

Jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ necessita de revisão*

Melhim Chalhub

Fato marcante na grave crise que atravança a economia nacional nos últimos anos é a avalanche de quebras de contratos de promessa de venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias, que no ano de 2015 superou a marca de 40% dos contratos.

O fenômeno põe em destaque a necessidade de harmonização do interesse individual do promitente comprador inadimplente e do interesse comum da coletividade dos contratantes, visando afastar ou mitigar o risco de colapso da incorporação.

O risco existe porque o capital de uma incorporação imobiliária limita-se às receitas da comercialização das unidades, que, em regra, se faz mediante contratos de promessa de compra e venda.

Dada essa limitada capacidade de levantamento de capital, o direito positivo contempla normas de proteção do patrimônio da incorporação, com a preservação do fluxo das receitas geradas pelos contratos de promessa e sua vinculação à realização do objeto da incorporação — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Para enfrentamento dos riscos decorrentes da quebra de contratos de promessa no curso da operação, a Lei 4.591/1964 preconiza a pronta recomposição do capital da incorporação mediante revenda em leilão do imóvel do inadimplente, de modo a viabilizar a captação de recursos necessários ao resgate do débito pendente e possibilitar o aporte de recursos pelo novo adquirente. Resgatado o débito, entrega-se o saldo ao adquirente inadimplente.

Alternativamente, a solução para o inadimplemento da obrigação do promitente comprador pode ser alcançada mediante ação judicial de resolução da promessa, mas nesse caso a eventual restituição ao adquirente antecede à recomposição do capital da incorporação, que permanece deficitário ao longo de todo o curso da ação. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se nesse sentido no

enunciado da Súmula 543, publicada em 31 de agosto de 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.”

A divergência entre o critério instituído pela Lei 4.591/1964 — recomposição do capital mediante venda em leilão e posterior restituição do saldo daí resultante — e o construído pela jurisprudência — restituição imediata, de uma só vez, antes e independente da recomposição do capital — suscita reflexão sobre os efeitos da quebra de contratos de promessa sobre o interesse comum da coletividade dos contratantes.

Caracterizada como negócio jurídico pelo qual se convencionou a transmissão de direito aquisitivo sobre imóvel (Código Civil, artigo 1.417), a promessa de compra e venda tem também função de captação de recursos para formação do capital da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, artigos 28 e seguintes).

A promessa sujeita-se ainda ao Código de Defesa do Consumidor (CDC) quando caracterize relação de consumo, mas suas normas não interferem na tipicidade e funcionalidade do contrato, pois incidem “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.”^[1]

É que em relação à legislação que dispõe sobre o regime jurídico dos contratos, como observa Cláudia Lima Marques, o CDC é *lei geral*, pois regula as relações de consumo sem tratar “exaustivamente ou especificamente de nenhuma espécie de contrato em especial, mas impondo novos patamares gerais de equilíbrio e boa-fé”.^[2]

Suas normas convivem com as normas especiais, prevalecendo estas sobre as do CDC naquilo que têm de peculiar.

É como tem reconhecido a jurisprudência dos tribunais superiores, a exemplo da decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.591, que reafirma a incidência do CDC sobre os contratos bancários, quando caracterizem

relação de consumo, mas ressalva a preponderância das normas especiais de tipificação e funcionalidade dessa espécie de contrato.[3]

Alinhado a essa interpretação, o Superior Tribunal de Justiça reconhece a prevalência da lei especial sobre o CDC, no que tange à tipificação da promessa de compra e venda e da alienação fiduciária de bens imóveis, contratos empregados com frequência na atividade da incorporação imobiliária.

É nesse sentido o acórdão do Recurso Especial 80.036-SP, relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, segundo o qual “o contrato de incorporação, no que tem de específico, continua regido pela lei que lhe é própria (Lei 4.591/64)”. No mesmo sentido, ao julgar os quatro Recursos Especiais submetidos ao STJ até o final de 2015, relativos a eventual restituição de quantias pagas em razão de execução de dívida garantida por propriedade fiduciária de imóveis (REsps 932.750-SP, 1.160.549-RS, 1.172.146-SP e 1.230.384-SP), o Superior Tribunal de Justiça decidiu que o valor a ser restituído corresponderá ao que sobejar do leilão, nos termos do artigo 27 da Lei 9.514/1997, regra especial “que deve preponderar sobre a regra geral do Código de Defesa do Consumidor [art. 53]”. [4]

No que tange especificamente à promessa de compra e venda articulada à incorporação imobiliária, importa ter presentes suas singularidades com vistas à identificação dos âmbitos de incidência das normas do CDC e daquelas instituídas pela legislação especial, particularmente no que tange aos efeitos da quebra do contrato pelo promitente comprador sobre o conjunto dos adquirentes.

