

2017 - 01 - 30

Revista de Direito Civil Contemporâneo

2016

RDCC VOL. 7 (ABRIL - JUNHO 2016)

DOCTRINA NACIONAL

6. A PROMESSA DE COMPRA E VENDA NO CONTEXTO DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E OS EFEITOS DO DESFAZIMENTO DO CONTRATO

6. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato

The agreement to sell in the context of real estate development and the effects of contract rescission

(Autor)

MELHIM CHALHUB

Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, da Academia Brasileira de Direito Civil e da Academia Brasileira de Direito Registral Imobiliário. Advogado. melhim@chalhubadvogados.com.br

Sumário:

Introdução

1 Caracterização geral da incorporação imobiliária

1.1 A incorporação imobiliária como unidade econômica autônoma

1.2 A segregação patrimonial do conjunto de direitos e obrigações da incorporação imobiliária

2 A comercialização dos imóveis integrantes das incorporações imobiliárias. A promessa de compra e venda

3 A função social do contrato de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária

4 A incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor

4.1 A posição dos tribunais superiores sobre a coexistência do CDC com as leis especiais

I O desfazimento do contrato de promessa por inadimplemento ou impossibilidade de cumprimento da obrigação do promitente comprador

5.1 O procedimento de leilão da unidade do adquirente inadimplente

1.5 2 Resolução da promessa de compra e venda

5.3 A irretratabilidade definida pela Lei 4.591 e a generalização do desfazimento imotivado do contrato

5.4 A aferição das perdas e danos provocadas pelo inadimplemento da obrigação do promitente comprador

6 Efeitos do desfazimento dos contratos sobre o sistema de produção e financiamento imobiliário

7 Conclusão

8 Referências bibliográficas

Área do Direito: Civil

Resumo:

Neste artigo são suscitadas questões relacionadas aos efeitos do desfazimento de contratos de alienação de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, por inadimplemento da obrigação do adquirente, na perspectiva do interesse comum da coletividade dos contratantes, priorizado pela Lei 4.591/1964, e da conformação da incorporação como unidade econômica autônoma, cujo objeto se realiza com lastro no seu próprio ativo.

Abstract:

This paper raises various issues related to the effects of the rescission of a contract to convey real estate from a development project due to non-performance by the buyer. On the one hand, issues are discussed from the perspective of the common interests shared by the contracting parties when considered as a collective entity, as prioritized by Law 4.591/1964. Concurrently, a real estate development project is conceived as self-contained economic unit whose value is realized with its own assets as collateral.

Palavra Chave: Incorporação imobiliária - Promessa de compra e venda - Súmula 543 - Função social do contrato.

Keywords: Real estate development - Agreement to sell - Court Resolution 543 - Social function of contract.

Introdução

A incorporação imobiliária é atividade empresarial multifacetada, cuja parte mais visível é a comercialização de imóveis integrantes de conjuntos imobiliários em construção, que usualmente é formalizada mediante promessa de compra e venda.

Para os efeitos da incorporação imobiliária, o contrato de promessa de compra e venda não se limita a operar a transmissão de direito aquisitivo ao promitente comprador (art. [1.417](#) do [CC/2002](#)), mas é também instrumento de captação de recursos para formação do capital da incorporação (arts. 28 e ss. Da Lei 4.591/1964), cujo lastro é o próprio ativo do empreendimento.

Dado que o lastro do capital da incorporação se restringe às unidades imobiliárias que a integram, a lei confere ao incorporador a faculdade de desistir da sua realização se, durante um *prazo de carência* de seis meses, a partir da oferta das unidades para venda, o resultado da comercialização não demonstrar a existência de potencial para realização do empreendimento com suas próprias forças.¹

O modelo assim traçado indica que as promessas de compra e venda são ligadas por um nexo funcional, justificado pela racionalidade econômica que aproxima a conformação da incorporação da operação financeira de um *project finance*, na medida em que o êxito do empreendimento depende da captação de recursos mediante exploração do seu próprio ativo e do seu direcionamento ao cumprimento do seu objeto - execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Caso haja perda financeira decorrente de inadimplemento da obrigação de promitente comprador, a Lei 4.591/1964 prevê a recomposição do seu capital mediante leilão para revenda do imóvel do inadimplente, de modo a possibilitar que o arrematante resgate o débito pendente e passe a aportar regularmente as parcelas do preço, entregando-se o eventual saldo ao inadimplente.

Alternativamente, a solução para o inadimplemento da obrigação do promitente comprador pode ser alcançada pela via da ação judicial de resolução da promessa, mas nesse caso a entrega da quantia a que eventualmente faz jus o adquirente se faz antes e independente da recomposição do capital da incorporação, de acordo com a jurisprudência do STJ, consolidada na Súmula 543, deduzidas da multa, que oscila entre 10% e 25%, do sinal e das despesas de administração, impostos e corretagem.

A divergência entre o critério instituído pela Lei 4.591/1964 - recomposição do capital mediante venda em

leilão, com a subsequente restituição do saldo daí resultante - e o construído pela jurisprudência - restituição imediata, de uma só vez, independente da recomposição do capital, suscita reflexão sobre os efeitos do desfazimento desses contratos, por inadimplemento da obrigação do adquirente, com vistas ao interesse comum da coletividade dos contratantes.

1. Caracterização geral da incorporação imobiliária

Dado que a promessa de compra e venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária deve atender aos requisitos estabelecidos pelos arts. 28 e ss. da Lei 4.591/1964, além daqueles indicados no art. [RTO 1.417 do RTO CC/2002](#), importa fixar a conceituação dessa atividade empresarial, a partir da qual será possível visualizar as funções peculiares desse contrato quando celebrado para esse fim.²

A incorporação imobiliária é atividade empresarial caracterizada pela produção de imóveis que compõem um conjunto imobiliário e sua comercialização enquanto em construção.

Sua regulamentação foi instituída pelas Leis 4.591/1964 (arts. 28 e ss.), 4.864/1965 e 10.931/2004; esta última acrescentou à Lei 4.591/1964 os arts. 31-A a 31-F, que dispõem sobre a constituição de patrimônios separados, de afetação, para cada incorporação, e dão nova redação a outros dispositivos dessa lei, entre eles o § 2.º do art. 32, que caracteriza a promessa de venda como contrato irrevogável.

A essas leis acrescenta-se a Lei 9.514/1997, que reformulou o sistema de garantias reais imobiliárias e criou novos mecanismos de captação de recursos destinados à produção e à comercialização de imóveis, entre eles a alienação fiduciária de bens imóveis, a cessão fiduciária de créditos oriundos da comercialização de imóveis em construção e a securitização desses créditos, por meio de Certificados de Recebíveis Imobiliários (CRI).

Estrutura-se esse negócio a partir do arquivamento e registro, no Registro de Imóveis, de um conjunto de documentos denominado *Memorial de Incorporação*, no qual constam a comprovação da titularidade do incorporador sobre o terreno onde será erigido o conjunto imobiliário, a discriminação das frações ideais do terreno, a descrição e caracterização do futuro conjunto imobiliário e de suas unidades imobiliárias autônomas, entre outros elementos de caracterização do empreendimento.

O registro do Memorial confere identidade própria à incorporação a que se refere e define os direitos e obrigações a ela relacionados.

Realiza-se o objeto da incorporação mediante construção e entrega do conjunto imobiliário, averbado no Registro Imobiliário, e liquidação do seu passivo, no qual avulta a dívida resultante do financiamento destinado à construção, que é resgatada com o produto das vendas das unidades que integram o conjunto imobiliário.

Os elementos do Memorial evidenciam a autonomia material e financeira da incorporação, expressa pela sua capacidade de geração de receitas mediante venda dos imóveis a construir, em montante suficiente para realização da obra e retorno do investimento.

Em face do potencial de receitas sinalizado pelas vendas, o incorporador toma financiamento no mercado financeiro e, em garantia, cede fiduciariamente à instituição financiadora os créditos (existentes e futuros) constituídos nas promessas de venda e dá em garantia o terreno e as futuras acessões do conjunto imobiliário; o financiamento é relevante porque, em regra, o montante das parcelas pagas pelos adquirentes durante a obra (cerca de 20% do preço de venda) é insuficiente para custeá-la no prazo programado para sua execução; seu valor é liberado parceladamente, em correspondência às etapas da obra; a instituição financiadora exerce diretamente a cobrança dos créditos cedidos em garantia fiduciária e credita ao incorporador os valores recebidos para amortização do financiamento (arts. 18 a 20 da Lei 9.514/1997).

Concluída a obra, formalizam-se, em regra em um único instrumento, a compra e venda entre o incorporador e os adquirentes, o financiamento concedido a estes para pagamento de parte do preço da aquisição e o "repasse" do crédito do incorporador (correspondente ao saldo do preço de venda) à instituição financiadora, para amortização do financiamento tomado para a construção.³

O contrato de cessão fiduciária dos créditos oriundos das promessas de venda é particularmente relevante para captação de recursos destinados à incorporação, tendo sido regulamentado especificamente para esse fim pelos arts. 18 a 20 da Lei 9.514/1997.

Trata-se de garantia real que confere extraordinária segurança jurídica ao desenvolvimento regular da incorporação, na medida em que tem como lastro promessas de venda de imóveis, celebradas em caráter irrevogável; ademais, tem boa liquidez, pois seu objeto material é crédito cujo recebimento é legalmente atribuído ao cessionário, gerando para este (em geral, o financiador da incorporação) a legítima expectativa de recebimento do financiamento garantido, no prazo programado.

