

**PARECER**

**I.**

**OBJETO DA CONSULTA E QUESITOS**

Dá-nos a honra da consulta a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC), por meio de sua ilustre advogada Danila Oleinik, indagando-nos sobre a controvérsia objeto do REsp 1.982.160/SP, de relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, em trâmite perante a 3ª Turma do STJ, que consiste, fundamentalmente, na análise da validade e legalidade da **cláusula penal** prevista para a hipótese de **resolução** – por parte do adquirente – de promessa de compra e venda de imóvel firmada após a edição da Lei nº 13.786/2018, que incluiu o art. 67-A, § 5º, na Lei nº 4.591/1964.

Para resposta à consulta, tivemos acesso à cópia integral dos autos, tendo sido formulados os seguintes quesitos:

**1-) Incidem, no caso *sub judice*, os consectários da Lei nº. 13.786/18, conhecida como *Lei do Distrato Imobiliário*?**

**2-) Pode-se dizer que o acórdão recorrido – que é objeto do REsp 1.982.160/SP –, negou vigência às normas federais aplicáveis à espécie?**

**3-) Os fundamentos do acórdão recorrido, utilizados para afastar a incidência da Lei do Distrato Imobiliário e da cláusula penal firmada entre as partes, levam em consideração a coletividade de adquirentes?**

## II.

### RESUMO DO ESSENCIAL – VIOLAÇÕES À LEGISLAÇÃO FEDERAL

As Recorridas, compromissárias compradoras, **sob o argumento de que não pretendiam manter o contrato por impossibilidade financeira**, ingressaram com a ação pleiteando a *rescisão* da promessa de compra e venda de imóvel, firmada com a Recorrente em **13.04.2019**, requerendo a restituição de 80% a 90% dos valores pagos.

Na contestação, a incorporadora Recorrente informou que nunca se opôs ao desfazimento do contrato, desde que o distrato fosse firmado considerando a cláusula penal estabelecida. Informou, também, que a Recorrida se opôs ao percentual contratado e o distrato não chegou a ser assinado. Proposta a ação judicial, a Recorrente, novamente, não apresentou qualquer resistência à extinção contratual, aliás, em conduta de boa-fé, depositou o valor que entendia como incontroverso.

Sustentou, também, que as **consequências jurídicas** do fim da avença deveriam, obrigatoriamente, ocorrer de acordo com as **disposições contratuais** previstas na promessa de compra e venda (especialmente, Cláusula 7.3 do Quadro Resumo e Cláusula Décima Terceira, Parágrafo Primeiro, do Instrumento Particular), redigidas de acordo com o disposto na Lei nº 4.591/64, que, em seu art. 67-A, § 5º (incluído pela Lei nº 13.786/18), permite a retenção pelo incorporador de 50% dos valores pagos, quando a incorporação estiver submetida ao regime de patrimônio de afetação, tal como é hipótese dos autos (Av. 03 da matrícula do imóvel).

No entanto, o d. Juízo *a quo*, de forma equivocada ao nosso ver, **desconsiderou**, na sentença, o contrato firmado, a Lei aplicável ao caso e a atual jurisprudência sobre o tema – conforme se verá a seguir, com mais vagar – declarando a *rescisão* da promessa de compra e venda, com a determinação de devolução de 80% dos valores pagos.

Segundo o d. Juízo, a retenção de valores pretendida pela incorporadora Recorrente seria, em tese, “abusiva, na medida que conduz à perda de grande parte daquilo que foi pago”. Assim, em seu entender, “mostrando-se excessiva, a cláusula penal, (natureza jurídica da retenção), malgrado guarneça a pré-fixação de indenização, deve ser reduzida pelo juiz”. Confira-se o seguinte trecho da sentença:

*“Saliente-se, neste particular, que o art. 67-A, parágrafo 5º, da Lei 13.786/18, em se tratando de empreendimento submetido ao regime de afetação, estabelece patamar máximo de 50% para a cláusula penal em caso de rescisão por culpa do promitente comprador que, portanto, não impede a possibilidade de redução equitativa pelo juízo, a partir da aplicação do disposto no art. 413, CCB, em especial quando a hipótese trata de imóvel direcionado a pessoas de baixa renda que adimpliram valores substanciais, de onde se extrai que a incidência de multa em patamares elevados guarneceria situação de grave perda de capital e desvantagem excessiva ao consumidor”.*

Contra a sentença, houve a oposição de embargos de declaração, notadamente porque não restou esclarecido “por quais motivos foi aplicado o artigo 413 do Código Civil em detrimento do artigo 67-A, § 5º, da Lei 13.786/2018 que estabelece os percentuais da multa de retenção”.

Após a rejeição dos embargos de declaração, a incorporadora interpôs Recurso de Apelação. A 5ª Câmara de Direito Privado do E. TJSP, contudo, manteve integralmente a sentença, endossando o entendimento de impossibilidade de retenção de valores nos termos previsto no art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.596/64. O acórdão restou assim ementado:

*APELAÇÃO CÍVEL. Compra e Venda de Imóvel. Desistência da promitente compradora. (...). Percentual de retenção sobre os valores pagos. Sentença que determinou a retenção de 20%. Réu*

*que pretende seja mantido o percentual fixado no contrato de 50%, em observância à Lei do Distrato. Não acolhimento. Cabível interpretação restritiva das cláusulas claramente abusivas, nos ditames do artigo 51 do CDC. Precedentes desta. c. 5ª Câmara de Direito Privado. A retenção de 50% dos valores pagos mostra-se claramente excessiva, de modo que inevitável reconhecer a abusividade*

E o que chamou nossa atenção ao analisar o inteiro teor do acórdão foi o fato de a Câmara julgadora ter externado sua convicção a respeito da possibilidade de redução da cláusula penal – a partir de Súmulas editadas **antes da Lei do Distrato Imobiliário**, que **não decidiram a questão à luz do regime do patrimônio de afetação**.

Opostos oportunamente Embargos de Declaração pela Recorrente, ressaltando, sobretudo, a omissão acerca da **necessária observância da Lei nº 4.591/64, especificamente do seu art. 67-A, § 5º**, estes foram sumariamente rejeitados, mantendo-se, *in totum*, as razões contidas no v. acórdão.

Nesse cenário, a incorporadora interpôs Recurso Especial, com base em três fundamentos principais:

(i) violação ao art. 489 do CPC, uma vez que o TJSP negou vigência ao art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64, limitando-se a citar entendimento do STJ firmado **em momento anterior à vigência da Lei do Distrato**, não fundamentando adequadamente a decisão;

(ii) violação ao art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64, uma vez que a referida norma foi editada justamente para preencher lacuna normativa e, agora, não pode ser **afastada** com fundamento em súmulas editadas em momento anterior à sua vigência;

(iii) violação ao art. 413 do CC, porquanto teria o TJSP reduzido a cláusula penal, prevista em contrato para os casos de distrato, fora das hipóteses legalmente estabelecidas.

Não houve apresentação de contrarrazões e, na sequência, **o Recurso Especial foi admitido pelo TJSP**, sob o fundamento de que “*a questão referente à restituição de valores pagos em rescisão de compromisso de compra e venda de bem imóvel firmado sob a vigência da Lei 13.786/2018 (Lei do Distrato) necessita de melhor análise pela E. Corte Superior quanto ao possível enquadramento à tese firmada no tema 577 do STJ*”.

Já no âmbito dessa Corte Superior, o recurso foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio Bellizze, que, em um primeiro momento, negou provimento ao Recurso Especial. Entretanto, após a interposição de Agravo Interno, reanalisando a situação jurídica *sub judice*, reconsiderou a decisão agravada, dizendo que: “*Considerando a relevância da matéria controvertida e os fundamentos trazidos no recurso, bem como atendidos os pressupostos de admissibilidade, dou provimento ao agravo interno para tornar sem efeito a decisão agravada, a fim de que o tema seja melhor examinado posteriormente*”.

Desde então, o **REsp 1.982.160/SP** aguarda julgamento pelo Colegiado da Colenda 3ª Turma.

### **III.**

#### **BREVEMENTE, O HISTÓRICO LEGISLATIVO DO MERCADO IMOBILIÁRIO**

A análise da controvérsia que é objeto do REsp 1.982.160/SP aconselha, antes de tudo, reflexão prévia (e breve, nos estreitos limites do objeto deste Parecer) do

histórico legislativo do mercado imobiliário brasileiro, bem como sobre a *origem* da Lei nº 13.786/18, conhecida como “Lei do Distrato Imobiliário”.

Caio Mario da Silva Pereira<sup>1</sup>, autor do Anteprojeto que veio a converter-se na Lei nº 4.591/1964 (Lei do Condomínio e Incorporações) e que contribuiu para a elaboração da Lei nº 4.864/1965 (Lei de estímulo à Indústria de Construção Civil), metodologicamente, esclarece que é possível dividir o histórico legislativo do setor imobiliário nacional em *duas fases*, uma anterior e a outra posterior à vigência destes diplomas legais.

Para ele, o processo de urbanização no Brasil antes da vigência destes diplomas legais – mais especificamente nas décadas de 50 e 60 – se deu de forma *desordenada*. E a *desordem* se deu em virtude de dois fatores específicos: *(i)* falta de determinação política para o planejamento urbano; e *(ii)* ausência de disciplina legal – com orientação científica – da atividade de produção e comercialização de imóveis na planta.

