

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CASSIANO GOMES ZIMMERMANN

**INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL E OUTRAS QUESTÕES ATUAIS SOBRE OS
COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS “NA PLANTA”**

CURITIBA

2017

CASSIANO GOMES ZIMMERMANN

**INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL E OUTRAS QUESTÕES ATUAIS SOBRE OS
COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS “NA PLANTA”**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito, Curso de
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

CASSIANO GOMES ZIMMERMANN

INVERSÃO DA CLÁUSULA PENAL E OUTRAS QUESTÕES ATUAIS SOBRE OS COMPROMISSOS DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS “NA PLANTA”

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Prof. Dr. Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk

Departamento de Direito Civil e Processual Civil, UFPR

Dra. Luciana Pedroso Xavier

Centro Universitário Curitiba

Curitiba, 16 de novembro de 2017

AGRADECIMENTOS

A DEUS, pelos meus pais. O dicionário não contém palavras suficientes para expressar a gratidão que lhes devo. Sem o seu amor incondicional e estímulo constante, nada do que foi teria sido.

À LORRANY, por ser uma irmã extremamente acolhedora e carinhosa à sua maneira.

À ANA e ao ADROALDO, por terem provado que para ter amigos verdadeiros em Curitiba não é preciso comprar um cachorro. Serei sempre grato por terem sido os companheiros certos nas horas incertas dos últimos anos. Agradeço ao ADROALDO, em especial, pelas inúmeras conversas, sugestões e indicações bibliográficas que influenciaram e enriqueceram este trabalho.

À Dra. TATHIANA YUMI ARAI JUNKES, pela confiança que em mim depositou ao me conceder a oportunidade de estagiar na 16ª Vara Cível de Curitiba, onde o tema tratado nesta monografia começou a me inquietar.

Ao Dr. RODRIGO RAMINA DE LUCCA, que mais do que chefe se tornou minha referência na profissão por sua seriedade, dedicação e incomparável agilidade de raciocínio.

Aos Professores CARLOS EDUARDO PIANOVSKI RUZYK e LUCIANA PEDROSO XAVIER, cujos comentários, sugestões e críticas durante a banca abriram novos horizontes para a continuidade da pesquisa.

Por fim, agradeço ao Prof. Dr. RODRIGO XAVIER LEONARDO, que apesar do pouco contato não hesitou em dar a segura orientação que viabilizou a elaboração deste trabalho.

“A verdadeira escola do desenvolvimento político de um povo é o direito privado, não o direito público. E se quer saber como um povo, em caso de necessidade, defenderá os seus direitos políticos e a sua posição no concerto das nações, basta observar como os indivíduos desse povo defendem seus próprios direitos na vida privada (...). Um povo em que cada qual tem o hábito de defender seu direito, mesmo nas mais ínfimas questões, não aceitará que lhe tomem o que tem de mais elevado”.

RUDOLF VON JHERING

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto as controvérsias atuais sobre os compromissos de compra e venda de imóveis na “planta”. Examinando a jurisprudência, verifica-se o surgimento de várias divergências a respeito desse contrato nos últimos anos, fenômeno decorrente do *boom* imobiliário da segunda metade da década de 2000. A partir de então, passou-se a discutir desde o regime jurídico aplicável aos compromissos até os efeitos de determinadas cláusulas neles incluídas. Embora muito difundida no Brasil, a teoria do “diálogo das fontes” baseia-se em fundamentos equivocados, gera insegurança jurídica e, assim, não fornece soluções adequadas aos conflitos entre as normas veiculadas pela Lei nº 4.591/1964, pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor. Contudo, a partir dos critérios tradicionais de solução de antinomias consagrados pela Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conclui-se que a legislação consumerista deve ser aplicada em caráter subsidiário, pois é geral em relação ao regramento específico das incorporações imobiliárias. A partir dessa premissa, é possível analisar com clareza as questões postas à apreciação do Judiciário, tais como a inversão da cláusula penal estipulada em desfavor do promissário comprador. Além dessa disposição, examina-se também a validade da cláusula de tolerância, a possibilidade da cobrança de juros durante o período em que o imóvel é construído, a qualificação dos danos decorrentes da mora do promitente vendedor e a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem.

