

# OS DISTRATOS E O FALSO DIREITO

Marcelo Terra

Advogado e Coordenador do  
Conselho Jurídico da Presidência  
do Secovi-SP



# Jurisprudência atual

- **Direito de desistência, ainda que imotivada, até o recebimento da posse (STJ. Resp nº 476.780-MG. Segunda Seção. V.U. Rel.: Min. Aldir Passarinho Júnior. Julg. em 11.jun.08. JE/17.457)**
- **O pacto pode ser rompido pelo comprador, tanto em caso de mora e inadimplemento do incorporador, como em situação de mera perda de interesse no negócio (TJSP. Agr. Instr. nº 2145564-83.2017.8.26.0000. 8ª. Câmara de Direito Privado. Decisão monocrática do Rel.: Des. Alexandre Coelho. 1º.ago.17)**
- **É possível a rescisão unilateral do contrato por iniciativa do comprador que não mais reúne condições econômicas para suportar o pagamento das prestações (STJ. Resp nº 1.211.323-MS. Rel.: Min. Luiz Felipe Salomão. Quarta Turma. V.U. julg. em 1º.out.15)**
- **Devolução em parcela única**
- **Devolução imediata**
- **Devolução entre 75% e 90% dos valores pagos**

## **Base de cálculo:**

- **O quanto até então pago (quanto menos pago, qualquer percentual de retenção não indenizará justamente) ou**
- **O preço total (quanto mais pago, qualquer percentual poderá se mostrar excessivo)?**
- **Correção monetária entre a data do pagamento e a da restituição**
- **Juros moratórios de 1% ao mês a partir do trânsito em julgado da decisão, por ausência de mora anterior do incorporador (STJ. Resp n.º 1.342.255-SP. Rel.: Min. João Otávio Noronha. V.U. julg. em 15.out.15)**
- **Responsabilidade do adquirente pelo pagamento das despesas de fruição do imóvel, se já imitado na posse**

# Consequências

- **Insegurança jurídica** (TJSP, 6ª câm. Dir. Priv., Apel. 0190734-79.2012.8.26.0100, rel. Des. Vito Guglielmi, j. 26.06.2014, dj 02.07.2014)
- **Risco sistêmico ao incorporador, ao empreendimento, aos demais condôminos**
- **Prejuízo ao caixa do empreendimento e do incorporador**
- **Reflexos negativos em todos os contratos coligados e conexos**
- **Quebra da força vinculativa do contrato irrevogável e irreatável**
- **Contrato deixa de exercer sua função social**
- **Instalação da anarquia contratual e social**
- **Onde está a promotoria de defesa do bom consumidor, do bom empreendedor e do empreendimento?**

# Tempestade Perfeita

- Demagogia e paternalismo (situação perene. Será que um dia mudaremos?)
- Crise econômica conjuntural (situação passageira, assim esperamos)
- O necessário olhar para a floresta como um todo, e não somente para uma árvore isolada
- O raciocínio simplista: (i) o adquirente é hipossuficiente (mas, nem sempre), (ii) o adquirente perderá o imóvel, (iii) o imóvel ficará com o incorporador, (iv) o incorporador poderá novamente alienar o imóvel a terceiros, até mesmo com lucro
- Uma dúvida: o justiceiro social aplicaria sua teoria no contrato de compra e venda de sua própria casa? Venderia sua propriedade sob a perspectiva de a receber de volta, se e quando o comprador desejasse, com a obrigação de restituição de parcela substancial do preço pago?