Dentre as consequências jurídicas dessa *desordem*, mencionadas por Caio Mario, destacam-se a “*fuga de capitais para outros planos de investimento*” e o “*desencorajamento aos investimentos na produção imobiliária*”, o que acabou resultando no “*não atendimento a crescente demanda por moradias da população*”.

Neste ambiente, as Leis 4.591/1964 e 4.864/1965, somadas a outras importantes iniciativas legislativas – *e.g.* Lei 4.380/1964, que criou o Sistema Financeiro de Habitação – SFH –, foram uma resposta importante aos problemas da época, pois, em linhas gerais *(i)* disciplinaram a atividade de produção e venda de imóveis (incorporação imobiliária); *(ii)* instituíram um sistema de proteção dos adquirentes de imóveis em construção; e *(iii)* criaram medidas de estímulo à construção civil.

---

<sup>1</sup> *Condomínio e incorporações*. Atualização: Sylvio Capanema de Souza; Melhim Namem Chalhoub. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 367 e ss.

Este arcabouço legal – aliado a outras medidas econômicas – contribuiu para diminuir o *déficit* habitacional brasileiro naquele período, trazendo maior segurança e previsibilidade para os agentes envolvidos, fomentando o mercado e o crédito imobiliário.

Porém, em meados da **década de 80**, o mercado imobiliário sofreu uma redução drástica nos investimentos<sup>2</sup>, ocasionada, especialmente, *(i)* pelo aumento da inflação; *(ii)* pela mudança nas regras de correção dos contratos de financiamento imobiliário; *(iii)* pela depreciação da moeda, que tornam insuscetíveis operações de longo prazo, como são os financiamento habitacionais; *(iv)* pela inexistência de um sistema eficaz e seguro de garantias, que assegurasse a manutenção do fluxo de retorno do empréstimos; e *(v)* pela insegurança jurídica decorrente da excessiva interferência do Estado nas relações contratuais<sup>3</sup>.

Nesta mesma década, o Banco Nacional de Habitação (BNH) foi extinto (Decreto-Lei 2.291/1986), o que, segundo aponta a doutrina<sup>4</sup>, *travou* o mercado de financiamento imobiliário, e, ao lado da alta da inflação, que chegou, naquele momento, a atingir patamares superiores a 100% *a.m.*, provocou uma grave crise no setor, que deu ensejo a debates acerca da matéria, que acabaram desembocando na conclusão sobre a conveniência de criação de sistemas de financiamento mais seguros e efetivos.

---

<sup>2</sup> “A redução nas contratações de crédito atingiu tanto o financiamento voltado para a classe média, com origem nos recursos da poupança (**Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo - SBPE**), como os programas que tinham como fonte o **Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS)**. No entanto, a restrição foi muito mais severa na contratação via recursos da poupança, que, em 1981, chegou a atingir 267 mil empréstimos e, dez anos depois, mal conseguiu superar o patamar de 40 mil financiamentos. A perda de capacidade do **Sistema Financeiro Habitacional (SFH)** no provimento de recursos para as famílias de renda média resultou no surgimento de formas alternativas de financiamento”. (Estudo realizado pela FGV Projetos, disponível em: <<https://backend-abrainc.azurewebsites.net/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2023).

<sup>3</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. Atualização: Sylvio Capanema de Souza; Melhim Namem Chalhub. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 405.

<sup>4</sup> *Idem*.



Ainda que nos anos subsequentes, com a implementação das medidas econômicas do Plano Real (1994) a taxa de inflação se tenha reduzido, chegando próxima à das economias desenvolvidas, pode-se dizer que foram as **mudanças legislativas** que trouxeram maior segurança aos agentes envolvidos na operação do setor (empresas incorporadoras e adquirentes), fomentando a expansão do crédito, da demanda, e, por fim, da oferta habitacional.

Dentre as **mudanças legislativas** que houve, destacam-se a **Leis 9.514/1997 e 10.931/2004** (essa última, com origem na Medida Provisória nº 2.221/01) que, em síntese, criaram mecanismos jurídicos mais seguros e eficazes destinados à viabilização de novas fontes de recurso para o setor da produção, comercialização e financiamento de imóveis, entre eles: **(i)** criação do Certificado de Recebíveis (CRI), que são lastreados em créditos imobiliários **(ii)** autorização para funcionamento de securitizadoras, com função específica de securitizar créditos imobiliários; **(iii)** previsão de novas garantias reais, de natureza fiduciária, compatíveis com a necessidade de proteção do crédito; e **(iv)** criação de nova modalidade de garantia, baseada na teoria da afetação, mediante segregação patrimonial do acervo de empreendimento imobiliários; etc.

No contexto de um bom momento econômico e da existência de incentivo de políticas públicas (*e.g.*, incentivos a financiamento por bancos públicos para aquisição da casa própria e programa Minha Casa, Minha Vida), após a entrada em vigor dos referidos diplomas legais, houve crescimento exponencial do setor imobiliário brasileiro, **notadamente entre os anos de 2006 a 2014**, resultando na geração de renda, emprego e tributos.

Apenas a título de exemplo, enquanto o PIB brasileiro cresceu cerca de 31%, o PIB da construção civil cresceu 62% em termos acumulados. Aliás, como resultado



## *Teresa Arruda Alvim*

*Livre Docente, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

de mudanças regulatórias no setor, mais de 25 empresas levantaram, juntas, aproximadamente, 18 bilhões de reais por meio da abertura de capitais<sup>5</sup>.

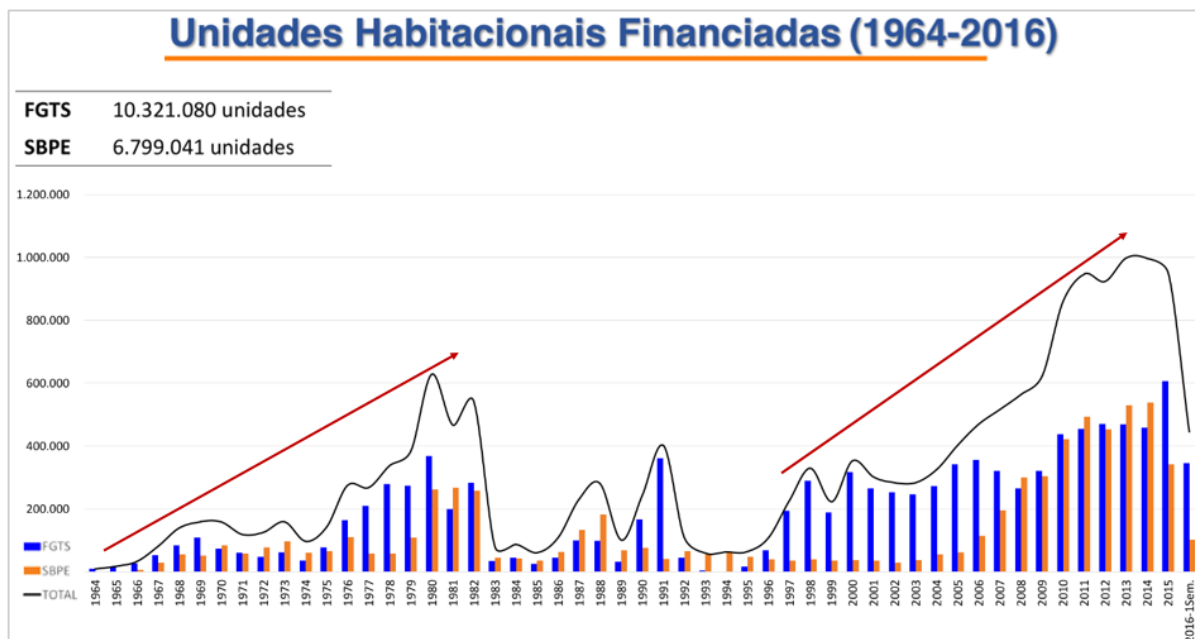
Este movimento crescente e positivo do mercado imobiliário brasileiro, observado neste período de 2006 a 2014, se assemelha ao movimento de meados da década de 60, com a entrada em vigor das Leis 4.591/1964 e 4.864/1965, que, como dito, disciplinaram a atividade incorporativa, criando medidas de estímulo ao setor imobiliário.

Guardadas as devidas proporções e particularidades de cada momento histórico, é possível observar que, em ambos os períodos, o desenvolvimento do mercado habitacional caminhou junto com as mudanças legislativas, que trouxeram garantias e transparência aos agentes envolvidos. Vejamos, exemplificativamente, o número de unidades habitacionais financiadas ao longo da recente história<sup>6</sup>:

---

<sup>5</sup> Dados estatísticos apontados pela FIPE em estudo sobre os “*Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras*”. (Disponível em: <<https://backend-abrainc.azurewebsites.net/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2023. p. 12;14).

<sup>6</sup> COSTA, Fernando Nogueira da. *História do Financiamento Habitacional no Brasil pré-MCMV*. Disponível em: <<https://fernandonogueiracosta.wordpress.com/2016/12/20/historia-do-financiamento-habitacional-no-brasil-pre-mcmv/>> Acesso em: 02 abr. 2023.