A eficácia da cessão fiduciária é reforçada pela Lei 11.101/2005, que exclui os créditos cedidos fiduciariamente dos efeitos de recuperação judicial da empresa cedente ou de sua falência (§ 3.º do art. 49 e inc. IX do art. 119 da Lei 11.101/2005).⁴

Dados o nexo funcional que liga os contratos de alienação das unidades e a dependência da incorporação de suas próprias forças, o direito positivo protege seu patrimônio no interesse comum da coletividade dos contratantes por meio de mecanismos econômicos, financeiros e, até mesmo, processuais destinados a garantir a preservação do fluxo financeiro direcionado à obra e à liquidação do passivo da incorporação, dentre os quais se destacam: (i) blindagem patrimonial mediante constituição de um patrimônio separado, de afetação, para cada incorporação imobiliária (arts. 31-A e ss. da Lei 4.591/1964), (ii) irrevogabilidade das promessas de venda (§ 2.º do art. 32 da Lei 4.591/1964), (iii) blindagem do produto das vendas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação dos imóveis (art. 833, XII, do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015), (iv) procedimento extrajudicial de cobrança e leilão para recomposição do capital da incorporação, em caso de inadimplemento da obrigação dos adquirentes (art. 63 da Lei 4.591/1964), dentre outras normas que vinculam os créditos oriundos das promessas prioritariamente à execução da obra e liquidação do seu passivo.

1.1. A incorporação imobiliária como unidade econômica autônoma

Os contornos econômicos, financeiros e jurídicos assim fixados pelo direito positivo identificam a incorporação imobiliária como entidade que, embora sem personalidade, é dotada de autonomia econômica e financeira.

As normas legais que, de forma direta ou indireta, dispõem sobre a segregação patrimonial têm como pressuposto a capacidade de autossustentação econômica e financeira de cada empreendimento e a limitação dessa capacidade, tendo em vista que o lastro para formação de capital destinado à sua realização é seu próprio ativo, que é suficiente para gerar, autonomamente, os recursos necessários à execução da obra, liquidação do seu passivo e retorno do investimento, mas é limitado ao potencial da comercialização das unidades imobiliárias a construir.

Esses pressupostos de formação, execução e extinção do contrato de incorporação, que identificam como fonte de alimentação financeira o produto da alienação do seu próprio ativo, explicam e justificam a faculdade legalmente atribuída ao incorporador de valer-se de um *prazo de carência*, no qual poderá aquilatar, com razoável grau de precisão, a receptividade do produto ofertado, podendo, então, confirmar ou desistir da realização do empreendimento.⁵

Dada essa estruturação, a avaliação de risco de uma incorporação imobiliária tem como pressupostos o potencial econômico-financeiro do seu ativo e leva em conta, obviamente, a regularidade do fluxo financeiro gerado pelo pagamento dos créditos constituídos nas promessas de venda, que são cedidos fiduciariamente em garantia do financiamento para construção.

Esses e outros elementos caracterizam a incorporação imobiliária como uma unidade operacional dotada de autonomia semelhante à de um *project finance*, que, na definição de Igor Muniz:

"(...) consiste na captação de recursos financeiros por meio de complexa estrutura contratual para viabilizar um projeto sem comprometimento, ou com comprometimento limitado, do patrimônio do empreendedor; na perspectiva jurídica, constitui-se numa rede de contratos coligados que, buscando uma adequada alocação de riscos, viabilize o desenvolvimento de um empreendimento com base nos recursos por este gerados e nas

garantias dele exclusivamente derivadas".⁶

Com efeito, tanto o *project finance* como a incorporação imobiliária têm por objeto uma "complexa estrutura contratual para viabilizar um projeto sem comprometimento, ou com comprometimento limitado do empreendedor".

Em ambos os casos a operação é sustentada pelo fluxo de caixa gerado pelo próprio empreendimento, que é necessariamente empregado como garantia do financiamento para sua realização e utilizado para sua amortização,⁷ daí porque a análise de risco do financiamento concentra-se na avaliação do potencial desse ativo e na sua liquidez.

Dada essa caracterização, a incorporação imobiliária, tal como as operações estruturadas nos moldes de um *project finance*, é usualmente organizada em forma de uma sociedade de propósito específico (SPE), que tem como objeto social exclusivamente um determinado empreendimento imobiliário, cujas obrigações são resgatadas com as receitas extraídas dele próprio.

Mas, ainda que não se organize em forma de uma SPE ou de um patrimônio de afetação, e se mantenha no patrimônio geral do incorporador sem destaque algum, o certo é que cada incorporação corresponde a um conjunto de direitos e obrigações no qual as receitas da comercialização e do financiamento são naturalmente destinadas à realização do empreendimento.

A conformação é semelhante às operações de *project finance* de Parceria Público-Privada, que também constituem unidades econômicas autônomas e, assim sendo:

"O financiamento nessa modalidade leva em conta os riscos inerentes ao projeto, que devem ser considerados distintos dos riscos dos controladores da SPE. Como, em regra, a principal garantia dos financiadores é a vinculação das receitas operacionais futuras, os financiadores têm forte interesse em evitar qualquer insucesso na concessão. Nesse sentido, o instrumento da SPE constitui uma excelente ferramenta para assegurar que o projeto seja afetado apenas pelos riscos que lhe são próprios, sem contaminação por outros riscos suportados pelos controladores".⁸

A estrutura da incorporação imobiliária assim delineada pela Lei 4.591/1964, seja ela mantida dentro do patrimônio geral do incorporador ou organizada em forma de SPE ou de um patrimônio de afetação, evidencia que a viabilidade econômica e financeira do negócio depende da sua capacidade de levantamento de capital com a venda do seu próprio ativo e da regularidade do fluxo financeiro oriundo da comercialização das unidades imobiliárias que a integram.

1.2. A segregação patrimonial do conjunto de direitos e obrigações da incorporação imobiliária

A partir do pressuposto de que a realização da incorporação imobiliária depende da regularidade do fluxo financeiro oriundo da alienação das unidades e de rigoroso controle do direcionamento desses recursos, o direito positivo institui mecanismos de vinculação de suas receitas, entre os quais ressaltam os arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964, o art. 119, IX, da Lei 11.101/2005 e o art. [833, XII](#), do [CPC/2015](#) (Lei 13.105/2015).

Os arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964 regulamentam a constituição de um patrimônio separado para cada incorporação imobiliária, para cuja operação instituem meios extrajudiciais visando assegurar a execução da obra e o pagamento do passivo da incorporação, mesmo em caso de falência ou recuperação judicial da empresa incorporadora.

Como se sabe, a afetação importa na formação de um núcleo patrimonial separado no patrimônio geral do sujeito, dotado de autonomia funcional para cumprimento de determinada função, sem que se lhe atribua uma nova personalidade;⁹ é o caso do quinhão da herança, que não se funde com o patrimônio do herdeiro, mas "fica como trecho *de outro colorido* no patrimônio do herdeiro", como observa Pontes de Miranda (destaque do autor),¹⁰ além de muitas outras situações de segregação patrimonial comuns na sociedade contemporânea, como os fundos de investimento, o regime fiduciário no processo de securitização, as garantias fiduciárias de toda espécie etc.¹¹

A utilidade prática da segregação de massas patrimoniais dentro do patrimônio do sujeito, além de estar associada à ideia de reservar determinados bens a um fim exclusivo, também diz respeito à segregação de determinado núcleo de bens em favor de certo grupo de credores, como leciona Francesco Messineo:

"A utilidade e a função prática da criação de um patrimônio separado, no âmbito do patrimônio do sujeito, decorrem da possibilidade: 1) de atribuir ou de reservar certos bens a uma determinada *exclusiva destinação*, de maneira que fique excluída outra destinação, mesmo que não possa ser alcançada; 2) ou então de reservar a um certo *grupo de credores* um determinado núcleo de bens, sobre os quais possam eles *satisfazer-se com exclusão dos outros*; com a consequência de que os *outros credores* fiquem *excluídos* e de que, sobre os outros bens, tal grupo de credores não pode alegar direitos ou que, ao contrário, este grupo pode satisfazer-se só subsidiariamente, e se necessário, sobre os restantes bens do sujeito (devedor)".¹²

Na medida em que o patrimônio de afetação corresponde a um complexo de direitos e obrigações funcionalmente organizado para determinada finalidade, deve desenvolver-se por suas próprias forças e no limite dessas forças; constituindo uma universalidade, responde pelas obrigações contraídas para cumprimento da finalidade para a qual tiver sido estruturado ou que a esta estejam vinculadas; só ele responde pelas obrigações relativas a essa massa e ele responde somente por essas obrigações, não por obrigações que estejam fora dessa esfera patrimonial.

O patrimônio de afetação é dotado de ativo e passivo próprio e de mecanismos de controle da aplicação dos seus recursos, constituindo, no dizer de Serpa Lopes, "pequenos organismos patrimoniais, com uma vida própria, com a sua autonomia distinta, sob um regime jurídico todo particular".¹³

Com base nesses conceitos, os arts. 31-A a 31-F da Lei 4.591/1964 dispõem sobre a segregação do conjunto de direitos e obrigações correspondentes a uma incorporação imobiliária, sujeitando-a a um regime de vinculação de receitas e de controle da gestão do orçamento capaz de impedir o desvio de seus recursos para fins estranhos às suas próprias obrigações; além disso, dispõem que os direitos integrantes do ativo da incorporação só podem ser gravados em garantia de financiamento destinado exclusivamente à consecução do empreendimento¹⁴ e determinam que esse conjunto de direitos e obrigações se mantenha afetado até que sejam entregues as unidades e liquidado seu passivo.¹⁵

No curso do negócio a comissão de representantes dos adquirentes acompanha a construção por meio de relatórios trimestrais sobre o andamento da obra, *vis-à-vis* a programação dos ingressos de recursos a ela destinados, medida que possibilita a medição da evolução da obra e a verificação da compatibilidade dos desembolsos com o cronograma físico do empreendimento, habilitando a comissão, por esse meio, a adotar medidas necessárias para recolocar a obra em ritmo correspondente à programação do contrato.