Palavras-chave: Compromisso de compra e venda. Cláusula penal. Cláusulas abusivas.

ABSTRACT

The present work analyzes the main current controversies about the purchase and sale of real estate under construction. The examination of the jurisprudence reveals that there are several discussions regarding this contract, a phenomenon due to the real estate boom of the second half of the decade of 2000. Even the applicable law to this contracts is object of discussion. Although widely diffused in Brazil, the "dialogue of sources" theory is based on mistaken foundations and generates legal uncertainty, being not capable to provide adequate solutions to the conflicts between the norms of Act 4.591/1964, the Civil Code and Code of Consumer Protection. However, based on the traditional criteria for the solution of antinomies enshrined in the Introduction to the Norms of Brazilian Law Act, it is concluded that consumer legislation should be applied on a subsidiary basis, since it is general in relation to the specific regulation of real estate developments. From this premise, it is possible to clearly analyze the specific issues brought before the Judiciary, such as the reversal of the penalty clause stipulated to the detriment of the promising buyer. Furthermore, the work also examines the validity of the tolerance clause, the possibility of charging interest during the period in which the property is being built, the qualification of damages arising from the delay of the promising seller and the responsibility for the payment of the commission of brokerage.

Keywords: Sales contract. Real estate. Penalty clause. Unfair terms.

LISTA DE SIGLAS

BNH	-	Banco Nacional da Habitação
CAP	-	Caixa de Aposentadoria e Pensões
CDC	-	Código de Defesa do Consumidor
CEF	-	Caixa Econômica Federal
CPDOC	-	Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil
FGTS	-	Fundo de Garantia do Tempo de Serviço
IAP	-	Instituto de Aposentadoria e Pensões
LINDB	-	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
PMCMV	-	Programa Minha Casa Minha Vida
SDE/MJ	-	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça
SFH	-	Sistema Financeiro da Habitação
SFI	-	Sistema Financeiro Imobiliário
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS NO BRASIL	10
2.1 O INÍCIO DA URBANIZAÇÃO: DO PREDOMÍNIO DA LOCAÇÃO À CONSTRUÇÃO DE MORADIAS PARA VENDA	10
2.2 CONSOLIDAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO: SFH E LEI DE INCORPORAÇÕES	12
2.3 DO COLAPSO DO BNH AO BOOM IMOBILIÁRIO: O PANORAMA ATUAL.....	13
3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO CONTRATO	17
3.1 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.....	18
3.1.1 Da controvérsia	19
3.1.2 Da teoria do “diálogo das fontes”	20
3.1.3 Da posição adotada neste estudo – rejeição à teoria do “diálogo das fontes”	21
3.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO	25
4 CONTROVÉRSIAS ATUAIS	29
4.1 DA CLÁUSULA PENAL	30
4.1.1 Dogmática da cláusula penal.....	30
4.1.2 Da inversão da cláusula penal	35
4.1.3 Cláusula de decaimento.....	43
4.2 OUTRAS CONTROVÉRSIAS	45
4.2.1 Da cláusula de tolerância.....	46
4.2.2 Dos danos decorrentes do atraso na entrega da obra.....	46
4.2.3 Da cobrança de juros no pé	49
4.2.4 Da comissão de corretagem.....	51
5 CONCLUSÕES.....	53
REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Judiciário tem enfrentado uma série de controvérsias relacionadas à incorporação imobiliária. Essa realidade pode ser explicada pelo *boom* do setor da construção civil a partir da segunda metade da década de 2000, quando a celebração de compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” cresceu vertiginosamente. Com a multiplicação dos negócios, também aumentou o número de demandas judiciais nas quais se discute a validade de cláusulas contratuais e a responsabilidade dos contratantes nas hipóteses de atraso na entrega da obra e desfazimento do contrato.

Neste trabalho, serão abordadas algumas das controvérsias mais relevantes sobre a matéria. O Superior Tribunal de Justiça tem posição consolidada a respeito de algumas dessas questões, mas em relação a outras ainda há divergência jurisprudencial. Os objetivos aqui perseguidos são identificar a solução mais adequada para cada problema e verificar a correção dos entendimentos já assentados pelo Judiciário.

