



A CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

João Gabriel Ribeiro Pereira Silva¹

RESUMO

A regulamentação da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de imóveis submetido ao regime de incorporação imobiliária, realizada pela Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, não afasta o dever do Judiciário de controlar a proporcionalidade da cláusula penal, mesmo que submetida aos limites contidos no novo diploma legal. O presente trabalho procura oferecer ferramentas para que tal controle seja feito de maneira objetiva, através da decomposição analítica dos elementos que compõem as perdas ordinariamente advindas de tal modalidade de extinção contratual e atribuindo a elas peso de 20% sobre a totalidade da cláusula penal. Objetiva-se, com isso, fornecer critérios para tomada de decisão que ofereça padrões mais claros, evitando-se subjetivismo e decisões contraditórias.

Palavras-chave: Incorporação imobiliária. Rescisão unilateral. Cláusula penal. Decomposição analítica.

THE FLAT-RATE DAMAGES CLAUSE IN THE REAL ESTATE INCORPORATION CONTRACTS

ABSTRACT

The regulation of the unilateral termination of the contract for the purchase and sale of real estate subject to the real estate development regime, carried out by Law 13.786 of December 27, 2018, does not detract from the duty of the judiciary to control the proportionality of the flat-rate damages clause, even if subject to the limits contained in the new legal diploma. The present work seeks to offer tools for such control to be done in an objective way, through the analytical decomposition of the elements that make up the losses ordinarily coming from such modality of contractual extinction and assigning to them a weight of 20% over the totality of the penal clause. The objective is to provide criteria for decision making that offer clearer standards, avoiding subjectivism and contradictory decisions.

Keywords: Real estate incorporation. Unilateral termination. Flat-rate damages clause. Analytical decomposition.

Data de submissão: 05/04/2019
Data de aprovação: 05/10/2019
Double Blind Review Process
DOI: <https://doi.org/10.21902/rctjsc.v7i1.315>

¹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-Graduado em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Juiz de Direito Substituto do TJDF. Professor de Direito do Consumidor, Civil e Econômico no Curso Preparatório Iuris (CP Iuris). Tutor cadastrado na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). Advogado da União, com atuação no Supremo Tribunal Federal de maio de 2013 a setembro de 2015. Contato: joao.gabriel@tjdf.jus.br.



1 INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é analisar a incidência da cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária sob a perspectiva da jurisprudência e da legislação de regência, em especial as alterações promovidas pela Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, buscando, ao fim, ofertar ao magistrado solução empírica e objetiva para ser utilizada na realização do controle de proporcionalidade da pena convencional.

Visando atingir tal objetivo, a primeira parte do trabalho analisará a extinção contratual, contextualizando-a no contrato de incorporação imobiliária e expondo as alterações promovidas pela Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, no assunto.

Posteriormente, na segunda parte do trabalho, busca-se demonstrar quais são, especificamente, os efeitos da extinção do contrato de incorporação imobiliária promovida unilateralmente pelo comprador, concentrando a análise na incidência da cláusula penal convencional e demonstrando, ainda, o dever imposto pelo ordenamento jurídico ao juiz de realizar o controle de sua incidência no caso concreto.

Por fim, na terceira parte, propõe-se a possibilidade de decomposição analítica dos elementos que compõem as perdas potencialmente surgidas com o rompimento contratual unilateral, demonstrando sua relação com a incidência da cláusula penal e apresentando forma objetiva de análise de proporcionalidade no caso concreto.

2 COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA E RESOLUÇÃO CONTRATUAL

A Lei nº 13.786/2018 altera substancialmente o quadro relativo aos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação e parcelamento, especialmente no que tange à resolução de tais contratos, motivo pelo qual se mostra importante conceituar, nesta primeira parte, os regimes de extinção contratual e as normas de regência que regulamentam a incorporação imobiliária.

2.1 Modalidades de Extinção Contratual

A extinção contratual decorre, idealmente, do cumprimento das obrigações veiculadas em um determinado contrato, através da obtenção da quitação (art. 320 do Código

Civil brasileiro). Entretanto, ela pode ocorrer sem que tenha havido o cumprimento das obrigações, em decorrência de fatores anteriores, concomitantes ou supervenientes ao pacto.

Quanto aos fatores anteriores, são esses basicamente os decorrentes das nulidades (arts. 166, 167 e 171 do Código Civil brasileiro). Por sua vez, as causas concomitantes identificam-se especialmente com as hipóteses em que se faz uso de cláusula resolutiva expressa ou tácita (arts. 474 e 475 do Código Civil brasileiro) e de cláusula de arrependimento (art. 420 do Código Civil brasileiro) ou nas hipóteses de redibição (art. 441 e seguintes do Código Civil brasileiro).

Por fim, quanto às causas supervenientes, estas podem se dar, basicamente, em decorrência de resilição ou resolução.

A resolução traduz a dissolução do contrato em caso de inadimplemento, ou seja, nas hipóteses de descumprimento voluntário ou involuntário da obrigação, assim como quando uma das partes considera existente hipótese de onerosidade excessiva, nos termos dos arts. 478 a 480 do Código Civil brasileiro.

A autorização para resolução por inadimplemento pode estar prevista expressamente no negócio jurídico pactuado pelas partes ou pode o ato de resolução encontrar fundamento na lei, através da denominada cláusula resolutória tácita, contida no art. 474 do Código Civil brasileiro.

A resilição, a seu turno, “refere-se à extinção do contrato por iniciativa de uma ou ambas as partes” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2014, p. 281). Divide-se em unilateral e bilateral, conforme a manifestação de vontade tenha partido de uma ou de ambas as partes.

Tendo em vista a força obrigatória dos contratos, certo é que, em regra, o Direito Civil brasileiro trata a resilição como fenômeno bilateral, decorrente de comum acordo entre as partes – também se costuma denominá-la de “distrato”, conforme art. 472 do Código Civil brasileiro.

Entretanto, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, conforme estatuído pelo art. 473 do Código Civil brasileiro, pode ocorrer a resilição unilateral da avença, por força de manifestação de vontade de apenas uma das partes, desde que expressamente participada ao outro contratante, no que se convencionou chamar de “denúncia”.