Essa função é semelhante, *mutatis mutandis*, à do agente fiduciário em relação às debêntures, ao qual incumbe zelar pelos direitos e interesses dos debenturistas, mediante fiscalização da atuação da sociedade emissora e adoção de medidas necessárias à realização dos seus direitos, ressalvado que, na incorporação imobiliária, o poder de controle da comissão de representantes é ainda maior, já que neste caso os adquirentes é que têm poder de controle sobre o andamento das obras e assumem diretamente a administração da incorporação nos casos previstos em lei.

As normas sobre a afetação da incorporação são dotadas de extraordinária eficácia, resultante não só da blindagem do patrimônio composto pelos direitos e obrigações de uma dada incorporação, que preserva os recursos necessários à execução da obra, mediante vinculação de receitas, mas, também, mas também de mecanismo de autodefesa dos credores a ela vinculados, que, por intermédio da comissão de representantes dos adquirentes, são legalmente habilitados a realizar diretamente seus direitos, mediante prosseguimento da obra ou liquidação do patrimônio, por meio de atos extrajudiciais.

Para esse fim, a lei confere poderes à comissão de representantes para, na hipótese de falência ou recuperação da empresa incorporadora, assumir a administração da incorporação e prosseguir a obra ou liquidar o patrimônio de afetação correspondente à incorporação, o mesmo ocorrendo na hipótese de paralisação ou atraso injustificado da obra, caso em que a investidora da comissão de representantes na administração só é admitida se, notificado, o incorporador não recolocar a obra em curso normal.

Fiel à lógica da afetação patrimonial, a Lei 11.101/2005 exclui os bens e direitos integrantes desses patrimônios dos efeitos de recuperação de empresa e falência, ao dispor que os negócios organizados em forma de patrimônios de afetação - qualquer espécie de negócio, e não apenas a incorporação imobiliária - prosseguirão sua atividade até o cumprimento da sua função, quando será apurado o saldo, para arrecadação à massa, se positivo, ou habilitação de crédito, se negativo (art. 119, IX).¹⁶

A proteção patrimonial da incorporação está contemplada, também, nas normas sobre a cessão fiduciária dos créditos oriundos de promessas de compra e venda, em garantia de financiamento da incorporação, tenha ou não sido constituído para ela um patrimônio de afetação. Nesse sentido, dispõem os arts. 18 a 20 da Lei 9.514/1997 que em caso de falência do cedente fiduciante, "prosseguirá o cessionário fiduciário [instituição financiadora da incorporação] no exercício de seus direitos...", isto é, o cessionário fiduciário continuará a receber os créditos cedidos fiduciariamente, destinando o produto recebido à amortização do financiamento da construção.¹⁷

Mas não é só.

No plano processual, o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) também protege o fluxo financeiro da incorporação ao tornar impenhoráveis os créditos oriundos da alienação das unidades, vinculados à execução da obra (art. ^{RTD} 833, XII, do ^{RTD} CPC/2015),¹⁸ expandindo os efeitos da segregação patrimonial, na medida em que a impenhorabilidade alcança toda e qualquer incorporação imobiliária, independente de terem sido segregadas em forma de patrimônio de afetação averbado no Registro de Imóveis.

Aliás, essa nova disposição processual está alinhada à doutrina e à jurisprudência que já há muito reconhece a natural autonomia patrimonial da incorporação imobiliária como mecanismo de defesa e proteção da coletividade dos contratantes, independente da constituição formal de um patrimônio separado.

Disso é exemplo o acórdão do REsp 1.115.605/RJ, que exclui determinado empreendimento dos efeitos da falência de certa incorporadora, mesmo tendo sido decretada sua quebra antes da vigência da Lei 10.931/2004, cujo art. 53 instituiu as normas sobre afetação das incorporações imobiliárias; fundamenta-se a decisão em que a incorporação imobiliária configura um patrimônio naturalmente separável e que a efetivação de sua segregação e a investidura dos adquirentes na administração, em caso de falência da incorporadora, "constitui a melhor maneira de assegurar a funcionalidade econômica e preservar a função social do contrato de incorporação, do ponto de vista da coletividade dos contratantes".¹⁹

2. A comercialização dos imóveis integrantes das incorporações imobiliárias. A promessa de compra e venda

É em conformidade com a caracterização da incorporação imobiliária como unidade econômica autônoma que a Lei 4.591/1964 institui requisitos para a celebração de contratos de alienação das unidades imobiliárias a construir e define elementos de sua peculiar caracterização, visando preservar os recursos destinados ao pagamento das obrigações correntes do negócio.

O contrato empregado com mais frequência para a comercialização desses imóveis é o de promessa de compra e venda, que, no contexto da incorporação imobiliária, é dotada de requisitos específicos, que a distinguem da caracterização genérica do art. ^{RTD} 1.417 do ^{RTD} CC/2002.

Em primeiro lugar, na incorporação imobiliária esse contrato cumpre duplo papel, de transmissão de direito aquisitivo e de formação do capital da incorporação.

Assim, sua formação, execução e extinção deve atender não somente ao art. ^{RTD} 1.417 do ^{RTD} CC/2002, mas também aos arts. 28 e ss. da Lei 4.591/1964, naquilo que as normas sobre a incorporação têm de específico.

De fato, o tipo contratual definido pelo art. ^{RTD} 1.417 do ^{RTD} CC/2002 não atende à estrutura e função do modelo de operação econômica de produção e venda de imóveis integrantes de conjuntos imobiliários em construção, e para suprir essa necessidade o legislador criou um tipo peculiar de promessa de venda, que se amolda à

funcionalidade econômica e social da incorporação imobiliária, e para esse fim, entre outras especificidades, vincula o produto das alienações ao pagamento do passivo da incorporação.

A essa peculiaridade articula-se a irretroatividade, que, de uma parte, obriga o incorporador a outorgar o contrato definitivo ao adquirente e lhe assegura o direito à adjudicação compulsória e, de outra parte, sujeita o adquirente que não cumprir o contrato à perda das arras e à indenização das perdas e danos decorrentes da ruptura do contrato (art. [419](#) do [CC/2002](#)).

A necessidade de firmeza dos vínculos obrigacionais no contexto da incorporação é de tal relevância que até mesmo o recibo de sinal e o ajuste preliminar para venda são equiparados a negócios de transmissão imobiliária irretroatíveis, passíveis de registro no Registro de Imóveis, que confere direito real de aquisição ao adquirente (§ 4.º do art. 35).

A irretroatividade é inerente à natureza peculiar das promessas nesse contexto não somente por conferir proteção patrimonial a cada adquirente, individualmente, mas, também, por constituírem esses contratos, no seu conjunto, fonte de alimentação financeira indispensável para realização da função econômica da incorporação.

É a perspectiva de estabilidade do fluxo financeiro, sinalizada pela irretroatividade, que infunde no mercado financeiro a confiança na firmeza e na liquidez dos contratos de promessa, encorajando a concessão de financiamento para a construção, garantido pelos créditos nelas constituídos, mediante cessão fiduciária, além de hipoteca ou propriedade fiduciária sobre o terreno e acessões.

A terceira peculiaridade, que distingue a promessa de venda de que trata o art. [1.417](#) do [CC/2002](#) daquela tipificada nos arts. 28 e ss. da Lei 4.591/1964, é o interesse coletivo que vincula os adquirentes, na medida em que, de uma parte, a execução do programa de cada contrato de alienação depende da atuação coordenada dos adquirentes e do incorporador e, de outra parte, as questões de natureza individual são condicionadas pelo interesse comum da coletividade dos adquirentes, dada a função de aporte de capital exercida pela promessa.

Na incorporação imobiliária o conjunto dos adquirentes forma uma coletividade que se vincula por meio de *contratos comunitários* nos quais, como observa Judith Martins-Costa, a noção de comunidade e de coligação subjaz na própria racionalidade econômico-social dessa espécie de atividade empresarial:

"Uma vez que num dos polos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de 'individualidades', mas interesses supra-individuais ou coletivos (...), razão pela qual na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvido na hobbesiana luta de todos contra todos. Dessa compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos".²⁰

É em razão dessa conexão, justificada pelos "interesses transindividuais ou coletivos", que os direitos subjetivos de cada um dos promitentes compradores devem ser sopesados em face do interesse comum que vincula a coletividade dos promitentes compradores, pois a realização da função econômica e social dessa espécie de contrato, nesse contexto, mesmo visto sob a perspectiva de um só adquirente, só é concretizada com a participação pecuniária da totalidade dos adquirentes, mediante aporte regular das parcelas do preço conforme a programação do contrato.

O quarto traço peculiar da promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação é a articulação da construção à obrigação de transmissão da propriedade; a construção é atividade imanente ao contrato de venda de imóvel no regime jurídico da incorporação e é executada com as receitas provenientes das promessas e de financiamento garantido pelos créditos constituídos nas promessas.

Particularidade especialmente relevante, que evidencia o interesse comum subjacente a cada contrato, é a participação de uma comissão de representantes eleita pelos adquirentes, à qual a lei atribui o encargo de zelar pelo interesse comum da coletividade dos promitentes compradores, no que tange à manutenção do ritmo da obra, inclusive com poderes para assumir a administração da incorporação em caso de insolvência do

incorporador, entre outras situações em que a lei admite ou determina sua intervenção nos contratos individuais.²¹

A razão jurídica da atribuição de tais poderes à comissão de representantes é a priorização do interesse da coletividade dos contratantes, com ênfase para a canalização do fluxo financeiro da incorporação ao pagamento das obrigações correntes da incorporação.