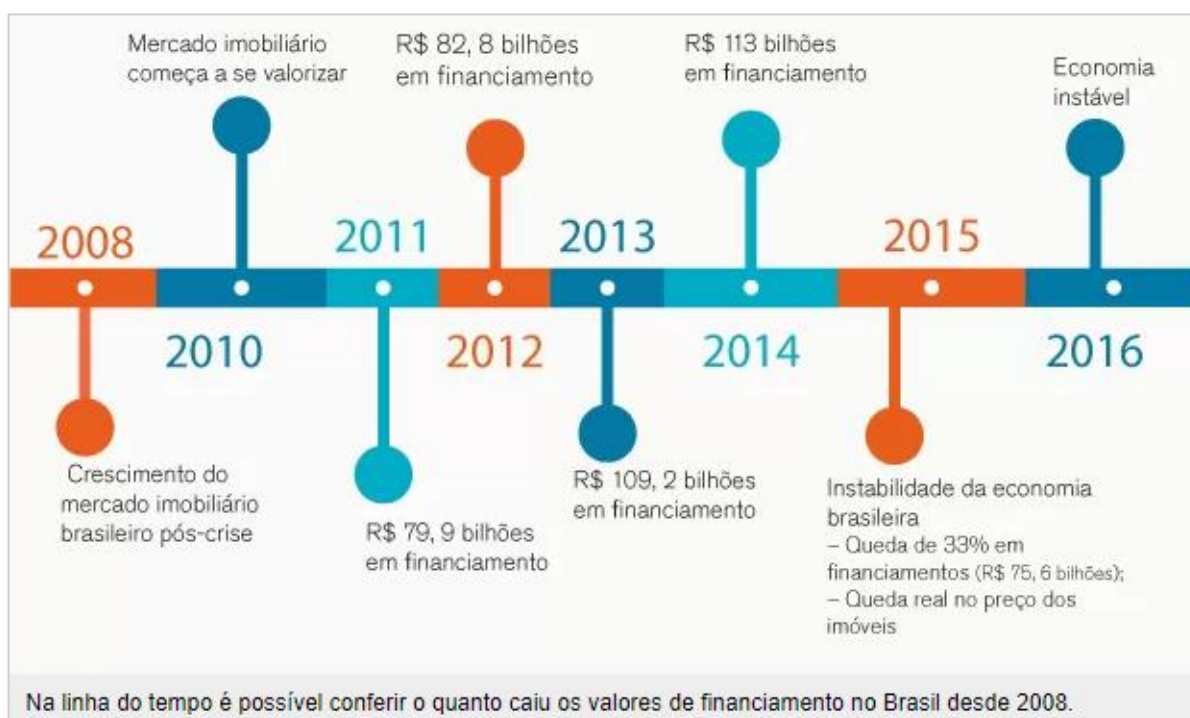
Claramente, nos dois períodos mencionados, houve expressivo desenvolvimento da atividade imobiliária.

E desses números, e, também, do breve resgate histórico legislativo feito até aqui, é possível extrair, ao menos, duas constatações:

(i) que a **existência de disciplina legal** da atividade de produção e comercialização de imóveis, redigida de forma técnica, segura e atenta às necessidades históricas do momento, é uma **condição elementar** de funcionamento e desenvolvimento do sistema imobiliário;

(ii) que as medidas de estímulo, desde o Anteprojeto que veio a se converter na **Lei 4.591/1964** até a vigência da **Lei 10.931/2004**, sempre tiveram marcado espírito coletivo, fomentando o financiamento imobiliário e a circulação de riqueza, contribuindo para a tentativa de efetivação do direito constitucional à moradia e redução do *déficit* habitacional.

A par dessas duas constatações, é necessário considerar que o ciclo de expansão do mercado imobiliário começou a reduzir o ritmo em 2013 e 2014. Até que, a partir de 2015, o setor imobiliário brasileiro entrou em uma *curva descendente*, como decorrência da mudança do cenário macroeconômico e da instabilidade política.<sup>7</sup> Ilustrativamente<sup>8</sup>:



A retração do PIB, o aumento da inflação e da taxa de desemprego, com o conseqüente endividamento da população, tiveram um impacto relevante na economia e na atividade de incorporação mobiliária, cuja demanda depende, diretamente, da renda das famílias brasileiras, dentre outros fatores.

<sup>7</sup> De acordo com estudo realizado pela ABRAINC: “Com a chegada da crise econômica, em 2014, assim como outros segmentos, o setor imobiliário foi bastante impactado. Embora os programas sociais voltados à população não tenham sido afetados, a indústria da construção foi alvo das mais severas conseqüências, gerando influência direta e negativa em toda cadeia. Cresceu o desemprego, trazendo estagnação e interrupção no desenvolvimento socioeconômico”. (Disponível em: <<https://bit.ly/3G67OLP>>).

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/especial-publicitario/zap/imoveis/noticia/2016/04/o-auge-e-queda-do-mercado-imobiliario-em-uma-decada.html>>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Nesse contexto de crise econômica, houve um crescente aumento do número de adquirentes de unidades imobiliárias, que buscaram a resilição ou o distrato de seus compromissos de compra e venda de imóveis.

E o desfazimento do negócio se dava, essencialmente, por três diferentes razões<sup>9</sup>: (i) dificuldades financeiras supervenientes à aquisição (perda de emprego, por exemplo); (ii) dificuldade na obtenção de financiamento para quitar o saldo devedor; e (iii) especulação imobiliária<sup>10</sup>, situação muito comum naquele período.

Essa onda de ruptura em massa dos negócios jurídicos imobiliários afetou diretamente a capacidade de produção e comercialização de imóveis pelas incorporadoras, período em que ocorreu forte retração do setor imóveis.

Houve um *descasamento* entre as receitas previstas para as incorporações e as receitas efetivamente realizadas. Inclusive, algumas empresas do setor formularam pedido de recuperação judicial, almejando o soerguimento econômico e a continuidade de sua atividade produtiva, em alinhamento ao princípio da preservação da empresa.

---

<sup>9</sup> REIS, Cibele Rudolph Brock dos; DORNELLES, Gabriela Gomes; TORRES, Juliana Carolina Mousquer; THEIL, Lisandra de Lucena; GENARI, Monique; PAIM, Raffaello Fensterseifer. Distratos das promessas de compra e venda Impactos e soluções para os incorporadores. *18ª Conferência Internacional da LARES*. São Paulo – Brasil, 26 a 28 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://lares.architexturez.net/doc/oai-lares-id-lares-2018-paper-135-dornelles-torres-reis-genari-theil>>. Acesso: 01 abr. 2023.

<sup>10</sup> (...) *os compradores que revelam a conduta investidora, quando veem sinais de uma fraca valorização ou até desvalorização do imóvel que detêm, distratam o acordo com a incorporadora antes da entrega das chaves e assim, via de regra, conseguem de volta grande parte do valor pago inicialmente. Com o dinheiro recuperado, os Investidores conseguem repensar sua estratégia inicial, podendo dar entrada no pagamento de outro imóvel de mesmo perfil por um valor mais baixo, obtendo lucro a partir do valor restituído com o distrato, ou determinando outra opção de investimento.* Constatação feita pela FGV Projetos em estudo acerca “*dos Efeitos Econômicos e Financeiros dos Distratos nas Compras de Imóveis Residenciais na Planta sobre as Empresas Incorporadoras*”. (Disponível em: <<https://backend-abrainc.azurewebsites.net/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>>. Acesso em: 01 abr. 2023. p. 22).

Este *descasamento* – que tornava insuficiente as receitas para arcar com os custos naturais da incorporação e construção – foi potencializado pela ausência de legislação clara e específica que regulamentasse as hipóteses mais comuns de desfazimento dos negócios, gerando jurisprudência desuniforme acerca do tema, sobretudo em relação ao percentual de retenção de valores para as hipóteses de resolução por inadimplemento do adquirente. Em alguns casos permitia-se a retenção de fração dos valores pagos (entre 20% a 30%<sup>11</sup>), mas, em outros, determinava-se a restituição quase que integral (90%<sup>12</sup> ou, em alguns casos, até mesmo 100%<sup>13</sup> daquilo que o adquirente inadimplente havia pago), não havendo qualquer uniformização técnico-científica de entendimento – em que houvesse diferenças substanciais nas situações que justificassem esses tratamentos diversos.

Neste período (2014-2018), em que o rompimento de contratos chegou a alcançar 45% do total das promessas de venda do mercado<sup>14</sup>, a circunstância essa somada à ausência de regras claras e específicas sobre os consectários legais da quebra

---

<sup>11</sup> Compromisso de compra e venda – rescisão contratual – desinteresse do autor pela continuidade do pacto – **pretensão deferida, mas com retenção de 20% dos valores pagos** – admissibilidade – arras e mais despesas já compreendidas no percentual suso apontado - correção monetária desde o desembolso e juros empós do trânsito em julgado – sentença reformada em parte – apelo parcialmente provido. (TJSP, Ap. 1022892-42.2016.8.26.0577, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Giffoni Ferreira, DJe 14/05/2018).

<sup>12</sup> *Compromisso de compra e venda – Rescisão contratual – Legislação consumerista – Aplicação – Inadimplência – Caracterização Devolução de parcelas pagas – Restituição que deve ser imediata, sob pena de onerosidade excessiva do consumidor, **admitida a retenção do montante, em 10% da quantia paga**, o que inclui a remuneração pelas despesas administrativas – Inteligência do art. 53, do CDC e das Súmulas nºs 01 e 02 deste Tribunal – Arras confirmatórias – Valor que integra o preço do bem – Taxas de condomínio – Cobrança antes da disponibilização física do imóvel – Descabimento – Sentença de parcial procedência mantida – Recurso improvido.* (TJSP, Ap. 1008923-58.2015.8.26.0006, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Alvaro Passos, DJe 12/12/2017).