# Causas

- O erro não está na lei
- O erro está na interpretação da lei

# Histórico Legislativo da Cláusula Penal

- **Código Civil de 1916:** possibilidade de a cláusula penal por descumprimento contratual fosse reduzida pelo Juiz, à luz das peculiaridades do caso concreto (art. 924).
- **Decreto-lei Federal n.º 58/37** (loteamentos urbanos e rurais): não regra (deixando para o Código Civil) a questão relativa à devolução ou perda das quantias pagas pelo compromissário comprador, quando da extinção contratual por não pagamento, que se dava de forma extrajudicial, perante o Registro de Imóveis.
- **Lei Federal n.º 4.591/64** (incorporação imobiliária): não disciplina (deixando para o Código Civil e, hoje, também para o Código do Consumidor) a questão relativa à devolução ou perda das quantias pagas pelo compromissário comprador, quando da extinção contratual (ação de rescisão e não leilão extrajudicial) por não pagamento a resolução contratual por não pagamento do preço pode se dar (i) por ação judicial de extinção (no preço fechado ou no preço de custo) ou (ii) mediante alienação dos direitos do adquirente em leilão judicial (na obra a preço de custo).
- **Lei Federal n.º 4.864/65:** estende a possibilidade do leilão extrajudicial também às vendas a preço fechado

- **Lei Federal n.º 6.766/79 (parcelamento do solo urbano):** mantém a sistemática da rescisão extrajudicial (perante o Registro de Imóveis), mas inova quanto à devolução das quantias pagas, no sentido de (i) haver devolução integral, se anteriormente adimplido mais de 1/3 do preço e (ii) haver perda total, se anteriormente adimplido menos de 1/3 do preço.
- **Lei Federal n.º 8.078/90 (Código do Consumidor):** seu art. 53 veda expressamente a perda total das quantias pagas, quando da resolução contratual por inadimplemento do comprador.
- **Lei Federal n.º 9.517/97 (alienação fiduciária em garantia):** o contrato de venda e compra é definitivo. O preço será pago no futuro, estando a unidade alienada fiduciariamente em garantia. O não pagamento resulta na consolidação da propriedade plena na pessoa do credor fiduciário, que fica com a obrigação de tentar vender a unidade a terceiros, mediante leilão extrajudicial; se o leilão for negativo, a unidade permanece na propriedade do antigo credor fiduciário, que poderá escolher entre mantê-lo ou aliená-lo por qualquer modalidade a qualquer tempo.
- **Código Civil de 2002:** determina que o juiz reduza a cláusula penal por descumprimento contratual, quando do cumprimento parcial da obrigação principal, ou se o montante da penalidade for excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio (art. 413).
- **Lei Federal n.º 10.931/04 (patrimônio de afetação):** esta lei federal é fruto da conversão de uma medida provisória de 2001, que alterou a lei federal de incorporações, nela introduzindo o patrimônio de afetação.

# A Dupla perspectiva de uma cláusula penal

- Adequada sanção ao contratante culpada (a cláusula penal cria uma estímulo ao cumprimento contratual)
- Justa compensação ao inocente
- TJSP. Ap. N° 0153734-84.2008.8.26.0100. 2ª câmara de direito privado. V.U. Rel.: Des. Fábio Tabosa. Julg. em 3.Abr.12

# A cláusula penal antes e depois de CDC

- **ANTES:** a jurisprudência, inclusive do STF, (i) acolhia tranquilamente a cláusula penal contratual de perda integral das quantias pagas e, (ii) à luz de algum caso concreto (raros), determinava a restituição parcial das quantias recebidas pelo incorporador
- **APÓS:** a jurisprudência (i) acolheu a tese de prevalência dos contratos firmados anteriormente, com previsão de perda total e (ii) para os contratos celebrados já em sua vigência passou a aplicar a regra do art. 53 (vedação de perda total)

# O que está efetivamente no CDC

- Regra básica para a boa aplicação do direito: ler a lei, tão simples e tão esquecida

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

***§ 1º (vetado).***

***§ 2º nos contratos do sistema de consórcio de produtos duráveis, a compensação ou a restituição das parcelas quitadas, na forma deste artigo, terá descontada, além da vantagem econômica auferida com a fruição, os prejuízos que o desistente ou inadimplente causar ao grupo.***