As peculiaridades da promessa de compra e venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias aqui sumariamente anotadas conjugam-se como elementos naturais da incorporação imobiliária independente de manifestação das partes, pois preenchem o conteúdo necessário da promessa e "existem (...) sem necessidade de manifestação de vontade dos que negociam, ou do que negocia, a lei mesma os estabelece".²²

Esses elementos devem ser, necessariamente, considerados no processo de interpretação desses contratos, sobretudo porque eles formam uma cadeia que constitui a fonte de alimentação financeira da incorporação, de modo que "se houver quebra na cadeia, com inadimplementos contratuais, quem sai perdendo é a coletividade".²³

3. A função social do contrato de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária

Os elementos de caracterização da promessa de venda vinculada à incorporação imobiliária indicam com especial clareza o modo como se manifesta a função social do contrato nesse contexto.

No âmbito da incorporação imobiliária, esses contratos formam um conjunto de relações jurídicas interligadas, que operam em razão da causa do contrato, ligados por uma conexão funcional,²⁴ no interesse comum dos adquirentes dos imóveis integrantes do conjunto imobiliário.

São contratos que, embora dotados de autonomia estrutural, operam necessariamente de modo integrado e disso resulta que "as vicissitudes de um podem influir sobre o outro", como observa Carlos Roberto Gonçalves, citando a melhor doutrina portuguesa:

"Contratos coligados são, pois, os que embora distintos, estão ligados por uma cláusula acessória, implícita ou explícita. Ou, no dizer de Almeida Costa, são os que se encontram ligados por um nexo funcional, podendo essa dependência ser bilateral (vende o automóvel e a gasolina); unilateral (compra o automóvel e arrenda a garagem, ficando o arrendamento subordinado à compra e venda); alternativa (compra a casa na praia ou, se não for para lá transferido, loca-a para veraneio). Mantém-se a individualidade dos contratos, mas 'as vicissitudes de um podem influir sobre o outro'".²⁵

Dado que, na incorporação imobiliária, existe um "interesse comum inconfundível com cada interesse isoladamente considerado",²⁶ cada um dos contratos de promessa encerra obrigações que, inevitavelmente, produzem efeitos sobre toda a comunidade dos adquirentes; se adimplidas, viabilizam a realização do interesse comum correspondente à apropriação da unidade imobiliária por cada um dos adquirentes; ao contrário, a mora e o inadimplemento interpõem obstáculos à realização do interesse comum.

Em razão do interesse comum visado pelo conjunto das promessas, não se pode interpretar cada um desses contratos olhando apenas para a face interna das relações jurídicas, que envolve somente o interesse individual das partes contratantes; antes, a coligação desses negócios jurídicos torna indispensável identificar a articulação entre o interesse individual do incorporador e do promitente comprador e o interesse da coletividade dos promitentes compradores, que compõem o meio social sobre o qual repercutam os efeitos do contrato.

E nesse processo de interpretação percebe-se com clareza que a função do contrato "não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca", pois ao princípio da autonomia do contrato, assim como aos seus demais princípios, se agrega o princípio da função social, que, em certas situações, impede que prevaleçam os demais princípios, como observa Caio Mário da Silva Pereira ao comentar o art.  421 do  Código Civil:

"O legislador atentou aqui para a acepção mais moderna da função do contrato, que não é a de exclusivamente atender aos interesses das partes contratantes, como se ele tivesse existência autônoma, fora do mundo que o cerca. Hoje o contrato é visto como parte de uma realidade maior e como um dos fatores de alteração da realidade social. Essa constatação tem como consequência, por exemplo, possibilitar que terceiros que não são propriamente partes do contrato possam nele influir, em razão de serem direta ou indiretamente por ele atingidos. A função social do contrato, portanto, na acepção mais moderna, desafia a concepção clássica de que os contratantes tudo podem fazer, porque estão no exercício da autonomia da vontade. O reconhecimento da inserção do contrato no meio social e da sua função como instrumento de enorme influência na vida das pessoas, possibilita um maior controle da atividade das partes (...). Como princípio novo ele [o princípio da função social] não se limita a se justapor aos demais, antes pelo contrário vem desafiá-los e em certas situações impedir que prevaleçam, diante do interesse social maior" (grifamos).²⁷

Essa revisão da noção clássica do contrato, assim registrada por Caio Mário, atingiu os conceitos da autonomia da vontade e da força obrigatória, passando a preponderar "a ideia de que o contrato não encerra uma relação posta entre parênteses, encapsulada, de interesse exclusivo para as partes que se encontram vinculadas contratualmente".²⁸

É de acordo com essa concepção que, no contexto da incorporação imobiliária, o contrato de promessa deve ser visto como elemento integrante da operação econômica, de modo que, a despeito de atender ao interesse individual de cada um dos adquirentes dos imóveis, se realize em harmonia com o interesse comum da coletividade dos contratantes, isto é, coerentemente com a função social do contrato, como observa Werson Rego, ao tratar da matéria sob a perspectiva do direito do consumidor:

"Não se vê mais os contratos como uma relação antagônica, em que os contraentes estão exclusivamente preocupados com os interesses específicos de cada um deles sobre o objeto do contrato. Ao revés, a concepção moderna enfatiza o caráter de cooperação entre os parceiros contratuais, buscando-se, por intermédio dele, atingir os propósitos do contrato, quer em benefício dos contraentes, quer em benefício de terceiros (art.  122 do  CC/2002). Percebe-se que, no lugar da vontade dos contraentes, surge um novo elemento, originalmente estranho às relações contratuais: o interesse social (...)".²⁹

Assim, a função social do contrato de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária se realiza em relação à coletividade dos contratantes, e não no ambiente restrito "da relação posta entre parênteses, encapsulada", que vincula cada promitente comprador, isoladamente, sobretudo ante a conformação da incorporação como unidade econômica autônoma, cuja fonte de alimentação financeira provém dos pagamentos realizados pelos adquirentes.

É em face dessa noção contemporânea do contrato que os efeitos do desfazimento dos contratos de promessa no contexto da incorporação imobiliária devem ser sopesados, de modo a evitar a frustração do interesse comum a ela subjacente.

Com fundamento nesse pressuposto, o equilíbrio dos interesses em jogo - o interesse individual do promitente inadimplente, de restituição das quantias pagas, e o da coletividade dos contratantes, de cumprimento do objeto da incorporação - depende da recomposição seu do capital com a celeridade e em condições compatíveis com a estrutura e a função dessa atividade.

4. A incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor

A harmonização dos interesses do promitente comprador inadimplente e dos demais contratantes resulta, também, da aplicação das normas gerais do Código de Defesa do Consumidor, articuladas às normas da Lei das Incorporações.

A adequada aplicação das normas gerais do  CDC ou das normas especiais da Lei 4.591/1964 requer identificação e delimitação dos perímetros dentro dos quais cada uma delas opera.

Na medida em que o  CDC caracteriza-se como *lei geral*, por agrupar normas de proteção do consumidor em

geral, aplicáveis a qualquer espécie de contrato,³⁰ sua aplicação se faz com observância da tipicidade e funcionalidade dos tipos contratuais.

Em relação às promessas de compra e venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, as normas do [CDC](#) se aplicam nos aspectos correspondentes à relação de consumo neles caracterizada, mas não em relação aos elementos de tipificação desse contrato, instituídos, fundamentalmente, pelos arts. 28 e ss. da Lei 4.591/1964.

Incidem as normas do [CDC](#), assim, em relação à publicidade enganosa (arts. [37](#) e [51](#) do [CDC](#)), proibição de cláusulas abusivas, como as que exijam do adquirente vantagem manifestamente excessiva, deixem de estipular prazo para cumprimento da obrigação do incorporador, elevem sem justa causa o preço da unidade imobiliária (arts. 39, V, IX, X, do [CDC](#)); podem incidir, ainda, em relação a cláusulas que impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor (incorporador ou construtor), inviabilizem a inversão do ônus da prova, permitam ao fornecedor (incorporador ou construtor) alterar unilateralmente o preço da unidade, entre outras (art. [51](#) do [CDC](#)); além dessas, há a norma segundo a qual é nula a cláusula que estabeleça a perda total das quantias pagas, nos contratos de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária (art. [53](#) do [CDC](#)).

Já naquilo que têm de específico, esses contratos se sujeitam às normas especiais instituídas pela Lei 4.591/1964, pelo [Código Civil](#) e pelas leis especiais que os tipificam, aplicando-se normas do [CDC](#) quando necessário o preenchimento de lacunas da legislação especial.

A prevalência das normas da Lei 4.591/1964 em relação aos contratos de comercialização de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, naquilo que têm de específico, encontra fundamento não só no critério da especialidade, mas, também, no sistema de proteção instituído pela Lei das Incorporações especificamente para os adquirentes de imóveis em construção.

O sistema de proteção dos adquirentes de imóveis em construção instituído pela Lei 4.591/1964 é precursor do sistema de proteção do [CDC](#), ambos fundados nos mesmos princípios do equilíbrio da relação obrigacional, da boa-fé objetiva e da função social do contrato, não havendo incompatibilidade entre eles.

Entre as situações não contempladas no [CDC](#), em relação às quais a Lei 4.591/1964 confere efetividade específica à proteção do adquirente, está a forma peculiar de cumprimento do dever de informação, que na incorporação imobiliária é materializado, entre outras medidas a cargo do incorporador, pelo prévio registro do *Memorial de Incorporação*, que dá visibilidade a todas as informações necessárias a que o interessado examine a titulação do imóvel e analise as características do produto ofertado (projeto de construção aprovado, frações ideais do terreno, minuta da convenção de condomínio etc.); além disso, a lei fixa prazo para outorga do contrato ao adquirente, impõe ao incorporador o dever de informar sobre o andamento da obra à comissão de representantes dos adquirentes etc. (arts. 32, 35 e 43 da Lei 4.591/1964).