Para tanto, o Capítulo 3 delinea o regime jurídico aplicável aos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta”. Definem-se os termos em que deve ocorrer a aplicação da Lei nº 4.591/1964, do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor, bem como os critérios para a solução de antinomias entre esses diplomas. Também nesse Capítulo são delimitados os efeitos da celebração dos contratos por adesão.

Assentadas essas premissas, no Capítulo seguinte passa-se ao exame das principais controvérsias da atualidade. É dada especial atenção à discussão a respeito da *inversão* da cláusula penal estabelecida em desfavor do promissário comprador e dos limites da *cláusula de decaimento*. Em seguida, analisa-se brevemente a validade da cláusula de tolerância, os danos decorrentes do atraso na entrega da obra, a cobrança de juros durante o período de construção e a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem. Ao final, são explicitadas as conclusões sobre os temas abordados ao longo do trabalho.

Porém, antes de examinar as questões de dogmática jurídica, é preciso conhecer as peculiaridades do mercado imobiliário no Brasil. É por essa razão que, logo no Capítulo 2, é feito um breve histórico da construção de imóveis no país, indicando-se o panorama do setor diante da crise atual e a importância do compromisso de compra e venda para a formalização das operações econômicas praticadas nesse contexto.

2 COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS RESIDENCIAIS NO BRASIL

O compromisso de compra e venda é a espécie contratual mais utilizada por aqueles que pretendem alienar ou adquirir imóveis residenciais no Brasil. Trata-se de antiga peculiaridade do mercado imobiliário brasileiro¹, já destacada no preâmbulo do Decreto-Lei nº. 58, de 1937, que regulou o loteamento e a venda de terrenos em prestações em todo o País.

A preferência nacional pelo compromisso encontra raízes no caráter tradicionalmente informal que a ocupação de terra assumiu no Brasil desde a era colonial. Embora o direito à propriedade tenha sido garantido pela legislação desde o descobrimento, o formalismo inerente à transmissão de bens imóveis sempre foi um estímulo à adoção de meios informais pelos negociantes.

Ao longo do século XX, a aquisição de propriedade pelo registro do título no Registro de Imóveis revelou-se um procedimento custoso e demorado. A agilidade com que boa parte dos negócios imobiliários era – e continua a ser – concluída não se compatibilizava com a burocracia inerente à formalização do contrato de compra e venda em escritura pública para posterior averbação na matrícula do imóvel. Por essa razão, o compromisso continua sendo, até hoje, a via preferencial de corretores, empresários, advogados e demais interessados².

Todavia, o compromisso de compra e venda não está imune a controvérsias de ordem jurídica. Essas controvérsias passaram a se manifestar com maior frequência a partir da multiplicação do número de compromissos celebrados causada pela massificação do acesso à casa própria – fenômeno que, no Brasil, é ainda recente.

2.1 O INÍCIO DA URBANIZAÇÃO: DO PREDOMÍNIO DA LOCAÇÃO À CONSTRUÇÃO DE MORADIAS PARA VENDA

Diante da ausência de linhas de financiamento da casa própria, o início da urbanização brasileira foi marcado pelo predomínio da locação residencial³. Nesse período, que se estende do final do século XIX até meados da década de 1930, a construção de habitações era realizada sobretudo por investidores interessados em lucrar com o aluguel dos

¹ O “DNA” brasileiro do compromisso de compra e venda foi particularmente enfatizado por LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO (**Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 529).

² AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. **Compromisso de compra e venda**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 15.

³ BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2011. p. 43.

imóveis. Nas grandes cidades, tais como São Paulo e Rio de Janeiro, os governos locais frequentemente concediam isenções aos empresários do setor imobiliário, a fim de incentivar a construção civil e reduzir o crescente déficit habitacional⁴.

Num contexto de industrialização incipiente, a renda média da população era extremamente baixa. Além de não permitir a aquisição de imóveis pela maioria das famílias, tal circunstância restringia o valor do aluguel que podia ser cobrado pelos locadores e limitava os investimentos na construção de moradias. As exigências sanitárias estabelecidas em leis municipais da primeira década do século XX agravavam o problema: a demolição de cortiços, a diminuição do número de residências disponíveis para locação e o conseqüente aumento do preço dos aluguéis de imóveis restringiam o acesso a moradia regular às classes médias da população, estimulando a construção clandestina.