<sup>13</sup> Nesse sentido, destaca-se acórdão do TJSP, que, mesmo diante do incontroverso inadimplemento do adquirente, determinou a restituição imediata e integral dos valores pagos: *Compra e venda de imóvel – preliminar de não conhecimento do recurso da ré – afastamento - **rescisão requerida pela autora, diante de problemas pessoais e financeiros – devolução das quantias pagas que se impõe, sem a possibilidade de retenção** – empreendedora que contrata e disponibiliza corretores - devolução dos valores pagos a título de comissão de corretagem – necessidade – Ressarcimento de honorários contratuais – inadmissibilidade – ônus da sucumbência alterado - sentença parcialmente reformada - Recurso da ré desprovido e parcialmente provido o da autora.* (TJSP, Ap. 0019903-64.2011.8.26.0348, 5ª Câmara de Direito Privado, Rel. A.C. Mathias Coltro, DJe 14/04/2016).

<sup>14</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 473.

contratual, pairou enorme insegurança jurídica no setor, dada a falta de previsibilidade e relativização das cláusulas penais firmadas para as hipóteses de resolução por inadimplemento do adquirente – desconsiderando os importantes princípios da autonomia privada<sup>15</sup> e *pacta sunt servanda* – prejudicando os investimentos e contribuindo para retração do segmento.

Afinal, conforme já esclareceu o Ministro Humberto Martins, “*A regra de ouro para o investimento é a previsibilidade das decisões judiciais de cunho econômico e a garantia da segurança jurídica. (...) A ausência de regras jurídicas definidas afasta totalmente o investimento, raciocínio que também se aplica às regras econômicas que direcionam os investimentos no setor imobiliário*”.<sup>16</sup>

Felizmente, devido a importância do setor imobiliário para economia brasileira, essa indesejável *disfunção* do sistema não passou despercebida pelo Poder Público, sendo alvo de intensos debates, na tentativa de se buscar um **equilíbrio jurídico entre direitos e obrigações** dos adquirentes (não de uma forma individualizada, mas, sim, coletiva) e incorporadoras, conferindo-lhes **previsibilidade** acerca do percentual de retenção e, por consequência, de devolução de valores para as hipóteses em questão.

Vários Projetos de Lei foram apresentados na Câmara e no Senado visando à regulamentação da matéria, entre eles o Projeto de Lei nº. 1.220/2015, convertido na Lei nº. 13.786/2018 (conhecida como “lei do Distrato Imobiliário”), que introduziu novas disposições na Lei nº. 4.591/1964, entre elas o **art. 67-A e seus parágrafos**, que,

---

<sup>15</sup> “*A autonomia privada é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações que participam, estabelecendo-lhe o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica. Sinônimo de autonomia da vontade para grande parte da doutrina contemporânea, com ela porém não se confunde, existindo entre ambas sensível diferença. A expressão 'autonomia da vontade' tem uma conotação subjetiva, psicológica, enquanto a autonomia privada marca o poder da vontade no direito de um modo objetivo, concreto e real*”. (AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 347-348).

<sup>16</sup> Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/18112020-Mercado-imobiliario-precisa-de-boas-regras-e-previsibilidade--afirma-presidente-do-STJ.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2023.



conforme se verá a seguir com mais vagar, disciplina os efeitos do desfazimento de contrato de compra e venda de imóvel, mediante distrato ou resolução por inadimplemento do adquirente.

Tem-se, portanto, a *origem* da Lei do Distrato Imobiliário, que representou um notável **avanço legislativo**, conferindo maior **segurança jurídica** ao disciplinar de forma técnica e objetiva os efeitos das duas aludidas formas de extinção da promessa de compra e venda<sup>17</sup>.

E assim como nas legislações que a antecederam, observa-se nesta a primazia dada pelo legislador aos **interesses sociais e coletivos**, objetivando proporcionar um ambiente mais **equilibrado** e, com isso, fomentar o **acesso à moradia** (art. 6º da CF). Esta *mens legis* foi verbalizada na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados pelo Relator do Projeto convertido na Lei nº. 13.786/2018:

*(...) é importante ressaltar que a melhor proteção que se pode dar à sociedade é propiciar acesso à moradia, por meio de um mercado seguro e equilibrado, que viabilize a oferta de habitação a preços viáveis e a concessão de crédito de longo prazo ao consumidor. Não se pode numa suposta defesa de um interesse individual do comprador de unidades colocar em risco o direito coletivo daqueles consumidores que pretendem de fato se manter no empreendimento e, em última instância, todas as famílias que planejam a aquisição da casa própria. Um empreendimento imobiliário, quando lançado, deve chegar à sua conclusão, com entrega das unidades prometidas para os consumidores. Para tanto, a incorporadora deve valer-se de toda sua expertise, de recursos disponíveis do sistema financeiro e da boa administração dos recursos, especialmente aqueles advindos do pagamento das parcelas do preço pelos consumidores. Nesse sentido, a resolução dos contratos de compra por número expressivo de adquirentes e seu pleito de devolução praticamente*

---

<sup>17</sup> SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Direito imobiliário. Teoria e Prática*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 315;318.



***integral, impactam severamente o fluxo de caixa do empreendimento, podendo comprometer o andamento das obras e até mesmo a obtenção de financiamento bancário<sup>18</sup>”.***

A contribuição e os efeitos práticos dessa nova legislação poderão ser aferidos com mais precisão com o passar dos anos. Mas, certo é, que mesmo após o momento excepcional de pandemia, segundo apontam os dados estatísticos<sup>19</sup>, o setor imobiliário – também como decorrência de outros fatores políticos e econômicos – teve crescimento.

Feito esse breve histórico, nada mais natural seria do que o Poder Judiciário, exercendo sua **função típica**, aplicar a referida legislação, notadamente para as controvérsias relativas aos contratos de compra e venda de imóvel **firmados após 28.12.2018 – data de publicação da Lei do Distrato Imobiliário**.

No entanto, não foi assim que procedeu o Tribunal local no caso submetido à nossa consulta, pois, equivocadamente, deixou de aplicar a lei em vigor e, com isso negou vigência, a estas próprias normas que deveriam ter sido aplicadas e não foram – especialmente o art. 67- A, § 5º, da Lei nº. 4.591/64 –, bem como desconsiderou a finalidade coletiva dessa legislação e a atual jurisprudência dessa Corte Superior sobre o tema, que é respeitada por outros Tribunais estaduais, conforme se passará a demonstrar com mais vagar nos tópicos subsequentes.

---

<sup>18</sup>[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7C3856D412C2524B487BCE3DC9691D61.proposicoesWebExterno2?codteor=1631713&filename=Tramitacao-PL+1220/2015](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7C3856D412C2524B487BCE3DC9691D61.proposicoesWebExterno2?codteor=1631713&filename=Tramitacao-PL+1220/2015)>. Acesso em: 02 abr. 2023.

<sup>19</sup> Vendas de novos imóveis cresceram 9% em 2022, aponta o levantamento feito pela Abrainc em parceria com a FIPE. (Disponível em: <<https://exame.com/mercado-imobiliario/vendas-de-novos-imoveis-cresceram-9-em-2022-diz-abrainc/>>. Acesso em: 02 abr. 2023).

**IV.**

**PENA CONVENCIONAL: APLICABILIDADE DO ART. 67-A, §5º DA LEI DO DISTRATO IMOBILIÁRIO E A NECESSÁRIA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO**

A Lei nº 13.786/2018 (conhecida como “*Lei do Distrato Imobiliário*”) completou em 28.12 de 2022, 4 anos de vigência.

E, conforme já tivemos a oportunidade de nos manifestar<sup>20</sup>, durante este período, um dos temas mais discutidos, no plano da doutrina, tendo gerado jurisprudência **desuniforme**, tem sido a aplicabilidade do seu art. 67-A, §5º<sup>21</sup>, que é, justamente, o objeto da controvérsia do REsp 1.982.160/SP submetido à nossa consulta.

Este dispositivo, em linhas gerais, disciplina os efeitos do desfazimento de contrato de compra e venda de imóvel, mediante distrato ou resolução por inadimplemento do adquirente<sup>22</sup>, quando a incorporação estiver submetida ao regime de patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F da Lei nº 4.591/64.

---

<sup>20</sup> Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/379002/pena-convencional-4-anos-de-vigencia-da-lei-do-distrato-imobiliario>>. Acesso em: 02 abr. 2023.

<sup>21</sup> “Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente: I - a integralidade da comissão de corretagem; II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga. (...). **§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação**, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida **até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga**.”

<sup>22</sup> Segundo a atual jurisprudência do Eg. STJ (REsp 1867209/SP, 3ª T., Rel. Min. Paulo De Tarso Sanseverino, *DJe* 30/09/2020), o inadimplemento não pode ser compreendido apenas pela ausência de pagamento das parcelas no tempo, modo e lugar convencionados (mora), devendo ser entendido, também, *como o comportamento contrário à manutenção do contrato ou ao direito do credor fiduciário*, de modo que o pedido de resolução do contrato de compra e venda por desinteresse do adquirente, mesmo que ainda não tenha havido mora no pagamento das prestações, *configura quebra antecipada do contrato (“anticipatory breach”)*.

