&cdForo=0&vICaptch a=dzewc>>. Acesso em: 22 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 1 da Seção de Direito Privado: 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 promissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 2 da Seção de Direito Privado: A devolução das quantias pagas em contrato de compromisso de compra e venda de imóvel deve ser feita de uma só vez, não se sujeitando à forma de parcelamento prevista para a aquisição. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Súmula 3 da Seção de Direito Privado: Reconhecido que o promissário comprador tem direito à devolução das parcelas pagas por conta do preço, as partes deverão ser repostas ao estado anterior, independentemente de reconvenção. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPrivado/Sumulas.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2016.

BUSSATA, Eduardo. **Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CATALAN, Marcos Jorge. **Descumprimento contratual**. Curitiba: Juruá, 2005.

DUARTE, Gilberto. Distratos: o mercado pede novas regras. **Revista do SFI**, São Paulo, n. 44, p. 22, jun 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil 4 contratos teoria geral e contratos em espécie**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Miniaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FIGUEIREDO, Ivanildo. **Direito imobiliário**. São Paulo: Atlas, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Código Civil Comentado, v. XIII**. São Paulo: Atlas, 2010.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Código Civil anotado**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Porto Alegre: Síntese, 2004.

MOURA, Luiz Fernando. Distratos: o mercado pede novas regras. **Revista do SFI**, São Paulo, n. 44, p. 25, jun 2016.

PEREIRA, Altino Portugal Soares. **A promessa de compra e venda de imóveis no direito brasileiro**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 1997.

SCHREIBER, Anderson. **A boa-fé objetiva e o adimplemento substancial. Direito contratual. Temas atuais**. São Paulo: Método, 2008.

SECOVI – SP. **Anuário do mercado imobiliário de 2015.**

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie.** 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.