O cenário tornou-se ainda mais problemático a partir da Revolução de 1930. Com o aumento do número de pessoas vivendo nas cidades e a incapacidade da construção civil de acompanhar o ritmo de crescimento da demanda por moradias, o preço dos aluguéis passou a se elevar de maneira vertiginosa. Como a renda das classes trabalhadoras permanecia baixa, disseminou-se pelas grandes cidades a construção de residências mais simples, fora dos padrões sanitários tolerados pela legislação. Ao mesmo tempo, parte significativa dos segmentos mais pobres começou a procurar terrenos mais baratos e afastados das regiões centrais para edificar a casa própria aos poucos, no sistema de auto-emprego.

Diante da pressão dos locatários e de setores da indústria, em 1942 o governo Vargas editou o Decreto-Lei nº. 4.598, que congelou o valor dos aluguéis praticado em 1941 pelo período de dois anos. A medida, de constitucionalidade então questionada, foi renovada sucessivamente nos anos posteriores e contribuiu para o agravamento dos sempre frequentes conflitos entre locadores e locatários⁵. Apesar disso, o congelamento dos aluguéis acabou sendo um importante – e talvez o primeiro – fator de incentivo à construção de residências em âmbito nacional.

Com efeito, após a edição do Decreto-Lei nº. 4.598/1942 os empresários do setor imobiliário perceberam que o custo de oportunidade da construção de imóveis para locação residencial não justificava novos investimentos. A criação de linhas de crédito para a

⁴ BACKHEUSER, Everardo. **Habitacões populares**: relatório apresentado ao Exm. Sr. Dr. T. J. Seabra, Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906. p. 89.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 28.

construção de moradias para venda tornou essa modalidade de negócio muito mais atrativa, o que estimulou os empresários a se adaptarem a ela.

As primeiras linhas de crédito foram instituídas pelas Caixas de Aposentadoria e Pensões, entidades criadas a partir de 1923. Embora já estivessem autorizadas a conceder empréstimos a seus filiados desde a edição do Decreto nº. 19.469/1930, as CAPs começaram a desempenhar um papel mais relevante na construção de residências para venda a partir de 1937, passando a se chamar Institutos de Aposentadoria e Pensões⁶ e ganhando disciplina específica pelo Decreto nº. 1.749. Desde então, os adquirentes de imóveis passaram a ter acesso a crédito a juros mais acessíveis (de 6% a 8% a.a.) e com prazo de pagamento de até 25 anos⁷.

Nesse contexto, o congelamento do valor dos aluguéis foi o estopim para a guinada à construção de casas e apartamentos para venda. Tanto é que, entre 1937 e 1964, os IAPs financiaram a construção de nada mais nada menos que 123.995 unidades habitacionais em todo o País⁸. Tendo em vista que esse número não inclui os empréstimos concedidos a não filiados a esses institutos, é possível afirmar que o impacto das medidas de incentivo do governo foi ainda maior.

2.2 CONSOLIDAÇÃO DO MERCADO IMOBILIÁRIO: SFH E LEI DE INCORPORAÇÕES

Com o estabelecimento do regime militar, a questão da moradia ganhou nova dimensão. O Plano Nacional de Habitação, lançado ainda em 1964 (Lei nº. 4.380/64), determinou a conjugação de esforços entre os diversos entes públicos a fim de reduzir o grave déficit habitacional que não parava de crescer. Para se ter noção do problema, basta notar que

⁶ As CAPs foram criadas em 1923 com a aprovação da Lei Eloy Chaves em janeiro daquele ano. Com a Revolução de 1930, foram incorporadas pelo Ministério do Trabalho, que então criaria os IAPs para várias categorias profissionais. Assim surgiram o IAPM (Marítimos), o IAPC (Comerciários) e o IAPB (Bancários), apenas para citar três exemplos. Em 1966, todos os institutos que atendiam trabalhadores da iniciativa privada foram unificados mediante a criação do Instituto Nacional de Previdência Social (CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC). Institutos de Aposentadoria e Pensões. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 10 jan. 2017).