Nessas hipóteses, o incorporador, de acordo com a lei, deverá restituir os valores pagos pelo adquirente (deduzidas as quantias legais permitidas, por exemplo, a integralidade da comissão de corretagem), admitindo-se, também, a incidência de pena convencional (cláusula penal), cujo valor poderá ser correspondente a até 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

Ainda que se trate de legislação relativamente recente, aplicável aos contratos de compra e venda firmados após a sua vigência<sup>23</sup>, os primeiros processos discutindo a incidência do art. 67-A, §5º, já começam a ser julgados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em abril do ano passado, o **Min. Luis Felipe Salomão**, ao reconhecer a validade da pena convencional de retenção de 50% dos valores pagos para a hipótese de resolução por inadimplemento do adquirente, esclareceu que “*estando o limite estabelecido na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em conformidade com o estabelecido na lei [leia-se, art. 67-A, §5º, da Lei do Distrato] não há como declarar sua nulidade, ante a prevalência do princípio do pacta sunt servanda*”<sup>24</sup>.

Em setembro, o Min. Moura Ribeiro, ao analisar a aplicabilidade do referido art. 67-A, §5º, e a sua finalidade asseverou que a “*pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação pode chegar até o limite de 50% dos valores pagos. Isso porque, com o patrimônio afetado, o pagamento das parcelas pelos adquirentes não se mistura ao patrimônio da incorporadora, não podendo, por exemplo, fazer parte de massa falida, justamente porque esses valores serão utilizados para a conclusão da obra, assegurando a hígidez*”

---

<sup>23</sup> Esse entendimento foi firmado, *incidenter tantum*, no julgamento do Tema 1.002/STJ. Nesse mesmo sentido, confira-se: STJ, AgInt no REsp 1808162/SP, DJe 11/05/2022.

<sup>24</sup> STJ, AREsp nº 2.062.928/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04/04/2022.

## *Teresa Arruda Alvim*

*Livre Docente, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

*financeira do empreendimento e garantindo a futura entrega das unidades aos compradores adimplentes. Ou seja, foi uma opção do legislador para proteger a coletividade dos adquirentes e o próprio cumprimento do contrato<sup>25</sup>”.*

Mais recentemente, agora em abril de 2023, o Min. Raul Araújo, ao dar provimento ao Recurso Especial da Incorporadora Tegra, caso em que tivemos a honra de atuar, concluiu que, estando a cláusula penal pactuada entre as partes em consonância com o contido no art. 67-A, §5º, da Lei do Distrato Imobiliário, não há como reputá-la nula, *ante a primazia do princípio do pacta sunt servanda*. Confira-se excerto dessa escorreita decisão:

*(...). Na hipótese, o contrato foi firmado em junho de 2019 (fl. 267), portanto, posterior a entrada em vigor da Lei n. 13.786/2018, que introduziu o art. 67- A, II, da Lei 4.591/1964 apontado como violado. Dessa forma, a retenção em questão pode ser estabelecida até o teto de 50% da quantia paga, quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, tratados nos arts. 31-A a 31-F da Lei n. 4.591/1964, como no caso dos autos. **Destarte, encontrando-se o limite previsto na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em consonância com o contido na lei, não há como reconhecer sua nulidade, ante a primazia do princípio da pacta sunt servanda. Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso especial para considerar válida a cláusula de retenção de 50% (cinquenta por cento) dos valores pagos<sup>26</sup>.***

Nos Tribunais de Justiça, constata-se que o entendimento vem se consolidando no mesmo sentido. Exemplificativamente, destacam-se julgados de três Tribunais distintos:

---

<sup>25</sup> STJ, REsp nº 2.023.713/SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 23/09/2022.

<sup>26</sup> STJ, REsp nº 2.055.691/SP, Rel. Min. Raul Araújo, DJe 03/04/2023.

(...). *Devolução de 50% do preço pago fundamentada em cláusula contratual – Não abusividade da cláusula, que está dentro do limite legal – Patrimônio de afetação – Art. 67-A, §5º, da Lei 4.591/64, alterado pela Lei 13.786/18, aplicável à hipótese. Precedentes. (TJSP, Ap. 1017887-39.2021.8.26.0100, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mário Daccache, DJe 31/03/2023).*

(...). *No caso dos autos, o contrato de compra e venda de unidade imobiliária (...) foi celebrado já na vigência da Lei 13.786/2018, sendo possível a retenção de 50% dos valores pagos pelo promitente comprador, pois a incorporação está sujeita ao regime de afetação de patrimônio (...). (TJDF, Ap. 10730469-81.2021.8.07.0001, 1ª T.C., Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes, DJe 31/05/2022).*

(...). *PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL NA PLANTA. RESILIÇÃO POR CULPA DO PROMITENTE COMPRADOR (...). ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO INDEVIDA DE 50% (...). NÃO OCORRÊNCIA DE RETENÇÃO INDEVIDA. VALIDADE DA CLÁUSULA CONTRATUAL DE ACORDO COM A LEI Nº 13.786/2018. (...). (TJRJ, Ap. 0002281-77.2021.8.19.0004, 20ª C.C., Rel. Des Alexandre Eduardo Scisinio, DJe 01/04/2022).*

Percebe-se, pois, que se vem firmando nos Tribunais brasileiros um posicionamento extremamente acertado, tanto no STJ quanto nos Tribunais estaduais, reconhecendo a validade e eficácia do art. 67-A, §5º da *Lei do Distrato Imobiliário*.

E natural que seja assim, pois, como já mencionado ao longo deste parecer, vigora em nosso ordenamento jurídico o *princípio da presunção de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*, do qual decorre o *dever* de observância da referida legislação.

A lei só pode ser afastada se é tida por inconstitucional, e, para isso, de rigor, é necessário que se o faça – que haja a declaração incidental de inconstitucionalidade – de acordo com o art. 97 da Constituição Federal. Isso não ocorreu no Tribunal que proferiu o acórdão impugnado pelo recurso especial que este parecer acompanha.

Assim, ainda que a jurisprudência majoritária do TJSP seja no sentido de se reconhecer a legalidade e validade de cláusula penal redigida na forma permitida pelo art. 67-A, §5º da lei do distrato imobiliário<sup>27</sup>, isso não ocorreu no caso submetido a nossa consulta.

Extrai-se do acórdão recorrido, que a 5ª Câmara afastou a incidência e os efeitos do aludido art. 67-A, §5º, sob a alegação de que a pena convencional de 50% seria abusiva, admitindo-se, em tese, a sua redução para 20%, tal como fez o Juízo de primeiro grau na sentença, com fulcro no art. 413 do Código Civil<sup>28</sup>.

E, analisando mais atentamente o acórdão recorrido, observa-se que a redução do percentual da multa para 20% apoia-se, como já se observou, em Súmulas do TJSP e decisões do Superior Tribunal de Justiça **anteriores à Lei do Distrato**

---

<sup>27</sup> (...). *Contrato firmado sob a égide da Lei nº 13.786/2018 (fevereiro de 2020). Resolução contratual, por culpa do comprador. (...) Lei do Distrato que deve ser aplicada ao caso concreto. Aplicação subsidiária do Código de Defesa do Consumidor. Cláusula penal estipulada em 50% sobre os valores pagos. Ausência de abusividade da cláusula. Incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação. Hipótese do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591/1964, com alteração pela Lei 13.786/2018. Pena convencional não abusiva, com limite previsto em lei. (...).* (TJSP, Apl. 1101740-43.2021.8.26.0100, 4ª C.D.P., Rel. Vitor Frederico Kümpel, 17/02/2023).

*(...).* *Aplicação da Lei nº 13.786/18 (Lei do Distrato). Incorporação que foi submetida ao regime de patrimônio de afetação. Cláusula contratual prevendo a retenção de 50% dos valores pagos pelo requerido em caso de inadimplemento. Ausência de abusividade. Inteligência do artigo 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/64, com as modificações da Lei nº 13.786/2018, que possibilita, expressamente, a retenção de até 50% do pagamento efetuado. (...).* (TJSP, Apl. 1007189-92.2022.8.26.0405, 7ª C.D.P., Rel. Des. Pastorelo Kfourri, DJe 02/02/2023).

<sup>28</sup> Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.



**Imobiliário**<sup>29</sup>, que não decidiram a questão à luz do regime do patrimônio de afetação, bem como com base em uma mera “presunção de abusividade”, o que nos parece integralmente equivocado.

Além disso, não foi levado em consideração o valor do contrato em si, os valores efetivamente pagos pelas adquirentes, nem o que isso representaria a título de retenção para o incorporador, concluindo-se, apenas, que “prevalência [da cláusula penal] importaria desequilíbrio entre as partes contratantes, em detrimento do consumidor, parte hipossuficiente da demanda. Noutro giro, acarretaria locupletamento ilícito da vendedora”.