Deve-se observar, nesses casos, a regra do parágrafo único do mesmo dispositivo, que limita o poder de resilição unilateral, condicionando-o ao curso de prazo “compatível com a natureza e o vulto dos investimentos” realizados pela parte que não efetuou a denúncia.

O objetivo da Lei nº 13.786/2018, embora permeada por atecniais redacionais², foi regulamentar a rescisão unilateral nos contratos de incorporação imobiliária e nos contratos de loteamento urbano.

2.2 O Contrato de Incorporação Imobiliária e a Resilição Unilateral

Os contratos de compra e venda de imóveis no Brasil são regulados, basicamente, pelos seguintes diplomas legislativos: Lei nº 4.591/64; Decreto-Lei nº 745, de 7 de agosto de 1969; Lei nº 6.766/79; e Lei nº 10.406/02 (Código Civil brasileiro).

Para além desses, há também a inequívoca incidência da Lei nº 8.078/91 (Código de Defesa do Consumidor) quando preenchidos os requisitos de sua incidência, notadamente quando configurada a existência de fornecedor, de um lado, e consumidor, do outro, na forma dos artigos 2º e 3º daquele diploma legal.

A Lei nº 13.786/2018 alterou as Leis nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que tratam, respectivamente, da incorporação imobiliária e do parcelamento do solo urbano na parte relativa à compra e venda de imóvel.

Quanto à incorporação imobiliária, conceitua-a o art. 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64 como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas (BRASIL, 1979)”.

Especifica tal conceito a doutrina de Arnaldo Rizzardo, que conceitua a incorporação como a “atividade que procura unir pessoas e fundos para a construção de edificações, divididas em unidades imobiliárias individualizadas e discriminadas, que se destinam à venda, a qual se processa durante a própria construção” (Rizzardo, p. 233).

Como já mencionado, tal diploma foi alterado pela Lei nº 13.786/2018, para inserção de disposições relativas à rescisão dos contratos por eles regulados, em especial os contratos de compra e venda de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação, e às unidades imobiliárias decorrentes do processo de loteamento ou desmembramento.

² Cite-se, no particular, as apontadas por Otavio Luiz Rodrigues Junior em artigo de publicação recente: “[...] a resolução ou a rescisão unilateral do contrato (hipóteses absolutamente distintas segundo a boa técnica jurídica, mas tratadas de modo igual pela lei) [...] Em mais outro assassínio da boa técnica, cria-se uma nova modalidade de cláusula penal com teto prefixado e não vinculada ao inadimplemento (necessariamente) culposos. [...] A nova lei peca ao usar terminologia jurídica ultrapassada ou pouco técnica (v.g., rescisão por resolução ou rescisão; desfazimento) [...]” (CONJUR, 2018).

Tal diploma altera substancialmente a concepção originalmente desenvolvida acerca do instituto da rescisão no âmbito do contrato de incorporação e de parcelamento imobiliário, haja vista que passa a regulamentar o exercício da rescisão unilateral em ambos, ato jurídico este que era considerado inviável na redação original das Leis nº 4.591/64 e 6.766/79.

Nesse sentido, cediço é que o art. 32, “a” e § 2º, da Lei nº 4.591/64 marca com o signo da irretroatividade tanto a obrigação relativa ao incorporador de efetuar todos os atos tendentes à efetivação da construção, quanto a obrigação do comprador de permanecer desempenhando sua posição contratual, quitando as parcelas relativas à sua contraprestação.

A opção por tal rigidez de regime decorre da relação existente entre a pessoa do incorporador e os contratantes interessados em adquirir unidades imobiliárias do empreendimento imobiliário, na exata medida em que o incorporador atua como espécie de organizador da coletividade de interesses relativa aos adquirentes, os quais, por sua vez, se reúnem em torno de interesse comum, qual seja, a edificação do imóvel, que depende umbilicalmente do estrito cumprimento dos deveres de todas as partes envolvidas.

Esclarecedoras são as orientações doutrinárias a respeito do tema:

A relação entre o incorporador e o adquirente se materializa através de um contrato particular individual. Essa relação revela várias dimensões, sendo as mais comuns a de aquisição e a de construção. Celebram-se os contratos com as pessoas individualmente, embora os regramentos e os interesses sejam coletivos, mesmo os que se dirigem ao cumprimento das avenças estabelecidas para o participante, posto que a todos traz efeitos. (RIZZARDO, p. 253).

Portanto, dadas as peculiaridades do contrato, o incorporador e o comprador da unidade autônoma não são autorizados por lei a buscar sua resolução em situações que não estejam expressamente previstas no regramento legal, sendo essas exceções, basicamente, as previstas nos arts. 40 a 43 da Lei nº 4.591/64, que tratam, em suma, do inadimplemento do comprador ou do incorporador.

Nesse sentido, o que se verifica é que, assim como se encontra vedado ao incorporador a rescisão unilateral da realização da incorporação, também não se mostra possível ao comprador promover a mesma modalidade de extinção contratual no que tange ao contrato de aquisição de unidade autônoma, por expressa vedação legal.

Entretanto, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, acentuou-se a controvérsia acerca da possibilidade de rescisão unilateral do compromisso de aquisição de

unidade autônoma, sendo certo que, após longo debate acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça houve por bem consolidar o entendimento de que o art. 53 do Código de Defesa do Consumidor autorizaria a rescisão unilateral do contrato aquisitivo de unidade imobiliária submetida a incorporação³.

Sobre a fundamentação de tal entendimento, o escólio doutrinário da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Isabel Gallotti (2018) se mostra irreparável:

Esse direito, a princípio, foi afirmado com base em teorias como imprevisão, modificação do contrato por onerosidade excessiva, alteração da base do negócio. Em precedentes posteriores ao Código do Consumidor, foi considerada a ilegalidade de cláusulas que imponham manifesta desvantagem ao devedor (art. 51, IV e §1º, III), sendo enfatizado que o incorporador/construtor deve devolver imediatamente o valor pago pelo consumidor, uma vez que pode revender a unidade, eventualmente com lucro.