Registre-se, por relevante, que as normas da Lei 4.591/1964 consubstanciam um sistema de proteção dos adquirentes de imóveis pelo regime da incorporação imobiliária, fundado nos mesmos princípios em que se fundamenta o CDC, e esse sistema confere primazia ao interesse da coletividade sobre o interesse individual do inadimplente, visando garantir a conclusão do conjunto imobiliário e entrega das unidades a todos os adquirentes. [5]

Assim é porque a incorporação imobiliária estrutura-se como uma unidade econômica autônoma, que se realiza com os recursos gerados por ela própria, à semelhança de um *project finance*, cujo pilar de sustentação é “uma 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”.[\[6\]](#)

Do mesmo modo que um *project finance*, a incorporação imobiliária somente terá êxito se os recursos por ela captados, mediante comercialização e financiamento garantido pelo seu próprio ativo, tiverem ingresso regular e forem direcionados ao cumprimento do seu objeto — execução da obra, liquidação do passivo e retorno do investimento.

Entre as disposições da Lei 4.591/1964 que caracterizam a incorporação como unidade econômica dependente de suas próprias forças merece atenção o artigo 34, que confere ao incorporador a faculdade de confirmação do negócio somente após constatar que as vendas efetuadas no *prazo de carência* de seis meses contado do lançamento demonstrarem a capacidade do empreendimento de gerar receitas em montante suficiente para sua realização.

Para garantir a efetividade do direito individual do adquirente e, ainda, para assegurar a preservação da estabilidade do capital da incorporação, a Lei 4.591/1964 qualifica a promessa de venda como contrato irretratável (artigo 32, § 2º), pois esses contratos têm, também, função de captação de recursos para formação do capital da incorporação.

Essas promessas são ligadas por um nexos funcional que as faz operar de forma coordenada visando a realização do empreendimento e, dado que elas constituem a fonte de alimentação financeira da incorporação, as vicissitudes de qualquer uma delas influem nas demais e, em consequência, podem expor a risco a incorporação, em prejuízo do interesse comum da coletividade dos contratantes, subjacente a cada uma das promessas.

É exatamente porque a incorporação realiza-se com suas próprias forças que seu regime jurídico prioriza o interesse comum da coletividade dos contratantes mediante (i) blindagem patrimonial de cada incorporação em um patrimônio de afetação (Lei 4.591/1964, artigos 31-A e seguintes), (ii) irretratabilidade das promessas de venda (Lei 4.591/1964, § 2º do artigo 32), (iii) blindagem das receitas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos das vendas (novo CPC, artigo 833, XII), (iv) recomposição do capital da incorporação, em caso de inadimplemento, mediante leilão

(Lei 4.591/1964, artigo 63), dentre outras normas de proteção do patrimônio da incorporação.

Esses elementos de caracterização da incorporação imobiliária, entre outros, evidenciam que a questão da quebra de contratos dos quais proveem seu capital não se esgota na apreciação das matérias de fato e de direito circunscritas exclusivamente à esfera da relação jurídica individual neles constituída.

Na medida em que o inadimplemento e a conseqüente quebra do contrato importam em redução do capital da incorporação, e este é limitado ao montante das receitas das vendas, os efeitos da quebra extrapolam a esfera da relação jurídica individual e atingem o interesse comum subjacente a cada promessa e comprometem a consecução do empreendimento, justificando o exame dessas peculiaridades para evitar que, ao se proteger individualmente um adquirente, se exponha a risco os demais adquirentes integrantes da incorporação, como observa o Desembargador Werson Rego, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: “[...] 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 7, STJ).”[7]

O risco de desaparecimento da base objetiva do negócio provocado pela redução do capital da incorporação tem sido agravado pelo desfazimento imotivado de promessas, reconhecido pela jurisprudência como um “direito de desistência” do promitente comprador,[8] ou rescisão unilateral por parte do promitente comprador;[9] basta que o promitente comprador postule seu “direito de desistência” para que seja decretado o desfazimento sem apreciação das nuances da situação e até mesmo deferido liminarmente, *inaudita altera pars*.