Caso fossem analisados os referidos aspectos (contrato, cláusula penal e valor efetivamente pago), seria fácil de se perceber que a pena convencional de 50% representou, tão somente, uma retenção de 13,47% do valor originário contrato, o que, claramente, não é abusivo e está de acordo com o que é comumente praticado e aceito pela jurisprudência. Este percentual, de 13,47%, é obtido por meio de uma simples regra de três, que já tivemos a oportunidade de nominá-la como “regra de três da Lei do Distrato”:

$$[(\text{valor pago} \times \text{cláusula penal}) \div \text{valor do contrato}] = \text{percentual retido pelo incorporador}$$

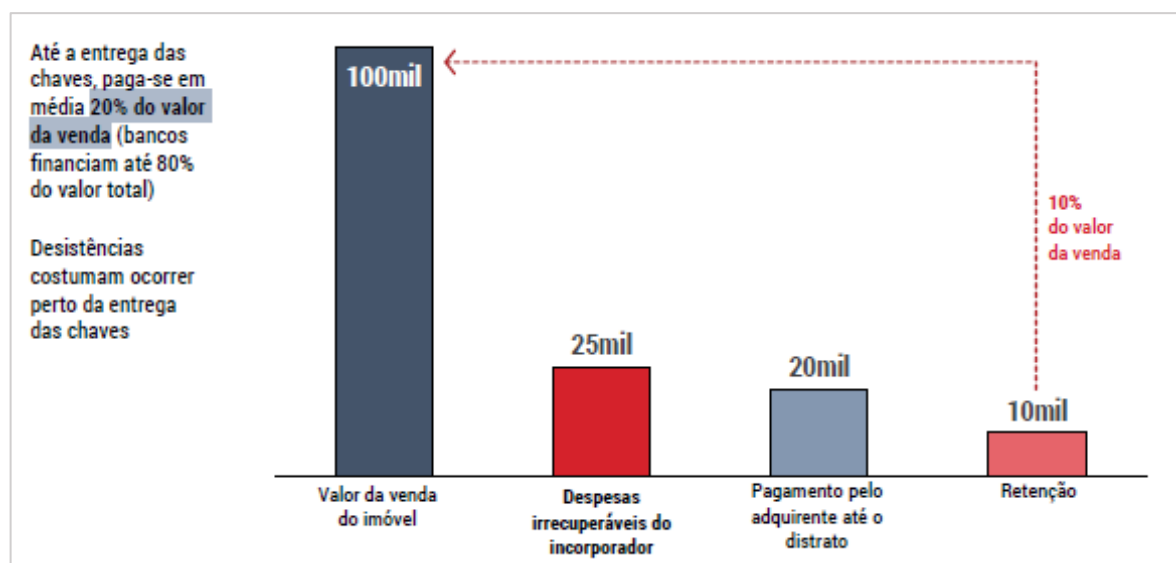
$$[(R\$ 64.669,19 \times 50\%) \div R\$ 240.000,00] = 13,47\%.$$

---

<sup>29</sup> “(...). Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento”. (STJ, REsp n. 1.723.519/SP, 2ª Seção, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, DJe 02/10/2019).



Como se sabe, em geral, os adquirentes realizam o pagamento corresponde ao valor de 20% do preço imóvel até a entrega das chaves, momento em que têm ocorrido a desistência dos compromissos de compra e venda por parte dos adquirentes. Isso ocorre porque, após a entrega das chaves, há maior disponibilidade de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras, de acordo com a legislação em vigor [Lei 4.380/1964] o financiamento deverá ser de no máximo 80% do preço imóvel. Ou seja, para obter financiamento imobiliário os adquirentes devem quitar, com recursos próprios, no mínimo 20% do preço do imóvel. Por essa razão, a multa de 50% do valor pago corresponderá a 10% do valor do imóvel, pois corresponde a metade do valor pago (multas de 10% são admitidas pelo direito, inclusive em contratos sob a égide exclusiva da legislação consumerista<sup>30</sup>). A respeito desse raciocínio, a Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias<sup>31</sup> (ABRAINC) elaborou gráfico exemplificativo:



<sup>30</sup> “Portanto, tendo a autora optado pelo reembolso dos valores pagos, sujeitou-se às penalidades estabelecidas no contrato, de modo que não faz jus ao ressarcimento integral do que despendeu com a aquisição das passagens aéreas e hospedagem. Por outro lado, o redimensionamento do percentual de retenção estabelecido na r. sentença, de 15% do valor total pago, deve ser mantido, pois não se afigura exagerado, mas suficiente para contemplar as despesas administrativas da ré e da companhia aérea” (TJSP, Ap. 1015279-34.2021.8.26.0564, 27ª Câmara de Direito Privado, Rel. Sergio Alfieri, DJe 13/12/2022).

<sup>31</sup> Disponível em: <[https://admin.abrainc.org.br/uploads/2021/05/Abrainc-02\\_A3-2021.05.07-1720.pdf](https://admin.abrainc.org.br/uploads/2021/05/Abrainc-02_A3-2021.05.07-1720.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2022.

Não se desconhece a importância do comando normativo contido no art. 413 do Código Civil para as relações contratuais como um todo. Mas, fato é, que a sua incidência, segundo o Superior Tribunal de Justiça<sup>32</sup>, e isso nos parece absolutamente correto, deve ocorrer apenas (i) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou (ii) se o montante da penalidade for *manifestamente excessivo*, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Devem ser observados alguns requisitos específicos – seja, ou não, nas relações de consumo, para se promover a redução por equidade da cláusula penal, não se admitindo mera “presunção”, tal como ocorreu na hipótese submetida à nossa apreciação. A aferição de abusividade, aliás, deve levar em consideração “o grau de culpa da parte inadimplente, a função social do contrato, pois é da essência da penalidade que seu valor seja maior que o efetivo prejuízo suportado por um dos contratantes<sup>33-34</sup>”.

Portanto, presumir que a pena convencional prevista contratualmente de acordo com o art. 67-A, §5º, seria abusiva, simplesmente, por considerar o percentual isolado de até 50%, revela a falta de compreensão das operações de financiamento

---

<sup>32</sup> (...). Conforme estabelece o art. 413 do Código Civil, há basicamente duas hipóteses que permitem ao magistrado reduzir, de forma equitativa, o valor fixado na cláusula penal, quais sejam, i) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte; ou ii) se o montante da multa for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. (STJ, REsp 1.888.028/SP, 3ª T., DJe 24/08/2022).

<sup>33</sup> STJ, REsp 1.788.596/SP, 3ª T., Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 07/08/2020.

<sup>34</sup> Acerca do tema, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de A. Nery, ao comentar a respeito do art. 413 do CC, esclarecem que: “(...) Para que se possa chegar à determinação do que seja pena manifestamente excessiva não se pode, pois, levar em consideração apenas o valor da cláusula penal em confronto com o efetivo prejuízo, já que é da essência da pena o seu valor poder ser, mesmo, maior do que o do efetivo prejuízo. Além da análise da proporcionalidade entre o valor da pena e o prejuízo causado, devem ser buscados outros critérios para a aferição da necessidade da redução equitativa da pena pelo juiz, como, por exemplo, o grau da culpa, a função social do contrato e a base econômica em que foi celebrado”. (NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. Livro Eletrônico. Art. 413.)

imobiliário além de resultar de uma visão distorcida das relações contratuais de compra e venda de imóvel<sup>35</sup>.

Em vista disso, pode-se concluir que o r. acórdão recorrido – que é objeto do Recurso Especial submetido à nossa análise – deve ser reformado, pois, proferido em desacordo com os arts. 67-A, § 5º, da Lei nº. 4.591/1964 e 413 do Código Civil, bem como em dissonância com a atual jurisprudência da Corte Superior (que é seguida por outros Tribunais estaduais). Reconhecer a legalidade e validade da pena convencional – prevista na Cláusula 7.3 do Quadro Resumo e Cláusula Décima Terceira, Parágrafo Primeiro, do Instrumento Particular (e-STJ Fl.49 e 55) –, aplicando-se seus efeitos jurídicos, é, em nosso modo de pensar, a única possível solução para o caso, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor.

## V.

### A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR UMA FALSA PERCEPÇÃO

Acredita-se, em verdade, que a propensão em presumir abusividade, que representa uma intervenção estatal exacerbada nas relações contratuais (tal como fez o TJSP na hipótese *sub judice*), está atrelada à *falsa e errônea percepção de que, desta forma, se estaria protegendo o consumidor*.

Todavia, isso não se confirma à luz da dinâmica do mercado imobiliário e das especificidades vivenciadas nessa espécie de relação negocial, marcadas pelo interesse coletivo de um grupo de adquirentes, reunidos com a finalidade de possibilitar

---

<sup>35</sup> Acerca do tema, Luiz Antonio Scavone Junior chama atenção para o fato de que “*não dever ser afastadas as regras especiais para o desfazimento do contrato insculpidas na Lei 13.786/2018 sob pena de sua ineficácia quase que completa, ainda que se trate de relação de consumo, como de fato a maioria dos contratos com incorporadoras e loteadoras representa*”. (*Direito imobiliário. Teoria e Prática*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 319).

a consecução do empreendimento e, em última análise, da concretização do direito constitucional à moradia (art. 6º da CF).

Como se sabe, uma das finalidades da incorporação consiste em permitir a venda antecipada, **objetivando a obtenção de recursos para construção e entrega das unidades habitacionais no futuro**, constituindo um pacto complexo, sustentado, essencialmente, pela confiança e pela boa-fé contratual<sup>36</sup>.

Por isso, o desfazimento de um contrato de compra e venda de imóvel repercute para muito além dos interesses das partes contratantes, podendo, em algumas situações, inviabilizar financeiramente a consecução da obra [*sobretudo quando se considera a frequência com que a rescisão dos contratos e a resolução, por culpa do comprador, desse tipo de negócio tem ocorrido*], **em prejuízo de todas aquelas – os demais consumidores - que confiaram na conclusão do empreendimento e continuam honrando as obrigações assumidas nos contratos celebrados.**

Ainda **mais grave** é o desfazimento da avença de compra e venda no contexto das incorporações imobiliárias submetidas ao regime do **patrimônio de afetação**, como é a hipótese ventilada no REsp 1.982.160/SP.