Tal entendimento, inclusive, conduziu à elaboração do enunciado de número 543 da jurisprudência sumulada do Superior Tribunal de Justiça, o qual restou consolidado sob a seguinte redação:

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. (BRASIL, 2015b).

Assim, restou consolidado, portanto, o entendimento da jurisprudência pátria de admitir a rescisão unilateral dos compradores nos negócios jurídicos de compra e venda que envolvam a aquisição de unidades imobiliárias submetidas ao regime de incorporação ou loteamento.

Entretanto, mesmo após tal consolidação de entendimento, restou pendente de definição pela jurisprudência a questão relativa ao percentual de retenção a título de cláusula penal que se consideraria consentâneo com a legislação consumerista nas hipóteses de rescisão unilateral por culpa do comprador desistente.

³Representativos da consolidação de tal entendimento são os seguintes precedentes: REsp. 132.903/SP, rel. ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 19.12.97; EREsp 59870/SP, rel. ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, DJ 9.12.02.

Embora não tenha sido a controvérsia enfrentada em sede de precedente submetido à sistemática de julgamento de recursos repetitivos (art. 1.036 e seguintes do Código de Processo Civil), ela foi analisada em número substancial de precedentes, conforme se pode verificar da Tese nº número 6 constante da Edição nº 110 da ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ, lavrada nos seguintes termos:

no caso de rescisão de contratos envolvendo compra e venda de imóveis por culpa do comprador, é razoável ao vendedor que a retenção seja arbitrada entre 10% e 25% dos valores pagos, conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados. (BRASIL, 2018b).

Cuida-se de tese publicada pelo Tribunal em outubro de 2018, com a menção dos seguintes precedentes: Ag. Int. no AREsp. 1.200.273/DF, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, Julgado em 19/06/2018, DJE 26/06/2018; Ag. Int. no REsp. 1.395.252/SP, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, Julgado em 05/06/2018, DJE 15/06/2018; Ag. Int. no REsp. 1.692.346/DF, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, Julgado em 19/04/2018, DJE 26/04/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.121.909/SP, Rel. Ministro Lázaro Guimarães (Desembargador convocado do TRF 5ª Região), Quarta Turma, Julgado em 20/02/2018, DJE 28/02/2018; Ag. Int. no AREsp. 1.140.299/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Julgado em 05/12/2017, DJE 19/12/2017; e Ag. Int. no AREsp. 1.062.082/AM, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 18/05/2017, DJE 23/05/2017.

Portanto, o que se verifica é que o Superior Tribunal de Justiça adota o entendimento de que a retenção do percentual de 10% a 25% dos valores pagos afigura-se como válida diante da rescisão unilateral do promitente comprador, havendo ressalva, ainda, em grande parte dos julgados, sobre a análise das circunstâncias de cada caso, a partir da avaliação concreta dos prejuízos suportados.

Entretanto, tal quadro se altera substancialmente com o advento da Lei nº 13.786/2018, que consolida a possibilidade de rescisão unilateral dos contratos de compra e venda imobiliária submetidos ao regime de incorporação ou de loteamento e regulamenta os efeitos jurídicos advindos de tal ato jurídico. Isso porque, embora o art. 67-A acrescido à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, faça menção aos termos “distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente”, o que se percebe é que esse dispositivo

incorreu em incorreção técnica, na medida em que tratou como “distrato” o que, em verdade, é resilição unilateral por iniciativa do comprador.

Tal conclusão deriva da própria análise dos incisos de tal dispositivo, que tratam da perda de valores pagos pelo comprador, em especial os atinentes à incidência da pena convencional. Ainda, as próprias razões inspiradoras da tramitação do Projeto de Lei nº 1.220/2015, que resultou na publicação da Lei nº 13.786/2018, evidenciam, em sua ementa, que ele objetivava “regulamenta(r) a desistência do contrato de incorporação imobiliária com a retenção de até 10 % (dez por cento) do valor pago por parte da incorporadora” (BRASIL, 2015a).⁴

No mesmo sentido, o art. 32-A da Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, incluído pelo mesmo diploma legal, ao afirmar que trata de “resolução contratual por fato imputado ao adquirente”, também deve ser lido como dispositivo que regulamenta a resilição unilateral, pelas mesmas razões.

Assim, embora tenha havido certa obscuridade sobre o tema, conclui-se que, diante dos efeitos práticos da nova lei, restou consolidada a possibilidade de resilição unilateral, tornando-se necessária, portanto, a análise dos efeitos jurídicos dela decorrentes diante da nova legislação, em especial as questões atinentes à aplicação da cláusula penal.

2.3 Breves Notas sobre o Quadro Fático Subjacente à Publicação da Lei n. 13.786/2018

Verificada a alteração promovida pela atuação do Poder Judiciário quanto à extinção unilateral do contrato de incorporação, a publicação da Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, veio, majoritariamente, como resposta do legislativo brasileiro à demanda surgida diante do crescente sentimento de insegurança jurídica que permeava os contratos de incorporação imobiliária nas hipóteses de resolução ou resilição contratual.

Dada a antiguidade da publicação da lei que regulamenta a incorporação imobiliária (Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964), assim como da lei que trata do parcelamento urbano (Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979), a crescente demanda por

⁴ Observe-se que, mesmo que dita ementa tenha sido alterada durante a tramitação (passando a ser redigida com o seguinte texto: “Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”), o parecer do relator, Deputado Jose Stédile (PSB-RS), é claro em afirmar que o objetivo da lei seria a regulamentação da “devolução de imóveis adquiridos na planta” (BRASIL, 2015a).

habitação e a constante alteração do quadro econômico conduziu à criação de situação jurídica complexa, cuja solução vinha sendo majoritariamente oferecida pelo Judiciário.

Além da questão relativa à antiguidade dos diplomas legais, tal fenômeno decorre também de alterações socioeconômicas, em especial a decorrente da forte expansão do mercado imobiliário brasileiro nas últimas décadas⁵, em resposta ao déficit habitacional substancial existente⁶, aliada aos deletérios efeitos da crise econômica que atingiu o país a partir de 2014, que conduziu uma série de contratantes a procurar a rescisão de seus contratos por força da diminuição de sua capacidade financeira ou em decorrência da desvalorização sofrida por algumas unidades⁷.