A isso acresce que a “rescisão unilateral” da promessa irretratável, a par de atender, por meio transversal, o interesse individual de adquirentes que efetivamente não mais reúnam capacidade de pagamento, vem sendo aproveitada por promitentes compradores-investidores, que adquirem imóveis “na planta” com o propósito de revendê-los com lucro por ocasião do “habite-se”; ao verem frustrada sua expectativa

de lucro em situações de crise (como a que ocorre nos anos 2014/2016), se socorrem do “direito de desistência” ou da “resilição unilateral” do contrato irretratável, aproveitando-se da proteção que a jurisprudência confere ao adquirente, enquanto destinatário final do imóvel que se encontra em situação de desvantagem técnica e econômica.

Efetivamente, nada justifica a aplicação, em benefício do promitente comprador-investidor, da jurisprudência protetiva do adquirente qualificado como consumidor, pois, na aquisição para fins de investimento o risco é do investidor; é dele o lucro, que embolsa ao revender o imóvel por ocasião do “habite-se”, do mesmo modo que é dele o prejuízo, decorrente de eventual não valorização, tal como em qualquer investimento.

Essas breves considerações suscitam reflexão sobre os distintos critérios de liquidação de haveres resultante da quebra de promessas de venda, isto é, a regra do artigo 63 da Lei 4.591/1964, que confere primazia ao interesse da coletividade dos contratantes sobre o interesse individual do inadimplente, ao determinar a recomposição do capital da incorporação antes de eventual restituição ao inadimplente, e, de outra parte, a construção jurisprudencial, que inverte essa ordem de preferência, ao priorizar o direito individual do promitente comprador (inadimplente ou não) em detrimento da coletividade dos contratantes, ao tornar exigível a restituição independente de se recompor o capital.

Não se questiona o direito à eventual restituição de parte das quantias pagas, deduzido o *quantum* da indenização das perdas e danos causados pela quebra do contrato, mas o risco de obstaculizar ou inviabilizar a incorporação, em razão de redirecionamento de recursos do seu orçamento para restituição imediata das quantias pagas pelo inadimplente, independente de recomposição do fluxo financeiro, suscita reflexão sobre a necessidade de revisão da jurisprudência consolidada na Súmula 543 do STJ, com a atenção voltada para o sistema de proteção da coletividade dos contratantes instituído pela Lei 4.591/1964 e reforçado pelo novo Código de Processo Civil.

* Artigo publicado no Boletim de Notícias do CONJUR

[1](#) CAVALIERI FILHO, Sérgio, *O direito do consumidor no limiar do século XXI*. Rio de Janeiro: Padma, 2000, RTDC, v. 2, p. 128.

[2](#) MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 618.

[3](#) Destaque-se do voto do Ministro Cezar Peluso: “o CDC não tende a disciplinar as relações entre as instituições integrantes do sistema financeiro nacional e seus clientes, sob o prisma estritamente financeiro...”

[4](#) REsp 1.230.384-SP.

[5](#) Permitimo-nos remeter ao nosso *Da Incorporação Imobiliária* (Editora Renovar, Rio de Janeiro, 3. ed., 2010) e ao artigo *Incorporação Imobiliária: aspectos do sistema de proteção dos adquirentes de imóveis*, *in* *Revista de Direito Imobiliário* (RT), ano 36, vol. 75, jul-dez/2013, p. 141-166.

[6](#) MUNIZ, Igor, *et alii*, *Temas de direito bancário e do mercado de capitais*. Coordenadores: Luiz Leonardo Cantidiano e Igor Muniz. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014, p. 195.

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

[8](#) AgRg no AREsp 437642-RJ, AgRg no AREsp 474503-MG, AgRg no AREsp 18316-PE, entre outros.

[9](#) AgRg no AREsp 730520-DF, REsp 1132943-PE, EAg 1138183-PE, entre outros.