Figura de especial importância para proteção dos adquirentes é sua comissão de representantes, cujas funções contemplam o acompanhamento da obra, visando verificar a regularidade da aplicação dos recursos captados por meio das promessas, a intervenção em situações de mora dos adquirentes, com poderes para vender sua unidade em leilão extrajudicial, promover a substituição do incorporador e o prosseguimento da obra, nos casos previstos em lei, a outorga do título definitivo aos adquirentes em caso de falência do incorporador, entre outras medidas de proteção do interesse comum da coletividade dos contratantes.

O mesmo ocorre em relação à afetação do patrimônio da incorporação, regulamentada pela Lei das Incorporações, que vincula as receitas captadas pelo incorporador prioritariamente à liquidação do passivo da incorporação.

Do mesmo modo, a irretratabilidade da promessa de compra e venda, além da multa fixada na própria Lei das Incorporações para o caso de não outorga do contrato, são mecanismos de proteção dos adquirentes instituídos pela Lei 4.591/1964 e não contemplados no [CDC](#).

As normas que assim conformam o regime jurídico da incorporação imobiliária evidenciam a efetividade específica dos meios de proteção do adquirente e de segurança jurídica do contrato de alienação instituídos pela Lei 4.591/1964 (arts. 31-A a 31-F, 32, 35 e 43, entre outros), efetividade essa que explica e justifica a prevalência dessa lei especial sobre as normas gerais do [RTD CDC](#), inclusive porque estas não se ocupam dessas singularidades e, portanto, não são capazes de oferecer aos adquirentes proteção compatível com a estrutura e a função desse negócio.

São também relevantes as questões relativas à mora e ao inadimplemento da obrigação de pagamento pelos adquirentes, seja porque o retardamento de aportes de recursos importa em diminuição do ritmo da obra, em razão da redução do fluxo financeiro a ela direcionado, seja porque a restituição de quantias pagas pelo adquirente inadimplente depende de levantamento de recursos extraorçamentários, que são obtidos mediante revenda da unidade objeto da resolução do contrato.

A existência de regime jurídico especial para a promessa de compra e venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, dotado de mecanismos destinados à preservação do equilíbrio econômico do contrato, realização da sua função social nesse contexto e proteção do adquirente, justifica atenção especial à singularidade desse negócio jurídico, de modo a evitar que a aplicação arbitrária de normas do [RTD CDC](#), com desprezo do regime instituído pela lei especial, leve a distorções que acabem por prejudicar ou frustrar a realização do objeto da incorporação, em prejuízo da coletividade.

Exemplo típico é o arrependimento, assegurado ao consumidor em relação à compra de coisa móvel, sobretudo por via de telefone ou internet, mas inaplicável à promessa de compra e venda.

O arrependimento não é compatível com a incorporação imobiliária não só porque se contrapõe à irretroatividade expressamente prevista no art. 32, § 2.º, da Lei 4.591/1964, como, também, porque se opõe à ideologia do próprio [RTD CDC](#), que não admite o desfazimento do contrato senão nos casos nele previstos; é, ainda, inadmissível o arrependimento porque o princípio da conservação dos contratos "é uma das características do [RTD CDC](#), de forma a realizar as expectativas legítimas do consumidor quanto ao ideal de equilíbrio (justiça) contratual".³¹

4.1. A posição dos tribunais superiores sobre a coexistência do CDC com as leis especiais

É alinhada a esses conceitos relacionados à coexistência das normas no sistema que as normas de [RTD CDC](#) se aplicam "nos limites da realidade do contrato, sua estrutura, tipicidade e funcionalidade" para evitar que se chegue "ao ponto de transformar um contrato de compra e venda em doação, ou desfigurar um contrato de seguro ou de transporte sob pena de fazer direito alternativo".³²

Com base nessa orientação, a jurisprudência reconhece a sujeição da generalidade dos contratos ao [RTD CDC](#), nos aspectos correspondentes à relação de consumo, mas ressalva a prevalência da lei especial naquilo que tem de peculiar.

Assim definiu o STF na ADIn 2.591, ao confirmar a incidência do [RTD CDC](#) sobre os contratos bancários, quando celebrados com consumidores, ressaltando, entretanto, que as normas específicas relativas ao aspecto financeiro da operação que prevalecem sobre o [RTD CDC](#).³³

O debate que se travou nesse julgamento ressalta a necessidade de identificação dos distintos planos de incidência do [RTD CDC](#) e das normas especiais, de modo a evitar invasão do campo de aplicação das normas especiais, como salienta em seu voto o Min. Cezar Peluso:

[As normas do [RTD CDC](#) se aplicam] "sobre os aspectos factuais da relação entre instituição do sistema financeiro e cliente, encarada apenas do ponto de vista do consumo. Não invadem, portanto, nenhuma competência que se possa qualificar reservada a normas regulamentares do sistema financeiro nacional, cujo âmbito de aplicação, ou de validade material, é outro (...). O [RTD CDC](#) não tende a disciplinar as relações entre as instituições integrantes do sistema financeiro nacional e seus clientes, sob o prisma estritamente financeiro

(...)"

Assim também tem decidido o STJ em relação à coexistência do  CDC com as leis especiais sobre os contratos aplicáveis às incorporações imobiliárias.

Em relação à prevalência da Lei 4.591/1964, no que diz respeito às particularidades da incorporação, merece registro o REsp 80.036/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, segundo o qual "o contrato de incorporação, no que tem de específico, é regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/1964)".

No que tange ao regime jurídico do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis, também muito empregado nas incorporações imobiliárias, até o ano de 2015 o STJ havia julgado quatro recursos especiais e em todos eles afirmou a prevalência da norma especial da Lei 9.514/1997 sobre a norma geral do  CDC, em relação ao critério de liquidação do crédito do credor fiduciário em caso de inadimplemento do devedor fiduciante, como ilustra o REsp 1.230.384/SP, relator o Min. Paulo de Tarso Sanseverino:

"A regra especial do § 4.º do art. 27 da Lei 9.514/1997 claramente estatui que a restituição ao devedor, após a venda do imóvel em leilão, será do valor do saldo que sobejar ao total da dívida apurada. Portanto, existe regra especial para a situação jurídica em questão, que deve preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor".³⁴

Da posição assim firmada pelos tribunais superiores deflui com clareza que a incidência do  CDC sobre os contratos de alienação de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, quando caracterizem relação de consumo, não exclui a aplicação da legislação especial que os regulamenta; antes, em relação aos efeitos do inadimplemento da obrigação do promitente comprador, devem preponderar as normas da Lei 4.591/1964 que priorizam o interesse comum subjacente aos contratos individuais de aquisição e o princípio da função social do contrato, de acordo com as quais a recomposição do capital da incorporação, que assegura a satisfação do interesse comum da coletividade dos contratantes, deve preceder a eventual restituição das quantias pagas pelo adquirente inadimplente.

I. O desfazimento do contrato de promessa por inadimplemento ou impossibilidade de cumprimento da obrigação do promitente comprador

Como vimos, o regime jurídico da incorporação imobiliária a sujeita a mecanismos de controle e proteção dos interesses da coletividade dos contratantes, entre eles a participação de uma comissão de representantes dos adquirentes, encarregada de acompanhar a obra, adotar medidas de recomposição de situações de mora etc.; a irretratabilidade das promessas de venda; a blindagem patrimonial do conjunto de direitos e obrigações da incorporação, mediante constituição de patrimônio de afetação; a vinculação de receitas e a impenhorabilidade dos créditos derivados da alienação das unidades, vinculados à execução da obra, além de outras normas de proteção do interesse comum subjacente aos contratos de alienação das unidades.

O propósito dessas normas é, fundamentalmente, assegurar a estabilidade do capital e a regularidade do fluxo financeiro proveniente do pagamento das parcelas do preço de venda e do financiamento, das quais depende a consecução do empreendimento.

5.1. O procedimento de leilão da unidade do adquirente inadimplente

Para atender a esse propósito, a Lei 4.591/1964 instituiu procedimento extrajudicial destinado a solucionar as situações de mora e inadimplemento das obrigações do promitente comprador com celeridade e em condições compatíveis com a estrutura da incorporação imobiliária.

Trata-se do procedimento regulamentado pelo art. 63 da Lei 4.591/1964, segundo o qual o promitente comprador em mora deve ser notificado para pagar o débito vencido sob pena de, não o fazendo, a comissão de representantes dos adquirentes ou o incorporador promover leilão público para venda da fração e acessões a ele atribuídas.

O leilão é procedimento compatível com a função econômica e social do contrato, na medida em que visa à

preservação dos recursos financeiros necessários ao cumprimento do objeto da incorporação, ao possibilitar, sem delongas, a substituição do adquirente inadimplente por outro adquirente, que, no leilão, pagará integralmente o débito pendente e passará a aportar desde logo o valor das parcelas do saldo devedor do preço da unidade.

Por esse meio é possível mitigar os efeitos da mora e recompor o fluxo financeiro destinado ao pagamento das obrigações correntes da incorporação com a celeridade necessária à recomposição da estabilidade do fluxo financeiro do empreendimento.

De fato, considerando a conformação da incorporação imobiliária como unidade econômica autônoma, cuja fonte de alimentação financeira limita-se às receitas provenientes das vendas, a solução capaz de atender aos interesses das partes, em prazo compatível com as necessidades da incorporação, é a substituição do inadimplente por outro adquirente dotado de capacidade financeira para participar do negócio, seja mediante venda diretamente pelo adquirente inadimplente ou mediante transação entre este e o incorporador, para distrato da promessa, ou, ainda, por meio de venda em leilão.