Sobre o tema, nota técnica elaborada pelo Ministério da Fazenda (BRASIL, 2018a) aponta que:

O distrato, por sua vez, ocorre, essencialmente, por três razões:

- 1) dificuldades financeiras supervenientes dos compradores (perda de emprego, por exemplo);
- 2) dificuldade de obtenção de financiamento para quitar o saldo devedor na entrada do imóvel;
- 3) perda de valor de mercado do imóvel.

Nesse sentido, embora não se tenha dados consolidados acerca da quantidade percentual do aumento do número de resoluções contratuais, o setor da construção civil se viu diante de impacto considerável em seus balanços econômicos em decorrência de tal fenômeno⁸, que, segundo levantamentos realizados, pode estar relacionado à especulação

⁵ Segundo estudo realizado pelo IBOPE, do ano 2000 ao ano 2010, o número de domicílios construídos no Brasil cresceu 24%, e o “número de unidades vagas permaneceu praticamente estável: era 6,03 milhões em 2000 e passou para 6,1 milhões em 2010” (IBOPE, 2011). Tais dados indicam que, na década de 2000, praticamente todas as unidades imobiliárias construídas foram adquiridas e ocupadas.

⁶ De acordo com estudo realizado pela Fundação João Pinheiro, “basicamente o conceito de déficit indica a necessidade de construção de novas moradias para atender à demanda habitacional da população em dado momento”. No ano 2000, desconsiderada a região rural do norte do país por ausência de dados, esse déficit se encontrava em 7,222 milhões, enquanto em 2015 caiu para 6,355 milhões de domicílios (MINAS GERAIS, 2013).

⁷ Na cidade de São Paulo, por exemplo, o número de resoluções de contratos de compra e venda de imóveis duplicou, saindo de 10% para 20% das unidades vendidas de 2005 a 2015, conforme estudo realizado pelo Sindicato de Habitação de São Paulo (PETRUCCI, 2017).

⁸ Conforme noticiado na imprensa, “as incorporadoras imobiliárias brasileiras gastaram R\$ 1,1 bilhão para negociar os 44.233 imóveis distratados em 2016” (GARCIA, 2017). Além disso, nota técnica do Ministério da Fazenda ressalta que “em alguns casos, os distratos chegaram a representar, em 2016, quase 50% dos recebíveis dos incorporadores de capital aberto” (BRASIL, 2018a).

imobiliária, ocasião em que o comprador adquire o imóvel em fase de construção visando valorização durante o processo, para posteriormente realizar lucros⁹.

Tal dinâmica conduziu à realização de constante pressão no Legislativo brasileiro para a votação de projeto que viesse a atualizar a legislação pátria no que tange à regulamentação da rescisão dos contratos de incorporação imobiliária.

Foi nessa esteira que o Projeto de Lei nº 1.220/2015, apresentado pelo deputado Celso Russomanno (PRB/SP) em 22/04/2015 recebeu especial atenção dos legisladores, tendo a ele sido apensados os demais projetos que tratavam especificamente da matéria relativa à extinção do contrato de compra e venda de imóvel.

Tal projeto de lei foi aprovado, com modificações, pelo legislativo brasileiro, em 5 de dezembro de 2018, sob a relatoria do Deputado Jose Stédile (PSB-RS), vindo a se tornar a Lei Ordinária nº 13.786/2018, após sanção presidencial em 27 de dezembro de 2018.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Reanalisados os institutos jurídicos ligados à extinção contratual e apurado o quadro jurídico de extinção unilateral ligado aos contratos de incorporação imobiliária, esta parte do trabalho dedica-se à situação de tal fato jurídico diante da nova legislação.

O já mencionado art. 67-A acrescido à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, estabelece que, nas hipóteses de rescisão unilateral do contrato, o comprador fará jus à restituição das parcelas que houver pagado, descontados os seguintes encargos: 1) “integralidade da comissão de corretagem”; 2) “pena convencional” de até 25%, ou até 50% nas hipóteses em que “a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F” do mesmo diploma legal; 3) valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente a 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*; e 4) demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato (BRASIL, 1964).

Observa-se, portanto, no que interessa a este trabalho, que a Lei Ordinária nº 13.786/2018 legaliza a cláusula penal que autoriza a retenção de até 50% dos valores pagos pelo comprador até a rescisão unilateral promovida por este, em divergência ao entendimento

⁹Estudo realizado pelo Ministério da Fazenda aponta que 57% dos “distratos” estavam relacionados aos empreendimentos no setor de padrão médio e alto e que havia pouco distrato no Programa Minha Casa Minha Vida. “Intuitivamente, é para esse público de padrão médio e alto, para o qual as vendas foram mais afetadas, que as quedas de preço foram mais fortes” (BRASIL, 2018a).

adotado pelo Superior Tribunal de Justiça nos precedentes já mencionados, o qual, como visto, limitava tal retenção ao percentual de 25%.

Tal limitação, contida nos precedentes, encontrava fundamento no comando do art. 413 do Código Civil brasileiro, que dispõe que “a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (BRASIL, 2002).

Ainda, a redução dos percentuais de retenção de valores a título de aplicação de cláusula penal também encontrou fundamento no art. 51, IV e §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, por ter o Superior Tribunal de Justiça considerado que as cláusulas que previam retenção superior a 25% representavam manifesta desvantagem ao consumidor devedor.

Desse modo, tais fundamentos evidenciam que o advento do art. 67-A da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, não é capaz de, por si, impor barreira intransponível à redução do percentual de retenção, pois o art. 413 do Código Civil brasileiro e o Código de Defesa do Consumidor são normas de ordem pública¹⁰, cuja aplicação não se submete à disponibilidade e nem pode ser afastada pela publicação de lei especial¹¹.