⁷ BONDUKI, Nabil. **Op. cit.** p. 103-104.

⁸ **Idem.** p. 128.

entre 1940 e 1970 a população urbana saltou de 31,24% para 55,92% da total⁹, o que representa um crescimento de quase 40 milhões de pessoas vivendo nas cidades nesse período de apenas três décadas¹⁰.

Junto com o Plano Nacional de Habitação, adveio a Lei nº. 4.591/1964, que definiu o negócio de incorporação imobiliária e estabeleceu os direitos e deveres dos incorporadores e dos adquirentes de imóveis. No ano seguinte, a aprovação da Lei nº. 4.864/1965 completou o pacote de estímulos à construção civil mediante a previsão de uma série de incentivos fiscais aos empreendedores do segmento.

Diante da segurança jurídica proporcionada pelo novo arcabouço legal e dos estímulos do novo governo, a indústria da construção civil fez surgir um mercado de habitação “por atacado”¹¹ para suprir a crescente demanda. Ao longo de sua existência (1964-1986), estima-se que o BNH tenha financiado a construção de 4,45 milhões de unidades habitacionais, número sequer imaginado até então e que, na prática, representou ¼ do total de residências construídas no período¹².

2.3 DO COLAPSO DO BNH AO BOOM IMOBILIÁRIO: O PANORAMA ATUAL

Com a estagnação econômica da década de 1980 e o colapso financeiro do BNH, o Brasil viveu período de relativo descaso com a construção civil. O mercado habitacional só voltaria ao centro das atenções no final do primeiro mandato de Fernando Henrique Cardoso (1995-1998).

A nova política deu ênfase sobretudo ao aprimoramento do mercado voltado às famílias com renda superior a 12 salários mínimos e à expansão das fontes de crédito para o consumidor final¹³. Em 1997, foi aprovada a Lei nº. 9.514/1997, criando o Sistema Financeiro

⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico 1940-2010. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>>. Acesso em: 06 fev. 2017.

¹⁰ O aumento elevado decorre do próprio crescimento vegetativo da população brasileira, que no intervalo analisado passou de pouco mais de 41 milhões para mais de 93 milhões de habitantes (BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000, p. 221. Disponível em: <<http://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 06. fev. 2017).

¹¹ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013. p. 107.

¹² ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas** (Tese de Doutorado). São Paulo: USP / Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2009. p. 64.

¹³ SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social de mercado: a confluência entre Estado, empresas construtoras e capital financeiro**. Belo Horizonte: C/Arte, 2012. p. 36.

Imobiliário, o qual permitiu a flexibilização das condições econômicas dos financiamentos, fortalecendo as instituições financeiras em detrimento de direitos materiais e processuais dos mutuários¹⁴.

Entretanto, com a ascensão do Partido dos Trabalhadores ao poder, o panorama se modificou. O SFI foi mantido, mas o foco voltou-se à ampliação do mercado, de modo a abranger os segmentos de renda mais baixa que ainda tinham dificuldades de obter crédito imobiliário. Já no primeiro governo Lula (2003-2006), foi lançada a Política Nacional de Habitação, que enfatizava a necessidade de ampla participação do setor privado na construção de moradias para famílias com renda de até 5 salários mínimos e estabelecia os subsistemas de habitação de interesse social e de habitação de mercado. Enquanto o primeiro tinha como objetivo atender à população de baixa renda com subsídios governamentais e reservas do FGTS, o segundo buscava reorganizar o setor da construção civil e ampliar a captação de recursos no mercado de capitais¹⁵.

Nesse período, o governo federal tomou diversas medidas a fim de impulsionar a produção de unidades habitacionais. A primeira delas foi a aprovação da Lei nº. 10.931/2004, que estabeleceu a possibilidade de as incorporadoras instituírem patrimônio de afetação. A medida, que buscava garantir segurança jurídica aos novos empreendimentos, veio acompanhada da liberação para o financiamento imobiliário de recursos da caderneta de poupança que até então se encontravam retidos no Banco Central¹⁶.