Esse regime implica, resumidamente, a separação de uma parte do patrimônio geral do incorporador, que ficará vinculada a um empreendimento específico a partir da averbação de um termo de afetação no Registro de Imóveis, resguardando a incorporação de eventuais insucessos do incorporador<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> STJ, REsp n. 1.537.012/RJ, 3ª T., Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, DJe 26/06/2017.

<sup>37</sup> MATTOS, Aldo. *Patrimônio de Afetação na Incorporação Imobiliária: Mais Proteção Para o Adquirente*. 2. ed. São Paulo: Pini, 2013. p. 42.

Uma vez instituída a afetação, a incorporação torna-se incomunicável em relação ao patrimônio geral do incorporador, submetendo-se a um regime de vinculação de receitas que assegure os meios para execução do empreendimento imobiliário<sup>38</sup>.

Melhim Namem Chalhub explica com clareza que a afetação das incorporações, com regime de vinculação de receitas dele decorrente, “*constitui garantia de incomparável eficácia em favor dos credores vinculados especificamente a cada negócio incorporativo, beneficiando em especial os adquirentes, na medida em que lhes assegura a preservação de suas aplicações financeiras e lhes outorga o direito de assumir a administração do negócio e prosseguir a obra com autonomia em relação a eventual falência da empresa incorporadora*”<sup>39</sup>.

Segundo dispõe o art. 31-A da Lei nº 10.931/04, a constituição de patrimônio de afetação destina-se “*à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes*”, o que evidenciada, claramente, o marcado espírito de coletividade na incorporação<sup>40</sup>.

Se, por um lado, a afetação protege a incorporação de eventuais intempéries vividas pela incorporadora, por outro, esse instituto fragiliza os empreendimentos que têm despesas não previstas inicialmente, impedindo eventuais aportes. A incorporadora não pode – por expressa vedação legal e inviabilidade econômica – suprir deficiências financeiras da afetação, sem transferir eventuais prejuízos aos adquirentes.<sup>41</sup>

---

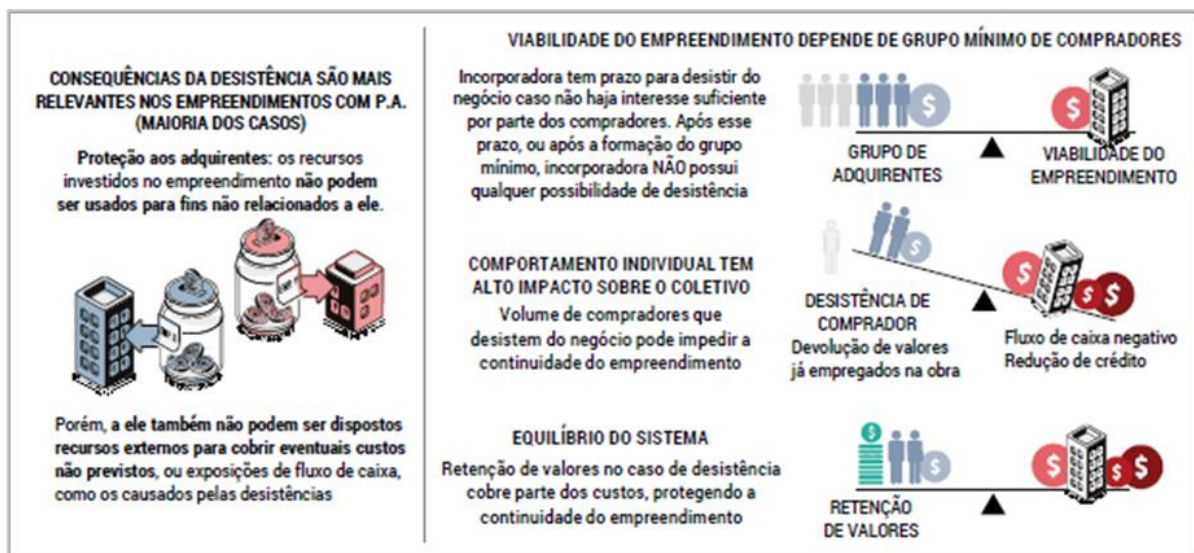
<sup>38</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Condomínio e incorporações*. Atualização: Sylvio Capanema de Souza; Melhim Namem Chalhub. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 290.

<sup>39</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Alienação fiduciária, incorporação imobiliária e mercado de capitais. Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 270.

<sup>40</sup> STJ, REsp n. 1.115.605/RJ, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 18/04/2011.

<sup>41</sup> Tanto assim é que o Enunciado 628, da VIII Jornada de Direito Civil, ressalta que: “*Os patrimônios de afetação não se submetem aos efeitos da recuperação judicial da sociedade instituidora e prosseguirão sua atividade com autonomia e incomunicáveis com relação ao seu patrimônio geral, aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos e ao plano de recuperação até que extintos, nos termos da legislação respectiva, quando seu resultado patrimonial, positivo ou negativo, será incorporado ao patrimônio geral da sociedade instituidora*”.

Assim, se desfazimentos e resoluções de contratos, por culpa do comprador, resultam desequilíbrio econômico financeiro, **todos os demais adquirentes que continuam a honrar seu compromisso sofrerão as consequências desta perda**<sup>42</sup>, uma vez que as receitas provenientes das vendas integram o conjunto de bens do patrimônio afetado. De forma ilustrativa, por meio de trabalho técnico realizado pela ABRAINCC<sup>43</sup>, tem-se a seguinte situação:



Nota-se que o prejuízo oriundo de cada uma das resilições, distratos ou resoluções, é **compartilhado** pela incorporadora e pelos adquirentes dos imóveis. Embora a saúde financeira da incorporadora não repercuta na esfera de bens do patrimônio sob regime de afetação, essa blindagem não é absoluta, pois nesse contexto de desequilíbrio econômico financeiro do empreendimento, os prejuízos repercutem na esfera jurídica de todos os adquirentes.

<sup>42</sup> Acerca do tema, com precisão, esclarece Márcia Giangiacomo Bonilha “Na medida em que, com o patrimônio afetado, o caixa do empreendimento não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações da incorporadora, as atitudes de um comprador podem afetar toda a coletividade de compradores que seguem, pontualmente, cumprindo as suas obrigações contratadas junto à incorporadora e esperam, na data aprazada, receber os seus imóveis”. (Por que a penalidade prevista no art. 67-A da Lei 4.591/64 deve ser inexorável? No prelo).

<sup>43</sup> Disponível em: <[https://admin.abrainc.org.br/uploads/2021/05/Abrainc-02\\_A3-2021.05.07-1720.pdf](https://admin.abrainc.org.br/uploads/2021/05/Abrainc-02_A3-2021.05.07-1720.pdf)>. Acesso em: 14 dez. 2022.



Por isso, as referidas especificidades da incorporação imobiliária e do patrimônio de afetação, por constituírem a vontade do legislador, que objetivou a proteção da coletividade e do próprio cumprimento do contrato de compra e venda das unidades habitacionais (tal como já sinalizou o STJ), devem ser levadas em conta por todo o Judiciário.

Como já advertiu a Min. Maria Isabel Gallotti, “[...] a intervenção estatal, com o exacerbamento na proteção conferida aos compradores de imóveis, não pode servir de desestímulo à construção civil, o que certamente redundaria em um contexto desfavorável ao consumidor, com o aparecimento de dificuldades no acesso ao almejado bem. A proteção do interesse dos consumidores, portanto, deve ser exercida de forma equilibrada, sem descuidar da coletividade, o que ensejará a sustentabilidade e a estabilidade entre os interesses envolvidos na incorporação imobiliária<sup>44</sup>”.

Apesar do caráter protetivo ao consumidor e ao aderente, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil **não chegam ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais firmadas no âmbito imobiliário.**

Tem-se, assim, que, havendo previsão contratual clara e sendo o limite da pena convencional em conformidade com a Lei do Distrato, como é, justamente, a hipótese dos autos submetidos à nossa consulta, não há como reputá-la nula, abusiva ou, simplesmente, presumi-la como excessiva, sob pena de distorcer a sistemática idealizada pelo legislador, impondo aos agentes enorme insegurança jurídica e risco sistêmico ao mercado imobiliário, afetando, em última análise, os próprios consumidores.

---

<sup>44</sup> Declaração de Voto da Min. Maria Isabel Gallotti no REsp 1.614.721-DF, 2ª Seção, j. em 22/05/2019.



Assim, também por esses fundamentos jurídicos, pode-se concluir que o r. acórdão recorrido – que é objeto do Recurso Especial submetido à nossa análise– deve ser reformado.

## VI.

### CONCLUSÕES E RESPOSTAS AOS QUESITOS

**1-) Incidem, no caso *sub judice*, os consectários da Lei nº. 13.786/18, conhecida como *Lei do Distrato Imobiliário*?**

Objetivamente, **sim**.

Extrai-se do próprio acórdão recorrido, quatro circunstâncias jurídicas que nos levam a essa conclusão, a saber: (i) a data da celebração do contrato, dia 13.04.2019 – ou seja, após a edição e vigência da Lei nº. 13.786/18; (ii) o reconhecimento de que a incorporação em questão foi submetida ao patrimônio de afetação; (iii) o incontroverso inadimplemento das Recorridas; e (iv) a existência de cláusula penal prevendo o percentual 50% de retenção para a hipótese de inadimplemento das compromissárias compradoras.