Assim, embora tenha o legislador positivado a cláusula de retenção de até 50% das parcelas, o julgador, por força do caráter de ordem pública das normas supracitadas, não pode se furtar a analisar, diante do caso concreto, se eventual retenção se mostra abusiva.

¹⁰ Quanto ao “status” de ordem pública das normas previstas no Código de Defesa do Consumidor, este decorre do conteúdo do art. 1º do próprio código.

¹¹ Por todos, cite-se aqui, quanto ao art. 413 do Código Civil brasileiro, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “[...] 1. Em que pese ser a cláusula penal elemento oriundo de convenção entre os contratantes, sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, porquanto o atual Código Civil, diferentemente do diploma revogado, introduziu normas de ordem pública, imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. 2. Entre tais normas, destaca-se o disposto no artigo 413 do Código Civil de 2002, segundo o qual a cláusula penal deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. 3. Sob a égide do Código Civil de 2002, a redução da cláusula penal pelo magistrado deixou, portanto, de traduzir uma faculdade restrita às hipóteses de cumprimento parcial da obrigação (artigo 924 do Código Civil de 1916) e passou a consubstanciar um poder/dever de coibir os excessos e os abusos que venham a colocar o devedor em situação de inferioridade desarrazoada. [...] 6. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. 7. Por sua vez, na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, deverá o juiz, de ofício e à luz do princípio da equidade, verificar se o caso reclamará ou não a redução da cláusula penal fixada” (BRASIL, 2018c).

Esse já era, aliás, o entendimento que vinha sendo adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, na medida em que os precedentes que tratam do tema e conduziram à elaboração da tese de jurisprudência relativa à limitação da retenção em 25% utilizam comumente expressões como “avaliando-se os prejuízos suportados” ou fazem referência ao “princípio da vedação do enriquecimento indevido”, ambas como indicativo de que, na definição do valor a ser retido, não pode o magistrado se descuidar do conteúdo do já mencionado art. 413 do Código Civil brasileiro.

Destarte, a questão relativa à aplicação da cláusula penal em benefício do incorporador não se encontra definitivamente acertada pela simples previsão contratual consentânea com os limites estabelecidos pela legislação (art. 67-A, § 1º, I, e 2º, da Lei nº 4.591/1964), encontrando-se, ainda, submetida ao dever-poder do magistrado de, no caso concreto, calibrar a incidência da multa. Ou seja, o simples fato de conter o contrato cláusula penal prevendo, por exemplo, perda de 50% dos valores pagos, para além da comissão de corretagem, não é suficiente para afastar a possibilidade de o juiz, diante do caso concreto, reduzir o percentual de perda, uma vez ser tal atuação, como visto, dever imposto pelo conteúdo do art. 413 do Código Civil brasileiro, dever este que se acentua quando a questão se submete ao Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 51, IV, e §1º, III, de tal diploma.

Portanto, diante desse quadro, objetivando atingir racionalidade jurídica e atender à função social exercida pelos dispositivos acima elencados, mostra-se salutar o estabelecimento de parâmetros para orientar a atuação do magistrado no caso concreto, visando afastar a possibilidade de ocorrência de excessos ou, no lado oposto, omissão, evitando-se, ainda, a adoção de percentuais aleatórios como forma de atuação.

4 O CONTROLE DA CLÁUSULA PENAL NOS CONTRATOS DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Definida a questão relativa ao dever-poder do juiz de, no caso concreto, aferir a proporcionalidade da cláusula penal incidente no contrato de incorporação imobiliária, há de se rememorar, quanto à cláusula penal, que se trata de “penalidade, de natureza civil, imposta pela inexecução parcial ou total de um dever patrimonial assumido” (TARTUCE, p. 385), possuindo, ainda, objetivo dúplice, pois:

De acordo com a melhor doutrina, a cláusula penal tem basicamente duas funções. Primeiramente, a multa funciona como uma coerção, para intimidar o devedor a cumprir a obrigação principal, sob pena de ter que arcar com essa obrigação acessória (meio de coerção, com caráter punitivo). Além disso, tem função de ressarcimento, prefixando as perdas e danos no caso de inadimplemento da obrigação (caráter de estimação). (TARTUCE, p. 385).

Portanto, é com base na composição específica da cláusula penal que se deve analisar a incidência dela no caso concreto.

4.1 Das Perdas e Danos Médios Decorrentes da Resilição Unilateral do Contrato de Incorporação Imobiliária

Inicialmente, o ponto de partida para se definir, com a maior objetividade possível, o papel do magistrado quando do controle de legalidade e proporcionalidade da cláusula penal, é identificar a extensão média dos prejuízos gerados pela resilição unilateral promovida pelo comprador.

Sobre o tema, recente estudo encomendado pela Associação Brasileira das Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC) e produzido pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) indica que a resilição unilateral pelo comprador gera o seguinte quadro:

Além da **redução de receitas** e das **despesas com a devolução das parcelas pagas**, surgem outros dois tipos de despesas. De um lado, os chamados **custos irrecuperáveis**, isto é, associados à revenda da unidade devolvida. De outro, os **custos financeiros** para obter capital a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas. (FGV, 2017, grifo nosso).

Ainda, considerando-se que os custos irrecuperáveis “correspondem (em média) a 11% do total da receita obtida pelas vendas, o que equivale a 55% do valor pago no período

pré-chaves” (FGV, 2017),¹² presume-se que tenha sido esse o entendimento adotado pelo legislador quando estabeleceu o conteúdo do art. 67-A, § 5º, da Lei nº 4.591/1964, o qual adota, como visto, o percentual máximo de 50% dos valores pagos como cláusula penal incidente na hipótese de rescisão unilateral. Usa-se aqui a expressão “presume-se”, porque da tramitação do projeto de lei nas casas legislativas nada se extrai acerca dos dados empíricos ou fundamentos adotados para o estabelecimento de tal percentual, uma vez que o PL nº 1220/2015 foi proposto, inicialmente, com percentual de 10% de multa, inexistindo no parecer do relator, Deputado Jose Stédile (PSB-RS), qualquer justificativa acerca da eleição do percentual de 50% como limite legal à cláusula penal¹³.