- A invalidade está na cláusula de perda total

## Conclusões:

- A justiça da cláusula penal será examinada em cada caso concreto
- No caso concreto, poderá até mesmo ocorrer a perda total e, eventualmente, o adquirente ainda dever algo ao alienante eventual invalidade (por abusividade) da cláusula de decaimento não significa obrigação de restituição integral, podendo o juiz modular de forma diversa da prevista, até porque o não-pagamento do preço gera, sim, prejuízos ao vendedor.
- O vetado § 1º *“na hipótese prevista neste artigo, o devedor inadimplente terá direito a compensação ou à restituição das parcelas quitadas à data da resolução contratual, monetariamente atualizada, descontada a vantagem econômica auferida com a fruição”*.
- O veto presidencial assim se justificou sabiamente: “torna-se necessário dar disciplina mais adequada à resolução dos contratos de compra e venda, por inadimplência do comprador”.
- Qualquer cláusula contratual de cláusula penal é válida
- Não há invalidade abstrata e prévia, o que torna improcedente qualquer pedido genérico em ação civil pública ou individual (TJSP. Ap. nº 0153734-84.2008.8.26.0100. 2ª CÂMARA DE DIREITO PRIVADO, V.U. Rel.: Des. Fábio Tabosa. Julg. em 3.Abr.12)

- **Somente à luz do caso concreto é que se pode avaliar a justiça da cláusula penal, sua eventual e redução e até mesmo seu eventual acréscimo.**
- **A invalidade da cláusula penal de perda total está somente na situação de resolução contratual por inadimplemento do contrato.**
- **A simples vontade de não pagar (sem justa causa) gera um indireto inadimplemento, quebrando o adquirente o dever de boa-fé objetiva.**
- **O art. 53 está dentro da seção das cláusulas abusivas**

## **Art. 51**

...

**§ 1º presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:**

**I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;**

**II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;**

**III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso.**

- **Ao criar o direito de desistência imotivada, parte da jurisprudência afronta o próprio código do consumidor, gerando uma vantagem exagerada ao consumidor que:**
  - ✓ **Ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence (lei dos loteamentos e das incorporações)**
  - ✓ **Restringe direitos e obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual**
- **A cláusula de perda total na hipótese de mera desistência, entendida como existente por parte da jurisprudência, desconsidera a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e as circunstâncias peculiares ao caso**
- **Toda e qualquer relação de consumo há de ser transparente e harmônica (art. 4º). E por ser uma relação bilateral, este dever é uma via de mão dupla**
- **A harmonização dos interesses dos participantes nas relações de consumo deve compatibilizar dois interesses convergentes: proteção do consumidor e a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico (art. 4º, III, primeira parte)**

- **Esta harmonização de interesses é que viabilizará os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da constituição federal) (art. 4º, III)**
- **As relações de consumo necessariamente se pautam na boa-fé e no equilíbrio entre fornecedores e consumidores (art. 4º, III)**
- **O direito de desistência imotivada QUEBRA o equilíbrio e a harmonia e INVIABILIZA a atividade econômica do empreendedor imobiliário**

# Uma luz no fim do túnel

- A solução natural de mercado: se não puder pagar o preço, ou se não se interessar mais pelo imóvel, o comprador terá ampla liberdade de ceder seus direitos a terceiros
- Esta cessão se dará a valores de mercado, com lucro ou com prejuízo
- Se houver lucro, o comprador reterá para si a totalidade do lucro
- Se houver prejuízo, o comprador absorverá a totalidade do prejuízo
- Esta é a lógica prevista no leilão extrajudicial que está na lei das incorporações
- A desistência imotivada ou a imprevisão não provada quebra a lógica do sistema
- Esta malandragem consumerista já foi rechaçada pelo TJSP: *“situação como essa, há de se convir, não merece aplauso, pois além de se constituir em inegável fonte de insegurança jurídica no cumprimento dos contratos, premia o contratante inadimplente e pune o contratante inocente, estimulando a inadimplência do promissário comprador para safar-se de prejuízo iminente. Quebra o princípio da boa-fé contratual, segundo o qual um contratante confia que o outro irá proceder de acordo com os padrões de conduta exigíveis, onde a intenção de prejudicar não está presente”* (TJSP, Apel. 254.295-2/0. RT 716/176)

**OBRIGADO**

**Marcelo Terra**