Neste cenário, ainda que as Recorridas, compromissárias compradoras, tenham o direito de requerer a resolução do contrato por impossibilidade no cumprimento da obrigação (pagamento do preço), não se pode afastar a culpa a elas atribuível e, nesse sentido, as consequências jurídicas devem observar naturalmente as disposições legais contidas na Lei nº 4.591/64, que, em seu art. 67-A, § 5º (incluído pela Lei nº 13.786/18), permite a retenção pela Incorporadora Recorrente de 50% dos valores pagos.

Assim, em nosso sentir, diferentemente do que concluiu o acórdão recorrido, devem incidir, integralmente, os consectários legais da referida Lei do Distrato Imobiliário. E, como já reconheceu essa Egrégia Corte Superior, nas recentíssimas decisões mencionados no tópico III do presente parecer, estando o limite previsto na cláusula penal em consonância com essa legislação, não há como reputá-la nula.

**2-) Pode-se dizer que o acórdão recorrido – que é objeto do REsp 1.982.160/SP –, negou vigência às normas federais aplicáveis à espécie?**

Indubitavelmente, **sim**.

Extrai-se do acórdão recorrido, que a 5ª Câmara afastou a incidência e os efeitos do aludido art. 67-A, §5º, sob a alegação de que a pena convencional de 50% seria abusiva, admitindo-se, em tese, a sua redução para 20%, tal como fez o Juízo de primeiro grau na sentença, com fulcro no art. 413 do Código Civil.

E, analisando mais atentamente o acórdão recorrido, observa-se que a redução do percentual da multa para 20% está apoiada em Súmulas do TJSP e decisões do Superior Tribunal de Justiça anteriores à Lei do Distrato Imobiliário, que não decidiram a questão à luz do regime do patrimônio de afetação, bem como com base em uma mera “*presunção de abusividade*”, o que nos parece integralmente equivocado. Aliás, como já visto no tópico III, decisões dessa Corte Superior corroboram com essa nossa conclusão.

Além disso, o Tribunal local, ao julgar o caso concreto, não levou em consideração o valor do contrato em si, os valores efetivamente pagos pelas adquirentes Recorridas, nem o que isso representaria a título de retenção para o incorporador, concluindo-se, apenas, que “*prevalência [da cláusula penal] importaria desequilíbrio entre as partes contratantes, em detrimento do consumidor, parte hipossuficiente da demanda. Noutra giro, acarretaria locupletamento ilícito da vendedora*”.

Caso fossem analisados os referidos aspectos (contrato, cláusula penal e valor efetivamente pago), seria fácil de se perceber que a pena convencional de 50% representou, tão somente, uma retenção de 13,47% do valor originário contrato, o que, claramente, não é abusivo e está de acordo com o que é comumente praticado e aceito pela jurisprudência. Este percentual, de 13,47%, foi obtido por meio da já aludida “*regra de três da Lei do Distrato*”.

Não se desconhece a importância do comando normativo contido no art. 413 do Código Civil para as relações contratuais como um todo. Mas, fato é, que a sua incidência, segundo os requisitos do dispositivo legal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça<sup>45</sup>, e isso nos parece absolutamente correto, deve ocorrer apenas (i) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou (ii) se o montante da penalidade for *manifestamente excessivo*, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

Devem ser observados alguns requisitos específicos – seja, ou não, nas relações de consumo, para se promover a redução por equidade da cláusula penal, não se admitindo mera “presunção”, tal como ocorreu na hipótese submetida à nossa apreciação.

Portanto, presumir que a pena convencional prevista contratualmente de acordo com o art. 67-A, §5º, seria abusiva, simplesmente, por considerar o percentual isolado de até 50%, revela a falta de compreensão das operações de financiamento imobiliário além de resultar de uma visão distorcida das relações contratuais de compra e venda de imóvel.

---

<sup>45</sup> (...). Conforme estabelece o art. 413 do Código Civil, há basicamente duas hipóteses que permitem ao magistrado reduzir, de forma equitativa, o valor fixado na cláusula penal, quais sejam, i) se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte; ou ii) se o montante da multa for manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. (STJ, REsp 1.888.028/SP, 3ª T., DJe 24/08/2022).

Em vista disso, podemos concluir que o r. acórdão recorrido – que é objeto do Recurso Especial submetido à nossa consulta – deixou de aplicar e, com isso, negou vigência às normas inerentes à espécie, em especial aos arts. 67-A, § 5º, da Lei nº. 4.591/1964 e 413 do Código Civil, bem como desconsiderou a atual jurisprudência dessa Corte Superior sobre o tema, que é seguida por outros Tribunais estaduais. Reconhecer a legalidade e validade da pena convencional – prevista na Cláusula 7.3 do Quadro Resumo e Cláusula Décima Terceira, Parágrafo Primeiro, do Instrumento Particular (e-STJ Fl.49 e 55) –, aplicando-se seus efeitos jurídicos, é, em nosso modo de pensar, a melhor solução para o caso.

**3-) Os fundamentos do acórdão recorrido, utilizados para afastar a incidência da Lei do Distrato Imobiliário e da cláusula penal firmada entre as partes, levam em consideração a coletividade de adquirentes?**

A resposta é **negativa**.

Desconsiderou o Tribunal local que o desfazimento da avença de compra e venda no contexto das incorporações imobiliárias submetidas ao regime do **patrimônio de afetação**, como é a hipótese ventilada no REsp 1.982.160/SP, repercute para muito além dos interesses das partes contratantes.

Isso porque, esse regime implica, como já dito, a separação de uma parte do patrimônio geral do incorporador, que ficará vinculada a um empreendimento específico a partir da averbação de um termo de afetação no Registro de Imóveis, resguardando a incorporação de eventuais insucessos do incorporador. Uma vez instituída a afetação, a incorporação torna-se incomunicável em relação ao patrimônio geral do incorporador, submetendo-se a um regime de vinculação de receitas que assegure os meios para execução do empreendimento imobiliário.

Se, por um lado, a afetação protege a incorporação de eventuais intempéries vividas pela incorporadora, por outro, esse instituto fragiliza os empreendimentos que têm despesas não previstas inicialmente, impedindo eventuais aportes. A incorporadora não pode – por expressa vedação legal e inviabilidade econômica – suprir deficiências financeiras da afetação, sem transferir eventuais prejuízos aos adquirentes.<sup>46</sup>

Assim, se desfazimentos e resoluções de contratos, por culpa do comprador, resultam desequilíbrio econômico financeiro, todos os demais adquirentes que continuam a honrar seu compromisso sofrerão as consequências desta perda, o que inclui, uma vez que as receitas provenientes das vendas integram o conjunto de bens do patrimônio afetado, sendo que as despesas incorridas o atingem diretamente.

Portanto, o prejuízo oriundo de cada uma das resilições, distratos ou resoluções, é compartilhado pela incorporadora e pelos adquirentes dos imóveis. Embora a saúde financeira da incorporadora não repercuta na esfera de bens do patrimônio sob regime de afetação, essa blindagem não é absoluta, pois nesse contexto de desequilíbrio econômico financeiro do empreendimento, os prejuízos repercutem na esfera jurídica de todos os adquirentes.

Estas especificidades foram completamente desconsideradas pelo Tribunal local ao julgar o caso concreto, o que nos parece ser absolutamente equivocado.

As especificidades da incorporação imobiliária e do patrimônio de afetação, por constituírem a vontade do legislador, que objetivou a proteção da coletividade e do próprio cumprimento do contrato de compra e venda das unidades habitacionais (tal

---

<sup>46</sup> Tanto assim é que o Enunciado 628, da VIII Jornada de Direito Civil, ressalta que: “*Os patrimônios de afetação não se submetem aos efeitos da recuperação judicial da sociedade instituidora e prosseguirão sua atividade com autonomia e incomunicáveis com relação ao seu patrimônio geral, aos demais patrimônios de afetação por ela constituídos e ao plano de recuperação até que extintos, nos termos da legislação respectiva, quando seu resultado patrimonial, positivo ou negativo, será incorporado ao patrimônio geral da sociedade instituidora*”.

*Teresa Arruda Alvim*

*Livre Docente, Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.*

como nos mostra o histórico legislativo do setor e, também, como já sinalizou o STJ), devem ser levadas em conta por todo o Judiciário.

Assim, ao menos, duas conclusões jurídicas são possíveis:

(i) apesar do caráter protetivo ao consumidor e ao aderente, o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil não chegam ao ponto de subverter a natureza onerosa das relações negociais firmadas no âmbito imobiliário; e

(ii) havendo previsão contratual clara e sendo o limite da pena convencional em conformidade com a Lei do Distrato, como é, justamente, a hipótese dos autos submetidos à nossa consulta, não há como reputá-la nula, abusiva ou, simplesmente, presumi-la como excessiva, sob pena de distorcer a sistemática idealizada pelo legislador, impondo aos agentes enorme insegurança jurídica e risco sistêmico ao mercado imobiliário, afetando, em última análise, os próprios consumidores – a visão individualista contida no acórdão recorrido não pode prevalecer e afastar a *mens legis* da Lei do Distrato Imobiliário.

Este é o nosso parecer, *s.m.j.*

Curitiba, 10 de abril de 2023.



**Teresa Arruda Alvim**