De todo modo, considerando tal quadro, dos fatores elencados pelo estudo citado e destacados na passagem acima transcrita, identifica-se, no que tange à prefixação de prejuízos, a existência de quatro fatores básicos que devem ser cobertos pela cláusula penal no caso da rescisão unilateral do contrato de compra e venda de unidade imobiliária, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custeio da revenda da unidade devolvida; e 4) custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas.

De tais custos, o segundo, relativo às despesas com a devolução das parcelas pagas, encontra-se virtualmente neutralizado pelo conteúdo do art. 67-A, §§ 5º a 7º, da Lei nº 4.591/1964¹⁴, que autoriza a devolução dos valores apenas após a obtenção do “habite-se”, no

¹²Belini (2017), na Plataforma Sienge, desenvolvida para gestão de matérias afetas à indústria da construção, estabelece os custos com a revenda da unidade devolvida (por ela denominada Custo de Aquisição do Cliente) em “10% do valor imóvel”.

¹³Chama a atenção o fato de que o primeiro parecer, apresentado pelo relator perante a Comissão de Defesa do Consumidor, não inseria, na redação do § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 a possibilidade da adoção do percentual de 50%, limitando-se a majorar o percentual de 10 para 25% no inciso II do “caput” do mesmo dispositivo, fundamentando tal alteração na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Entretanto, do que consta na tramitação legislativa, a majoração do percentual passou a estar prevista no substitutivo apresentado pelo relator ao Plenário da Câmara, após aprovação de requerimento de urgência que o deslocou da Comissão de Defesa do Consumidor, ocasião em que, ao proferir parecer em plenário, o relator destaca que “há uma dúvida circulando em relação ao(sic) 50%, na verdade, são 25%. Os 50% apenas nos casos em que vários amigos ou grupos se reúnem para fazer um empreendimento de comum acordo. Nesses casos, poderia se chegar aos 50% de devolução, desde que no contrato entre esses amigos conste essa cláusula” (BRASIL, 2015a).

¹⁴ “§ 5º Quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, de que tratam os arts. 31-A a 31-F desta Lei, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos neste artigo e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nessa hipótese, que a pena referida no inciso II do caput deste artigo seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga. § 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao regime do patrimônio de afetação de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato. § 7º Caso ocorra a revenda da unidade antes de transcorrido

caso de incorporação com patrimônio de afetação, ou em 180 dias do desfazimento, na hipótese de não ter sido constituído tal patrimônio, considerando, inclusive, que um dos objetivos da lei é reforçar a tendência de estímulo à adoção do regime de afetação¹⁵.

Ainda, tais dispositivos têm o potencial de reduzir significativamente o conteúdo dos demais componentes dos prejuízos advindos da rescisão unilateral, pois, ao estabelecerem que a devolução do montante pode, também, ocorrer em até 30 (trinta) dias da revenda, nas hipóteses em que esta ocorra, estimulam o comprador a se engajar no processo de cessão de sua posição contratual e, com a manutenção do capital em poder da incorporadora, podem reduzir, ao menos parcialmente e a depender do momento em que realizada a rescisão, a necessidade de busca de mútuo para cobertura de “descasamento entre receitas e despesas”, assim como viabilizar a permanência das receitas relativas ao comprador desistente, quando novo o substitui.

Portanto, a rescisão unilateral da promessa de compra e venda de imóvel, sob o regime da nova legislação, não gerará, com certeza, nenhum dos impactos financeiros acima elencados, uma vez que um deles restou virtualmente neutralizado (a devolução dos valores) e os demais são passíveis de serem parcialmente reduzidos no caso concreto (prejuízos diretos relativos à redução de receitas, custos com a revenda da unidade devolvida e com o mútuo de capital para a continuidade do empreendimento).

Nesse sentido, quanto aos prejuízos diretos relativos à redução de receitas, os decorrentes do custeio da revenda da unidade devolvida e do custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas, pode-se definir como fundamental para análise da legalidade e da proporcionalidade da cláusula penal no caso concreto, em seu aspecto de antecipação de perdas, um fator essencial: a revenda da unidade¹⁶. Isso porque se o comprador atua de maneira diligente e promove a revenda da

o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, o valor remanescente devido ao adquirente será pago em até 30 (trinta) dias da revenda” (BRASIL, 1964).

¹⁵ Tal conclusão encontra-se em sintonia com o afirmado pela Fundação Getúlio Vargas em seu estudo acerca do tema, no sentido de que “ênfatizando o significativo descasamento entre projeção e realizado para os fluxos de caixa dos empreendimentos, causado principalmente pelos distratos, acredita-se que o momento de devolução do dinheiro ao comprador que opta pelo distrato deva ser ao fim das obras. Com isso, evita-se que a incorporadora deva procurar formas de investimento que não havia previsto por conta dos distratos ou que deva alocar fluxos de caixa antes direcionados para obras e fornecedores para a devolução aos distratantes” (FGV, 2017).

¹⁶ Quanto ao momento da realização da rescisão, a análise induz o sentido de que se mostra como fator irrelevante, na medida em que as despesas relativas à redução de receitas se mantêm similares independentemente do momento em que houve a rescisão, assim como do momento em que ocorrem as despesas com a devolução das parcelas pagas. De outro lado, os custos irrecuperáveis, associados à revenda da unidade devolvida, tendem a ser menores quando mais cedo ocorra a rescisão, ocasião em que ainda está mobilizada a estrutura para venda de outros imóveis remanescentes; os custos financeiros para a cobertura do descasamento

unidade de maneira eficiente e em curto tempo, a incorporadora não sofrerá a perda de receitas decorrentes da cota do comprador, nem incorrerá nas despesas decorrentes dos “custos irrecuperáveis”, assim como não se fará necessária a recomposição de caixa via mútuo para fazer face aos custos decorrentes da continuidade das obras, haja vista que o novo comprador passará a adimplir os valores atinentes à cota do desistente, tornando-se, portanto, injustificável a aplicação da integralidade da pena convencional.

Assim, identificadas as variáveis que compõem os prejuízos decorrentes da rescisão unilateral, mostra-se de especial relevo, visando atingir a objetividade reclamada pela segurança jurídica, a adoção de método objetivo que sirva de suporte à análise judicial concreta da cláusula penal.