Em conjunto com a facilitação do acesso ao crédito pelos consumidores e com a concessão de uma série de benefícios tributários às incorporadoras a partir de 2006, essas duas medidas contribuíram para o *boom* imobiliário verificado nos anos seguintes. Se no ano em que a Política Nacional de habitação foi lançada houve concessão de financiamento para a construção de 24.961 unidades imobiliárias pelo Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo, em 2008 esse número já havia saltado para 162.999¹⁷, um aumento da ordem de 653% em apenas quatro anos.

¹⁴ LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 63.

¹⁵ BRASIL. Ministério das Cidades. Política nacional de habitação. Brasília: 2004. p. 53. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/4PoliticaNacionalHabitacao.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

¹⁶ SHIMBO, Lúcia Zanin. **Op. cit.** p. 52.

¹⁷ Os dados são da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC). Disponível em: <<http://www.cbicdados.com.br/menu/financiamento-habitacional/sbpe>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

Apesar do êxito obtido com os estímulos à construção, a crise financeira de 2008 desaqueceu a economia brasileira. A fim de evitar redução do nível de emprego e recessão, o governo federal interveio no mercado de maneira mais incisiva e, entre outras medidas, lançou o Programa Minha Casa Minha Vida no ano de 2009.

Originalmente, o PMCMV se destinava às famílias com renda de até 10 salários mínimos, divididas em três faixas conforme os rendimentos que auferiam. Para a primeira faixa, cujas famílias tinham renda não superior a 3 salários mínimos por mês, o subsídio estatal chegava a 90% do preço do imóvel adquirido. O governo ofertou R\$ 34 bilhões em subsídios que, junto com recursos do FGTS, financiaram a construção de cerca de um milhão de unidades habitacionais apenas na primeira fase do programa, concluída no fim de 2010. Até maio de 2013, já havia sido contratada a construção de 2,8 milhões de moradias¹⁸.

A arquiteta LÚCIA ZANIN SHIMBO¹⁹ sintetiza os principais aspectos da operação econômica que se estabelece no âmbito do PMCMV e da qual participam o construtor, o adquirente e o agente financeiro que, geralmente, é a Caixa Econômica Federal:

As construtoras apresentam projetos de empreendimentos às superintendências regionais da CEF, que, por sua vez, realiza pré-análise, autoriza o lançamento e comercialização e, após conclusão da análise e comprovação da comercialização mínima exigida, assina o contrato de financiamento à produção. Durante a obra, a CEF financia o mutuário pessoa física e o montante é abatido da dívida da construtora – num modelo bastante semelhante ao programa Carta de Crédito Associativo. O beneficiário, portanto, após o lançamento do empreendimento, procura diretamente a construtora para aquisição do imóvel ou as agências da CEF para obter um financiamento dentro do Carta de Crédito Individual, sob as novas instruções do MCMV – há ainda a possibilidade de oferta nos “Feirões de Imóveis da CAIXA”, já implementados anteriormente.

A relação jurídica formada entre o construtor e o adquirente que o procura diretamente para a compra da casa própria pelo PMCMV é muito similar àquela resultante da aquisição de imóveis “na planta” pelas famílias de renda média e alta. Em ambos os casos se costuma celebrar compromisso de compra e venda, aplicando-se ao PMCMV boa parte das normas que disciplinam a atividade de incorporação.

¹⁸ BRASIL. Ministério das Cidades. Cartilha do Programa Minha Casa Minha Vida. Brasília: 2013. p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/131114_ifh_castilha_minha_casa.pdf>. Acesso em: 30/01/2017.

¹⁹ **Op. cit.** p. 56.

A principal distinção reside no financiamento: enquanto o adquirente de uma unidade enquadrada no PMCMV paga as parcelas do preço ao agente financeiro desde o início da obra, nos demais casos a situação é habitualmente diferente. Os compradores se obrigam ao pagamento de parcelas durante a construção diretamente ao incorporador e após o término da obra efetuam o pagamento do saldo remanescente, para o que geralmente contratam financiamento bancário.

Essa sequência “normal”, porém, é frequentemente interrompida por atrasos na entrega do imóvel. Insatisfeitos, muitos compradores ajuízam demandas requerendo a resolução do contrato e a devolução de quantias pagas, muitas vezes afirmando também a existência de cláusulas abusivas no compromisso de compra e venda celebrado com o incorporador. As principais discussões se referem às consequências do atraso. Nos capítulos seguintes serão examinadas as principais controvérsias sobre essa instigante matéria, definindo-se as soluções adequadas a cada uma delas.