Ao mesmo passo em que possibilita a pronta recomposição do fluxo financeiro, o leilão é critério equânime de desfazimento do vínculo, pois possibilita a apuração de resultado financeiro compatível com as condições de mercado, assegurado ao adquirente inadimplente o recebimento do saldo apurado, como observa Caio Mário da Silva Pereira:

"A Lei 4.591, de 1964, estabeleceu um procedimento de venda que se realiza sem delongas, e com todas as garantias para o adquirente (...) o leilão oferece, portanto, o mais equânime dos critérios: presteza na solução; reversão ao condomínio do preço apurado com as deduções previstas; entrega do saldo ao adquirente faltoso".³⁵

Anote-se, por relevante, que o leilão não viola qualquer norma do [RTD CDC](#), pois se trata de ato inerente a qualquer procedimento de execução, destinado a levantar recursos para liquidação do crédito e acertamento de haveres entre devedor e credor.

A esse propósito, importa anotar, por relevante, que ainda que a cobrança e expropriação não fossem realizadas nos moldes do art. 63 da Lei 4.591/1964, o desfecho do procedimento seria inevitavelmente o leilão do direito aquisitivo do adquirente inadimplente sobre a unidade imobiliária e sobre outros bens do seu patrimônio, como ocorre em qualquer procedimento de execução.

Ressalvam-se, obviamente, os inconvenientes resultantes da compulsoriedade da venda, passíveis de ocorrer no procedimento de expropriação decorrente de qualquer processo de execução.

1.5.2 Resolução da promessa de compra e venda

Diversa é a solução do inadimplemento da obrigação do promitente comprador pela via da ação judicial de resolução da promessa.

Opera-se a resolução mediante procedimento comum ordinário, que comporta a extinção do contrato, o retorno das partes ao *status quo ante* e a indenização das perdas e danos causados pelo inadimplemento, além de pagamento do valor correspondente à fruição do imóvel, caso este tenha sido colocado à disposição do adquirente, entre outros encargos.

As perdas e danos podem ser estabelecidas em cláusula penal no contrato de promessa, geralmente em percentual calculado sobre o valor do contrato ou sobre o valor pago pelo promitente comprador.

A eventual restituição de parte das quantias pagas pelo adquirente, deduzidas as perdas e danos, é matéria vinculada aos princípios enunciados nos arts. 413 e 884 e ss. do [RTD CC/2002](#) e no art. [RTD 53](#) do [RTD CDC](#).

Dada a qualificação das promessas de venda de imóveis integrantes de incorporações como contratos irrevocáveis, seu desfazimento só é admitido em razão de inadimplemento das obrigações, seja do incorporador ou do adquirente, ou de comprovada impossibilidade do seu cumprimento, hipótese em que a

parte que der causa à ruptura do contrato responde pela indenização das perdas e danos daí resultantes.

Caso o promitente comprador dê causa à resolução, deixando de pagar parcelas do preço, perderá em benefício do promitente vendedor o sinal dado (art. [418](#) do [Código Civil](#)), além da sanção compensatória estipulada em contrato.

A jurisprudência do STJ tem limitado a pena pelo inadimplemento a um percentual que varia entre 10% e 25% das quantias pagas pelo promitente comprador, além da perda da quantia paga a título de arras e do reembolso das despesas de comercialização e taxa de fruição, se for o caso, como ilustram as seguintes ementas:

"Direito civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Rescisão. Inadimplência do comprador. Devolução dos valores pagos. Cabimento. Retenção de parte dos valores pelo vendedor. Indenização dos prejuízos suportados. Cabimento. Arras. Separação. 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. 2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso. 3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. [418](#) do [CC/2002](#) (art. [1.097](#) do [CC/1916](#)), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão. 4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador. 5. Recurso especial a que se nega provimento".³⁶

"Direito civil e processual civil. Civil. Promessa de compra e venda de imóvel. Inadimplência. Rescisão contratual. Devolução das parcelas pagas. Cabimento. Retenção de 25% em benefício do vendedor. Aluguéis pelo uso do imóvel. Termo a quo. Súmula 7. 1. O entendimento firmado no âmbito da Segunda Seção é no sentido de ser possível a rescisão do compromisso de compra e venda, por parte do promitente comprador, quando se lhe afigurar economicamente insuportável o adimplemento contratual. 2. Nesse caso, o distrato rende ao promissário comprador o direito de restituição das parcelas pagas, mas não na sua totalidade, sendo devida a retenção de percentual razoável a título de indenização, entendido como tal 25% do valor pago. 3. O acórdão entendeu que os recorridos foram constituídos em mora somente com a notificação extrajudicial, termo a partir do qual foram fixados os aluguéis pelo uso do imóvel, por isso tal conclusão não se desfaz sem o reexame de provas. Incidência da Súmula 7. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, parcialmente provido".³⁷

As reiteradas decisões nesse sentido³⁸ deram origem ao Enunciado [543](#) da Súmula do STJ, publicada em 31.08.2015, do seguinte teor:

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."

Os acórdãos paradigmas em que se fundamenta a Súmula fundamentam-se em que é abusiva a cláusula que prevê a postergação da restituição das quantias pagas pelo promitente comprador para após o término da obra, permitindo que o incorporador aufera vantagem ao apropriar-se do produto da revenda da unidade imobiliária sem destiná-lo ao adquirente retirante. Consideram, ainda, potestativa a faculdade conferida ao incorporador para revender a unidade quando bem entender (REsp 1.300.418/SC e REsp 633.793/SC, entre outros).

É o que consta no acórdão do REsp 1.300.418/SC, que deu origem ao enunciado da Súmula, segundo o qual é abusiva essa cláusula, pois o incorporador poderá, "mais uma vez, revender o imóvel a terceiros e, a um só

tempo, auferir vantagem com os valores retidos," merecendo destaque o seguinte excerto do voto do relator:

"Nessa linha, a jurisprudência da Casa vem proclamando, reiteradamente, ser abusiva, por ofensa ao art. 51, incisos II e IV, do Código de Defesa do Consumidor, a cláusula contratual que determina, em caso de rescisão de promessa de compra e venda de imóvel, a restituição das parcelas pagas somente ao término da obra, haja vista que *poderá o promitente vendedor, uma vez mais, revender o imóvel a terceiros e, a um só tempo, auferir vantagem com os valores retidos* - além da própria valorização do imóvel, como normalmente acontece" (grifamos).

Além desse fundamento, o acórdão considera potestativa a faculdade conferida ao incorporador de revender a unidade quando bem entender e de se apropriar dos recursos aí obtidos, sem vincular esse resultado financeiro à restituição, porque sujeitaria esse negócio "ao puro arbítrio de uma das partes":

"Parece abusiva mesmo no âmbito do direito comum, porquanto desde o Código Civil de 1916 - e que foi reafirmado pelo Código Civil de 2002 - são ilícitas as cláusulas puramente potestativas, assim entendidas aquelas que sujeitam a pactuação 'ao puro arbítrio de uma das partes' (art. ^{RTD} 122 do ^{RTD} CC/2002 e art. ^{RTD} 115 do ^{RTD} CC/1916)".

Os demais precedentes invocam o mesmo fundamento, salientando que a revenda do imóvel sem a correspondente e simultânea liquidação do crédito do adquirente inadimplente configura enriquecimento indevido do incorporador.

Destaque-se do voto da relatora, Min. Nancy Andrighi, no acórdão do REsp 633.793/SC, que "não é possível autorizar-se que a incorporadora possa imediatamente dispor do imóvel sem reconhecer, quanto à fruição dos dinheiros empregados, o mesmo direito ao recorrido":

"A manutenção da *cláusula contratual em análise* gerará enriquecimento indevido à recorrente. Conquanto tenha este por linha de defesa a necessidade de respeito ao auto-financiamento dos imóveis populares construídos, o fato é que tal disposição obriga o consumidor a esperar pelo término completo das obras de todo o conjunto habitacional, mas *nada diz a respeito da possibilidade de revenda do mesmo imóvel a terceiro pela incorporadora, que passaria, assim, a obter um duplo financiamento para a construção com lastro na mesma unidade residencial*. Com a rescisão contratual, necessário é o retorno ao 'status quo ante' para as duas partes em iguais condições; não é possível autorizar-se que a incorporadora possa imediatamente dispor do imóvel sem reconhecer, quanto à fruição dos dinheiros empregados, o mesmo direito ao recorrido" (grifamos).

É, sem dúvida, abusiva a cláusula que possibilita a revenda da unidade e não obrigue o incorporador a destinar parte do produto aí obtido ao promitente comprador retirante.

Entretanto, não tem sido considerada a necessidade de adequação da liquidação do crédito do inadimplente à conformação peculiar da incorporação - notadamente a exigência legal de controle orçamentário -, e esse é aspecto de relevante importância na ponderação dos interesses em jogo - em atenção aos princípios do equilíbrio e da função social do contrato -, que justifica um esforço de construção jurisprudencial, visando "o melhor resultado coletivo e não apenas o interesse isolado de um demandante específico", como observa o Desembargador Werson Rego, do TJRJ:

"Estimular o julgador a entender que a decisão dele tem repercussão nas atividades econômicas e levando-o à reflexão sobre a importância dos julgamentos levarem segurança jurídica, estabilidade e paz aos mercados. As decisões têm que buscar, tanto o quanto possível, o melhor resultado coletivo e não apenas o interesse isolado de um demandante específico. O julgador tem que saber como o mercado interpreta uma decisão judicial. Se julgarmos contra a regra, aumentamos os riscos nos mercados, que vão se proteger. E como? Embutindo o risco nos preços dos serviços e produtos. No final, quem pagará a fatura é o consumidor. Quando se pensa estar protegendo um consumidor ao dar a ele uma proteção jurídica sem um efetivo direito, esta conta será dividida com todos os consumidores daquele mercado. Então, surge a pergunta: será que os outros consumidores, sabendo disso, vão querer pagar esta conta ou vão preferir que o juiz seja rigoroso na análise de quem tem ou não razão?".³⁹

Com efeito, a questão do desfazimento das promessas de venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias não se esgota na apreciação das questões de fato e de direito contidas no limitado campo da relação jurídica constituída pelo incorporador e pelo adquirente demandante.