4.2 Dos Fatores que Compõem a Cláusula Penal e da Influência Deles no Controle de Incidência

Dada a obrigatoriedade da atuação jurisdicional no controle de equidade da cláusula penal, assim como identificada a possibilidade de se aferir os elementos que a compõem, faz-se necessária, para correta incidência dela, a decomposição de seus fatores de maneira racional, visando o estabelecimento de parâmetros objetivos para a sua incidência proporcional ao caso concreto.

Para isso, há de se decompor o percentual de retenção a título de cláusula penal em cinco variáveis, considerando os fatores de antecipação de perdas e o caráter de desestímulo previsto na cláusula penal, dado o seu caráter dúplice, qual seja, o de antecipação das perdas e danos e de reforço do cumprimento do contrato.

A parcela relativa à antecipação das perdas é composta pelos quatro elementos já mencionados, quais sejam: 1) redução de receitas; 2) despesas com a devolução das parcelas pagas; 3) custos irrecuperáveis, associados à revenda da unidade devolvida; e 4) custos financeiros para obter capital a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas.

A eles deve-se somar o percentual relativo à coercibilidade da cláusula penal, o que conduz a uma divisão por cinco da integralidade do percentual fixado contratualmente para efeito de análise concreta da justeza de seus termos, fazendo com que cada um dos fatores corresponda a 20% da integralidade da cláusula penal convencional.

entre receitas e gastos, entretanto, seguem razão inversa, pois quanto mais prematuro for o rompimento, maior será o capital mutuado e, por conseguinte, seu custo.

De partida, há de se considerar que um dos cinco elementos sempre estará presente, qual seja, a necessidade de se impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado há de ser respeitado.

De outro lado, na grande maioria das hipóteses, deve ser decotado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, haja vista que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da rescisão.

Refere-se, aqui, à “grande maioria das hipóteses”, porque nos casos em que inexistir patrimônio de afetação, pode o incorporador comprovar, durante o processo, que incidu nos custos relativos à devolução dos valores sem que tenha logrado a revenda da unidade, constituindo isso justa causa à incidência dos 20% relativos ao percentual que diz respeito à cobertura de tais custos.

Derradeiramente, quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes (custos decorrentes da redução de receitas; despesas decorrentes da revenda da unidade devolvida; e custos financeiros para obter capital a fim de compensar o descasamento entre receitas e despesas), na proporção de 20% cada, verifica-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade.

Nesse sentido, como já destacado, se o comprador ou o incorporador promovem a revenda da unidade em tempo razoável, após a rescisão, verifica-se que nenhum dos três elementos acima ocorrerá, devendo a cláusula penal, portanto, ser reduzida em 60% de seu total.

Ao revés, se não houve dita revenda e a unidade permanecer nos estoques da incorporadora quando, por exemplo, do ajuizamento da ação, forçoso é o reconhecimento de que tal percentual há de compor a pena convencional pactuada pelas partes, onerando o comprador desistente.

Diante de tal quadro, pode-se, inclusive, balizar a incidência do percentual de 60% , por exemplo, através da adoção de uma relação entre uma determinada fração de tempo em correspondência com uma fração do percentual em cada caso concreto. Por exemplo, pode-se entender que, dadas as peculiaridades do negócio jurídico de compra e venda de imóveis sob regime de incorporação, o comprador assumiria 1% do total de 60% a cada quinze dias que passem sem se efetuar a venda, ou uma semana na mesma situação.

Ademais, ciente da possibilidade de que a incorporadora pode opor injustificada resistência à cessão da posição contratual, deve o juiz, ainda, controlar tal conduta e, caso

reconheça abusividade do exercício do direito, considerar como marco temporal para a incidência do percentual de 60% variável a data em que o comprador fez a primeira solicitação de sua substituição na posição contratual.

Tal raciocínio permite vestir de funcionalidade a cláusula penal aplicável aos contratos de incorporação imobiliária, buscando dotar de padrões objetivos a autoridade judiciária quando da realização do juízo de controle, conforme comando imperativo contido no art. 413 do Código Civil brasileiro.

A fórmula adotada permite, ademais, a adequação justa dos valores, equilibrando a relação existente entre as partes, nos exatos termos firmados pelo art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe ser um dos objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo a:

Harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170 da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores. (BRASIL, 1990).

Tal equilíbrio ocorre, ainda, na medida em que compartilha o ônus relativo à revenda da unidade, impondo-o também ao comprador, que passará a se engajar diretamente no processo de revenda, por passar a ser de seu interesse econômico tal fato, mitigando, também, os prejuízos que eventualmente podem ser acarretados aos demais componentes do coletivo interessado na execução da obra na incorporação imobiliária.

4.3 Da Mitigação da Cláusula Penal por Aplicação do Código de Defesa do Consumidor

Por fim, ainda no que diz respeito à incidência concreta da cláusula penal no contrato de incorporação imobiliária, não pode descurar-se o intérprete da incidência dos ditames do Código de Defesa do Consumidor, em especial de seus arts. 6º, V e 51, IV e §1º, III, o que conduz à necessidade de se observar, no caso concreto, os motivos aduzidos pelo consumidor para a realização do distrato.

Assim, se comprova o consumidor que a rescisão decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou não obtenção do financiamento

para o recebimento das chaves, forçosa se torna a redução concreta do percentual a ser retido a título de cláusula penal.

Por se tratar de fato modificativo do direito vindicado pelo fornecedor ou fato constitutivo de eventual pleito de devolução (art. 373, I e II, do Código de Processo Civil brasileiro), faz-se necessário que o consumidor comprove-o nos autos, inexistindo viabilidade de que seja imposto ao fornecedor por força da inversão prevista no art. 6º, VIII, do CDC, sob pena de se lhe atribuir ônus impossível, qual seja, o de provar fato negativo.

Nessas hipóteses, considerando a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, I, do CDC) e o risco da atividade exercida pela incorporadora, pode-se cogitar da redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta, após a realização do controle de seus elementos, ponderando-se a alteração da base objetiva do negócio jurídico.