3 REGIME JURÍDICO APLICÁVEL AO CONTRATO

A aquisição de imóveis “na planta” subsume-se ao regime estabelecido pela Lei nº. 4.591/1964. A própria definição de incorporação imobiliária dada pelo art. 28, parágrafo único desse diploma elimina qualquer dúvida a respeito: “Para efeito desta Lei, considera-se incorporação imobiliária 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”.

Em verdade, o compromisso de compra e venda celebrado entre alienante e adquirente do imóvel em construção integra o negócio de incorporação, cuja causa é

a produção de um novo bem imóvel e a constituição de direito de propriedade sobre ele, num processo pelo qual o direito real de propriedade que incidia sobre um único terreno é fracionado e convertido em novos direitos reais de propriedade sobre esse mesmo terreno, direitos reais esses correspondentes às diversas unidades imobiliárias autônomas sobre ele implantadas²⁰.

Em síntese, o ciclo da incorporação imobiliária se inicia com a aquisição de terreno pelo incorporador que, então, elabora projeto, busca financiamento bancário, promove o registro do memorial de incorporação, faz anúncios publicitários e promete à venda as futuras unidades autônomas durante ou mesmo antes de a obra começar. Os promissários compradores efetuam o pagamento de parcelas do preço do imóvel durante a construção; concluída esta e entregues as unidades, é a sua vez de buscar financiamento para a quitação do saldo remanescente. Se até então era o incorporador quem se relacionava com o agente financeiro, a partir desse momento a situação se inverte: a dívida do promitente vendedor com o banco é extinta e o promissário comprador, imitado na posse do imóvel, passa a ser devedor da instituição financeira²¹.

A compreensão da operação econômica formalizada pelos vários contratos celebrados no âmbito da incorporação é imprescindível para definir o regime jurídico aplicável aos compromissos de compra e venda de imóvel “na planta”. Com efeito, é a causa do negócio de incorporação imobiliária que distingue a relação estabelecida entre incorporador e adquirente daquela existente entre promitente vendedor e promissário comprador de um imóvel já acabado, seja ele novo ou usado.

²⁰ CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 145.

²¹ No caso de imóveis adquiridos no âmbito do PMCMV, essa dinâmica costuma ser diferente, conforme assinalado no tópico 2.3.

Tanto no primeiro como no segundo caso, ainda que o promitente vendedor seja um fornecedor profissional, o bem prometido à venda não é coisa futura. O promissário comprador adquire o imóvel quando a obra já se concluiu, não tendo nenhuma contribuição nos investimentos efetuados ao longo do período de construção. A causa do contrato já não é a produção do bem, mas sim a transmissão da propriedade.

Essa distinção evidencia a peculiaridade do compromisso de compra e venda de imóvel “na planta” que, por isso, deve ser examinado a partir da disciplina jurídica dada pela Lei nº. 4.591/1964, aplicando-se, no que couberem, as normas gerais do Código Civil.

3.1 INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Da breve exposição feita até aqui já é possível notar que, em grande parte dos casos, a relação estabelecida entre incorporador e adquirente tem caráter consumerista. Se por um lado o incorporador – seja ele pessoa física ou jurídica – costuma desenvolver a atividade de incorporação de maneira profissional, de outro o adquirente é, em geral, o destinatário fático e econômico do imóvel prometido à venda²².

Nesse ponto, vale salientar que o preço considerável da unidade imobiliária não descaracteriza a relação de consumo estabelecida entre o incorporador-fornecedor e o adquirente-consumidor, já que o art. 3º, § 1º do CDC define produto como “qualquer bem, móvel ou *imóvel*, material ou imaterial”.