A decretação do desfazimento e a definição de critério de liquidação do eventual crédito do inadimplente são apenas parte do problema e não o solucionam por inteiro, porque os efeitos da ruptura do contrato de promessa extrapolam os limites da relação jurídica individual e atingem o interesse comum da coletividade dos contratantes da incorporação.

Esses efeitos, contudo, não têm sido considerados na construção da jurisprudência dominante, apesar de prejudicarem o interesse da coletividade dos contratantes, pois, na medida em que o inadimplemento importa em diminuição do capital da incorporação imobiliária, o cumprimento do seu objeto dependerá de recomposição do seu fluxo financeiro, que, por sua vez, depende da revenda da unidade objeto da resolução, pois o lastro para formação do capital da incorporação limita-se ao número de unidades do empreendimento.

Além desse aspecto específico, há outras questões relacionadas ao desfazimento de promessas na incorporação imobiliária, que compõem o problema como um todo, e não chegaram a ser considerados nos precedentes da Súmula 543.

Merece também atenção o desfazimento imotivado de promessa de compra e venda com fundamento em simples manifestação de arrependimento do promitente comprador, com desprezo à irretratabilidade definida pela Lei 4.591/1964.

Situação igualmente merecedora de atenção é a do promitente comprador-investidor, que adquire o imóvel "na planta" com o propósito de revendê-lo com lucro por ocasião do "habite-se" ou de auferir renda de locação; sucede que em situações de crise (como a que ocorre nos anos 2014/2015), ao ver frustrada sua expectativa de lucro, seja pela não valorização em conjuntura desfavorável ou por falta de liquidez no mercado, o promitente comprador-investidor simplesmente desiste do investimento e busca o desfazimento imotivado do contrato.

Há também situações em que se dá a resolução da promessa por não reunir o adquirente as condições de renda ou de cadastro de crédito para obtenção de financiamento para pagamento do saldo do preço.

Essas e outras situações envolvendo o contrato de promessa de compra e venda não foram objeto dos precedentes da Súmula 543, mas merecem atenção.

5.3. A irretratabilidade definida pela Lei 4.591 e a generalização do desfazimento imotivado do contrato

Observa-se nos precedentes da Súmula que, além da justificada pretensão de desfazimento do contrato fundada em inadimplemento, tem sido acolhida, também, pretensão imotivada de rompimento da promessa, desprezando-se a regra da irretratabilidade instituída pelo art. 32, § 2.º, da Lei 4.591/1964.

O reconhecimento da faculdade de arrependimento pode levar a grave distorção quando, por exemplo, atende a pretensão de desfazimento imotivado por iniciativa de promitente comprador-investidor, que adquire o imóvel "na planta" e, se não se confirmar sua expectativa de lucro quando da entrega das chaves, busca desvincular-se da incorporação aproveitando-se da jurisprudência protetiva do adquirente, enquanto consumidor, como registra a doutrina:

"Pode ocorrer que alguns adiram à incorporação e, se o mercado não for favorável para a atividade imobiliária, exijam a restituição do que pagaram, com juros e correção monetária, tal como se a aplicação tivesse sido feita em caderneta de poupança".⁴⁰

Efetivamente, nada justifica a aplicação, em benefício do promitente comprador-investidor, da jurisprudência protetiva do adquirente qualificado como consumidor, pois, ao adquirir com finalidade de investimento, o investidor assume o risco do negócio - seja de lucro ou de prejuízo; é dele o lucro que embolsa ao revender o imóvel por ocasião do "habite-se", do mesmo modo que ele é que deve suportar o prejuízo se não houver a valorização que esperava, tal como em qualquer investimento.

Bem a propósito, em artigo no qual aprecia aspectos relacionados à Súmula 543, o Desembargador Werson Rego, do TJRJ, chama a atenção para os efeitos da descapitalização da incorporação em decorrência de desfazimentos de promessas de compra e venda:

"Quando o mercado está se valorizando mais do que os índices de reajustes legais, este adquirente coloca sua unidade à venda, repassando o valor a outro cliente e saindo do negócio com o seu lucro. Por outro lado, quando o mercado está em crise, com valores que não acompanham, esse investidor prefere sair do negócio, realizando parte de suas perdas. Entretanto, ao se deferir a recuperação do capital investido, em parcela única e imediatamente, pode-se até dizer que se protegeu o adquirente na forma da legislação consumerista. Em verdade, porém, se protegeu um investidor/especulador, mas foram 'desprotegidos' todos os demais verdadeiros consumidores, destinatários finais das unidades em incorporação, que, diante da descapitalização da incorporadora, correm o risco de ver a obra atrasar. E, se um número expressivo de investidores desistir do negócio, corre-se o grave risco de a incorporação ficar sem recursos para ser concluída. Quem perde mais?"⁴¹.

Por essa razão, o articulista conclui pela necessidade de exame das peculiaridades do caso concreto, para evitar que, ao se proteger individualmente um adquirente, se exponha a risco os demais adquirentes integrantes da incorporação:

"Assim, quando às vezes pensamos proteger o adquirente 'visível', desconsiderando o efeito econômico do pronunciamento judicial, sem desejarmos ou até mesmo sem percebermos, deixamos desprotegido o consumidor 'invisível'. Por isso, fundamental o cuidado com as particularidades do caso concreto - matéria de prova, nada obstante, afastada da análise da Corte Superior (Súmula ^{RTD} 7, STJ)".⁴²

5.4. A aferição das perdas e danos provocadas pelo inadimplemento da obrigação do promitente comprador

Aspecto que igualmente merece atenção é a padronização da penalidade pelas perdas e danos do incorporador, fixada pela jurisprudência entre os limites de 10% a 25% das quantias pagas pelo promitente comprador inadimplente.

A padronização é incompatível com a função da cláusula penal.

Em primeiro lugar, porque desconsidera as perdas efetivamente sofridas e, em segundo lugar, porque na maioria dos casos não repara as perdas causadas ao incorporador pelo desfazimento, tendo em vista que, em regra, o adquirente paga cerca de 20% no curso da obra e completa o pagamento quando da entrega das chaves, geralmente com recursos de financiamento que obtém no mercado financeiro. Nesses casos, admitindo-se, a título de ilustração, que o adquirente tenha pago as parcelas exigíveis durante a obra e venha a obter a resolução do contrato quando da exigibilidade da parcela das chaves, geralmente em torno de 80%, a penalidade fixada entre 10% e 25% das quantias pagas corresponderia a um percentual entre 2% e 5% do preço de venda, que não cobre sequer os desembolsos efetivados pelo incorporador para a celebração do contrato.

A situação merece reflexão, à luz do art. ^{RTD} 402 do ^{RTD} CC/2002, que assegura ao credor a indenização daquilo que ele perdeu e do que deixou de lucrar, bem como do art. ^{RTD} 53 do ^{RTD} CDC e dos arts. 884 e ss. do ^{RTD} CC/2002, que vedam o enriquecimento sem causa, segundo os quais o desfazimento do contrato, por qualquer motivo, não poderá gerar ganho para nenhuma das partes, devendo, antes, propiciar a justa recomposição das perdas e danos decorrentes da resolução ou do distrato.

À luz dessas normas, a fixação de um percentual-padrão para a penalidade pode gerar situação de desequilíbrio, sendo recomendável sua apuração em cada caso, em conformidade com os prejuízos causados pelo desfazimento e com o montante pago pelo adquirente, como registra Claudia Lima Marques, referindo-se às conclusões do II Congresso Brasileiro do Direito do Consumidor.⁴³

Bem a propósito, é útil relembrar que foi vetado um parágrafo do art. 53, que previa a restituição ao devedor inadimplente, com fundamento em que tal dispositivo se omitia em relação ao desconto dos custos e despesas do vendedor, decorrentes da contratação, e essa omissão poderia trazer "consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia".⁴⁴

De fato, nas incorporações imobiliárias as perdas e danos decorrentes de desfazimento de promessa de venda não são semelhantes àquelas decorrentes de um negócio isolado, em que o vendedor, sem ter feito qualquer investimento de natureza industrial, contrata a transmissão da propriedade e entrega o imóvel ao adquirente.

Para os fins da incorporação, a comercialização requer a mobilização de variados fatores de produção por parte do incorporador, que capta recursos no mercado financeiro, realiza despesas irreversíveis, paga taxas e comissões que jamais poderá recuperar, mesmo que o desfazimento do contrato se faça amigavelmente.

Antes mesmo de contratar, o incorporador já terá feito vultosos investimentos de natureza comercial e industrial, planejando e projetando, e no curso do contrato tomará financiamento, para garantia do qual cederá fiduciariamente os créditos constituídos nas promessas, e mobilizará outros fatores de produção visando o cumprimento do objeto da incorporação.

São os casos, por exemplo, dos desembolsos feitos pelo incorporador a título de publicidade e marketing, impostos e contribuições federais calculados sobre o valor da venda, corretagem, fruição, lucros cessantes etc., entre outras, que somente são passíveis de ser calculadas em face de cada caso concreto.

Assim, dadas as peculiaridades da atividade empresarial da incorporação imobiliária e a diversidade de situações que envolvem o desfazimento dos contratos de promessa de venda nesse contexto, as perdas e danos daí decorrentes devem ser apuradas caso a caso, em conformidade com os prejuízos demonstrados e com o montante pago pelo adquirente.