5 CONCLUSÃO

Conforme analisado, a rescisão unilateral do contrato de compra e venda submetido ao regime de incorporação imobiliária, inicialmente reconhecida por força de decisões judiciais, passou a ser implicitamente aceita pela Lei nº 13.786/2018, a qual, visando estabilizar as controvérsias jurídicas existentes em seu entorno, procurou regulamentar os efeitos jurídicos decorrentes de tal modalidade de extinção contratual.

Considerando-se a incidência da cláusula penal inserida pelo art. 67-A acrescido à Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e o dever-poder atribuído ao magistrado pelo art. 413 do Código Civil brasileiro, aliado, quando o caso, ao art. 51, IV, e §1º, III, do Código de Defesa do Consumidor, ambos determinando o controle de equidade da cláusula penal no caso concreto, buscou-se a construção de método para permitir que os magistrados possam proceder a tal análise da maneira mais objetiva possível, prestigiando, também, a segurança jurídica.

Considerando a função dúplice da cláusula penal (coercitiva e de antecipação das perdas e danos) e a existência de quatro tipos de perdas associadas ao rompimento unilateral prematuro do contrato de compra e venda de unidade imobiliária submetida ao regime de incorporação (redução de receitas; despesas com a devolução das parcelas pagas; custeio da revenda da unidade devolvida; e custo financeiro do capital que necessita ser mutuado para compensar o descasamento entre receitas e despesas), efetuou-se a decomposição objetiva de cada um desses elementos, de modo que correspondessem a uma parcela da cláusula penal.

Tal decomposição evidenciou que um dos cinco elementos sempre estará presente, qual seja, a necessidade de se impor a pena a título de coerção, evidenciando que 20% do total do valor fixado há de ser respeitado. Consolidou, ainda, que na grande maioria das hipóteses, deve ser decotado da cláusula o percentual relativo a 20% de sua integralidade, haja vista que as despesas com a devolução das parcelas pagas irão ocorrer apenas após a obtenção do “habite-se” ou em 180 (cento e oitenta) dias contados da rescisão.

Quanto ao percentual de 60% do total da cláusula, relativo aos três elementos restantes, verificou-se que estão diretamente atrelados à revenda da unidade, de modo que, se o comprador ou o incorporador promovem a revenda da unidade em tempo razoável, após a rescisão, nenhuma das despesas incidirá, devendo a cláusula penal, portanto, ser reduzida em 60% de seu total; por sua vez, a situação contrária, de demora na revenda da unidade, é justificadora da retenção de tal percentual.

Por fim, rememorou-se a incidência do art. 6º, V, do Código de Defesa do Consumidor, o qual poderá acarretar, nos casos submetidos ao diploma consumerista, a redução de até 50% do total da cláusula penal a ser efetivamente imposta nas hipóteses em que comprova o consumidor que a rescisão decorre de fatos como perda do emprego, redução involuntária do padrão de rendimentos ou não obtenção do financiamento para o recebimento das chaves.

REFERÊNCIAS

BELINI, Mariana. **Qual o custo do distrato de imóvel para sua empresa?** [S.l]: Sienge Plataform, 2017. Disponível em: <<https://www.sienge.com.br/blog/custo-distrato-de-imovel/>>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 1.220/2015**. Brasília: camara.leg.br: 2015a. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214970>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16766.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 21 mar. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Nota técnica distrato.** Brasília: 2018a. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses.** Edição n. 110: dos contratos de promessa de compra e venda e de compra e venda de bens imóveis – II. Tese n. 6. Brasília: 2018b. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp>>. Acesso em: 30 maio 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1447247/SP, de 19 de abril de 2018.** Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília: 2018c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 543.** Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento. Súmulas Anotadas: 2015b. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27543%27\).sub.#TITITEMA0](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27543%27).sub.#TITITEMA0)>. Acesso em: 30 maio 2019.

CONJUR. **Retrospectiva 2018:** leis, livros e efemérides do direito civil. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-02/retrospectiva-2018-leis-livros-efemerides-direito-civil>>.

FGV – FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Análise dos efeitos econômicos e financeiros dos distratos nas compras de imóveis residenciais na planta sobre as empresas incorporadoras.** 2017. Disponível em: <<https://www.abrainc.org.br/wp-content/uploads/2018/05/1932-17-Produto-2.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2019.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 4:** contratos, tomo I: teoria geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GALLOTTI, Isabel. **A incorporação imobiliária na perspectiva do STJ:** a proteção do consumidor – interesse coletivo x individual. Migalhas, 2018. Palestra proferida no evento ocorrido no auditório do STJ no dia 25.4.18. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI279947,21048-A+incorporacao+imobiliaria+na+perspectiva+do+STJ+protecao+do>>. Acesso em: 29 maio 2019.

GARCIA, Alexandre. Custo com distratos supera prejuízo das construtoras. **Notícias.R7**, abr. 2017. Seção Economia. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/economia/custo-com-distratos-supera-prejuizo-das-construtoras-25042017>>. Acesso em: 29 maio 2019.

IBOPE – INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA. **Mercado imobiliário residencial brasileiro**. 2011. Disponível em: <http://www.ibope.com.br/pt-br/noticias/Documents/110718_Pyxis%20Imobili%C3%A1rio.pdf>. Acesso em: 29 maio 2019.

MINAS GERAIS. Fundação João Pinheiro. **Déficit habitacional no Brasil**. 2013. Disponível em: <<http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/produtos-e-servicos1/2742-deficit-habitacional-no-brasil-3>>. Acesso em: 29 maio 2019.

PETRUCCI, Celso. **Mercado imobiliário 2016**. Sindicato de Habitação – SECOVI SP: 2017. Disponível em: <[http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016\(af\).pdf](http://www.secovi.com.br/downloads/pesquisas-e-indices/balancos-do-mercado/2016/arquivos/balancodomercadoimobiliario2016(af).pdf)>. Acesso em: 30 maio 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TARTUCE; Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. Rio de Janeiro: Forense, 2011.