6. Efeitos do desfazimento dos contratos sobre o sistema de produção e financiamento imobiliário

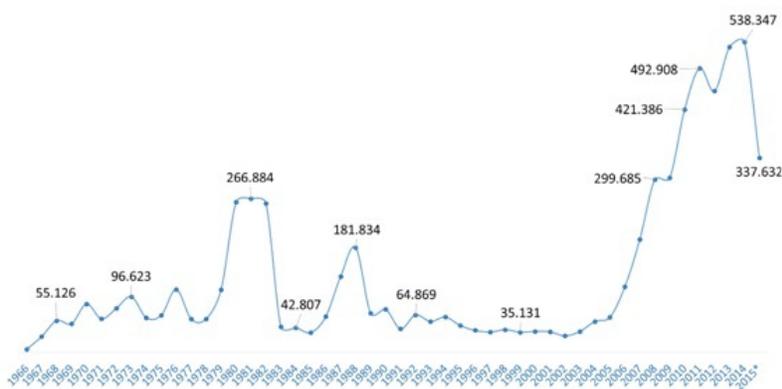
Independente dos prejuízos que o desfazimento de contratos de promessa causa à incorporação, considerada como unidade econômica dependente de suas próprias receitas, importa ter presente que uma eventual debacle do modelo vigente, provocado por resoluções e distratos em série, reclamará a recomposição de todo o setor de produção, comercialização e financiamento imobiliário, visando reativar o ciclo produtivo necessário a atender à demanda por imóveis habitacionais, cujo déficit, atualmente, é estimado em 6 milhões de moradias.

A propósito, é útil lembrar que, para superar a debacle do sistema de financiamento imobiliário ocorrido na década de 1980, que teve como marco a extinção do Banco Nacional da Habitação (BNH) em 1986, a mobilização da sociedade e dos setores envolvidos, visando à estruturação de um novo sistema, só veio a dar resultado 11 anos depois, em 1997, quando foi criado um novo sistema de financiamento pela Lei 9.514/1997.

Mas a reconstituição de um sistema, na prática, demanda muito tempo após a aprovação da lei que o institua, como bem ilustra o longo caminho percorrido até se alcançar a recomposição do sistema de financiamento imobiliário.

Relembre-se que, apesar de a Lei 9.514 ter sido aprovada em 1997, o desequilíbrio sistêmico ocorrido no início dos anos 1980 perdurou por quase 20 anos, mantendo quase paralisado o setor da produção e comercialização de imóveis até 2004, quando retomou o curso de crescimento normal, como demonstra o gráfico abaixo.⁴⁵

Quantidade de imóveis financiados com recursos da poupança SBPE



* Dados efetivos até novembro e estimados para dezembro

Diante da grave crise que pela qual passa a economia nacional, e particularmente o mercado imobiliário, ao longo dos anos 2014/2016, deve ser seriamente considerada a necessidade de reexame dos critérios de liquidação do crédito decorrente das resoluções e dos distratos das promessas de compra e venda.

O fenômeno da "desistência" em série de contratos de promessa recomenda revisão do critério que prioriza o direito individual do inadimplente ante o interesse comum da coletividade dos contratantes, não somente com vistas à preservação das condições financeiras de realização do programa contratual do empreendimento em que se verifica a ruptura do contrato, mas, também, com a atenção voltada para o risco sistêmico do setor de produção e financiamento imobiliário, como observa Rodrigo Garcia da Fonseca:

"(...) a função social do contrato deve servir para a harmonização desta realidade com os princípios e objetivos constitucionais. Impõe-se, nesse campo, no entanto, a preocupação com a economicidade da decisão a ser adotada em cada caso concreto, e as repercussões e impactos que poderá causar na economia como um todo, e nos valores eleitos como relevantes pelo ordenamento. Assim (...), a proteção do economicamente mais fraco nas locações ou aquisições de imóveis não deve ser promovida de forma que sejam prejudicados os investimentos na construção civil, o que, em última instância, prejudica o mercado imobiliário e gera uma escassez de moradias, afetando negativamente o direito de toda a sociedade, e principalmente das próprias classes menos favorecidas, a uma habitação digna".⁴⁶

7. Conclusão

Considerando que o capital da incorporação imobiliária é constituído pelas receitas de comercialização das unidades mobiliárias que a compõem, sua realização depende da estabilidade do fluxo financeiro proveniente do pagamento das parcelas do preço de venda e da sua vinculação ao cumprimento do objeto da incorporação - execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

A comercialização se faz usualmente por meio de contratos de promessa de compra e venda irrevogável, que operam interligados por um nexo funcional, como instrumentos de captação de recursos para formação do capital da incorporação, em razão do qual as vicissitudes de qualquer um deles influem no conjunto dos demais e podem comprometer ou frustrar as legítimas expectativas da coletividade dos contratantes.

Nesse contexto, a função social das promessas de venda surge com especial clareza, na medida em que cada contrato, individualmente considerado, produz efeitos sobre toda a coletividade dos contratantes. É nesse meio que se realiza - ou se frustra - a função social dessa espécie de contrato e se assegura, ou não, o equilíbrio da relação obrigacional.

Sujeitam-se esses contratos, também, ao Código de Defesa do Consumidor, sem que isso, contudo, importe em alteração da sua estrutura e função, de modo que eles continuam regidos pelo [Código Civil](#) e pelas normas especiais instituídas pela Lei 4.591/1964. Em razão da convivência das leis no sistema, aplicam-se a esses contratos as normas gerais do [CDC](#) no que diz respeito à relação de consumo e as da lei especial em relação

à tipicidade e funcionalidade dos contratos (ADIn 2.591, REsp 80.036/SP, 932750/SP, 1.160.549/RS, 1.172.146/SP e 1.230.384/SP).

A par das normas gerais do  CDC, a Lei 4.591/1964 contempla um sistema específico de proteção da coletividade dos adquirentes, mediante normas de proteção do patrimônio da incorporação e de vinculação de recursos à realização do seu objeto, de modo a impedir seu desvio para pagamento de despesas estranhas à incorporação ou não previstas no seu orçamento.

Coerentemente com esse arcabouço legal, e dado que a realização da incorporação depende da preservação das receitas obtidas com as vendas, bem como de sua restauração, caso haja perda de receita decorrente de inadimplemento, a Lei 4.591/1964 prioriza a recomposição do capital da incorporação em face do direito do inadimplente à eventual restituição, o que se faz mediante leilão que possibilita o ingresso de um novo adquirente que passa a aportar regularmente as parcelas do preço, entregando-se ao inadimplente o eventual saldo depois de revendida a unidade.

O propósito da lei é, evidentemente, evitar que a drenagem de recursos do orçamento, decorrente de quebra de contrato, comprometa ou frustre a realização da incorporação. Por isso é que confere primazia ao interesse da coletividade dos contratantes sobre o interesse individual do adquirente inadimplente.

Essa ordem de preferência, entretanto, é invertida nas situações em que o desfazimento da promessa se dá por meio de ação de resolução, hipótese em que a jurisprudência consolidada no enunciado da Súmula  543 do STJ prioriza o direito individual ao tornar exigível a restituição antes e independente da recomposição do capital da incorporação.

No momento em que o sistema de proteção da coletividade dos contratantes acaba de ser reforçado pela blindagem dos créditos derivados das alienações das unidades, mediante impenhorabilidade instituída pelo novo Código de Processo Civil (art. 833, XII), justifica-se um esforço de revisão dessa construção jurisprudencial em busca do ponto de equilíbrio entre o interesse individual do promitente comprador inadimplente e o interesse comum da coletividade dos contratantes.

8. Referências bibliográficas

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Project finance e infra-estrutura: descrição e críticas. *Revista do BNDES*. vol. 5. n. 9. p. 105-121. Rio de Janeiro, jun. 1998.

BULGARELLI, Waldírio, *Questões contratuais no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo : Atlas, 1999.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista Trimestral de Direito Civil*. ano I. vol. 2. p. 123-136. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun. 2000.

CHALHUB, Melhim. Afetação patrimonial no direito contemporâneo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. vol. 29. p. 111-147. Jan.-mar. 2007.

_____. *Da incorporação imobiliária*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

_____. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FONSECA, Rodrigo Garcia da. *A função social do contrato e o alcance do artigo  421 do  Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro. Contratos e atos unilaterais*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. vol. 3.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1962. vol. VI.

MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 1999.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Reflexões sobre o princípio da função social dos contratos. *O direito da empresa e das obrigações*. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas/Quartier Latin, 2006.

MESSINEO, Francesco. *Manual de derecho civil y commercial*. Trad. Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1971.

MUNIZ, Igor; CANTIDIANO, Luiz Leonardo (orgs.). *Temas de direito bancário e do mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Instituições de direito civil - Contratos*. 12. ed. atualizada por Regis Fichtner. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. São Paulo: Ed. RT, 2013. vol. V.

_____. _____. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

RÊGO, Werson. Breves apontamentos acerca dos fatos e das questões jurídicas abordadas no Acórdão do Recurso Especial n. 1.300.418-SC (2012/0000392-9). *Revista do Superior Tribunal de Justiça - Edição comemorativa dos 25 anos do Código de Defesa do Consumidor*, 2015.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros, 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. III.

TIMM, Luciano Benetti. In: AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de (coord.). *Função social do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Pesquisas do Editorial

- O REGIME DA AFETAÇÃO PATRIMONIAL NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - UMA VISÃO CRÍTICA DA LEI, de Mauro Antônio Rocha - RDI 59/2005/153
- INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: ASPECTOS DO SISTEMA DE PROTEÇÃO DO ADQUIRENTE DE IMÓVEIS, de Melhim Namem Chalhub - RDI 75/2013/167
- INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA - RELAÇÕES DE CONSUMO - RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA, de Nelson Nery Jr. - Soluções Práticas 4/2014/415
- WEB - CONSUMIDOR - Contrato - Promessa de compra e venda - Cláusula prevendo...