Obviamente, há situações que exigem entendimento diverso. Se o incorporador não se dedica com habitualidade à atividade, não deve ser considerado fornecedor²³. Da mesma forma, não é consumidor aquele que adquire uma ou mais unidades imobiliárias a fim de

²² Neste estudo adota-se a teoria finalista, segundo a qual consumidor é aquele que aproveita a função econômica do produto ou serviço que adquire (*destinatário final fático*) e o retira do mercado definitivamente (*destinatário final econômico*). Contrapondo-se aos adeptos do finalismo, os maximalistas entendem que basta que o sujeito seja *destinatário final fático* para ser considerado consumidor. Atualmente, vem se desenvolvendo sobretudo na jurisprudência uma terceira teoria, chamada de finalismo “aprofundado” ou “mitigado”, que reconhece a existência de relação de consumo sempre que o destinatário final fático apresenta vulnerabilidade em relação ao fornecedor. Para um panorama sobre essas teorias, v. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 154 e ss.

²³ GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 178.

empregá-las em sua atividade empresarial ou que efetua o negócio com o intuito de revender ou locar os imóveis a terceiros no exercício de atividade econômica organizada²⁴.

Portanto, não se deve negar a incidência das normas jurídicas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor aos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” em que o incorporador exerça a atividade em caráter profissional e o adquirente seja o destinatário fático e econômico do bem. A questão que carece de solução consiste na definição de quais dessas normas são aplicáveis ao negócio, uma vez que a incorporação imobiliária é regida precipuamente pela Lei nº. 4.591/1964.

3.1.1 Da controvérsia

Quer na doutrina, quer na jurisprudência, é incontroverso que o CDC não revogou a Lei nº. 4.591/1964, devendo ambos os diplomas conviver no ordenamento jurídico.

Em voto célebre prolatado em 1996, o Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR JR., do Superior Tribunal de Justiça, consagrou esse entendimento, afirmando, ainda, a especialidade da Lei nº. 4.591/1964 em relação ao CDC: “no que lhe for específico, o contrato de incorporação continua regido pela lei que lhe é própria, mas os princípios gerais são os mesmos do sistema civil, entre eles os do CODECON, inclusive para os casos de responsabilidade do fornecedor e extinção da relação contratual”²⁵.

Partindo desse posicionamento, MELHIM NAMEM CHALHUB²⁶ assevera que “a eventual aplicação de princípios e normas contidas no CDC não deve ser feita de modo indiscriminado, devendo, antes, ser verificada a adequação da norma à realidade fática e à tipicidade do contrato em questão”. HUMBERTO THEODORO JR. tem visão semelhante sobre o assunto, chegando mesmo a enumerar os dispositivos do CDC que considera aplicáveis à incorporação imobiliária²⁷.

²⁴ De acordo com ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, a adoção da teoria finalista mitigada pelo Superior Tribunal de Justiça permite concluir que até mesmo pessoas jurídicas que adquirem imóveis com finalidade comercial devem se beneficiar da legislação consumerista, desde que comprovada sua vulnerabilidade em relação ao incorporador. Exemplo disso seria o caso de uma microempresa que adquire sala comercial para desenvolver suas atividades (Imóveis em construção, direito do consumidor e desenvolvimento. **Revista de direito do consumidor**. v. 105, p. 81-101, mai.-jun./2016).

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 80.036/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 fev. 1996. **Diário da Justiça**. 25 mar. 1996, p. 8586.

²⁶ **Op. cit.** p. 328.

²⁷ **Direitos do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 299-300. De modo ainda mais restritivo, LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES entendia que somente os aspectos da oferta ao público deveriam se

Embora não divirjam totalmente desse entendimento, autores adeptos da teoria do “diálogo das fontes” chegam a conclusões diferentes quando na análise de casos concretos. CLAUDIA LIMA MARQUES, por exemplo, sustenta que “ao contrato de incorporação aplicam-se, em regra, as normas do CDC”²⁸ e LEANDRO GHEZZI vai mais longe, afirmando que o CDC “tem o condão de sobrepor-se aos dispositivos desta lei [nº. 4.591/1964], que porventura lhe sejam contrários”²⁹.

Diante dos efeitos que o “diálogo das fontes” acarreta à aplicação da lei aos contratos de consumo e, em especial, ao compromisso de compra e venda de imóvel “na planta”, importa fazer uma breve análise dessa teoria.

3.1.2 Da teoria do “diálogo das fontes”

A teoria do “diálogo das fontes” foi desenvolvida por CLAUDIA LIMA MARQUES³⁰ a partir do pensamento de ERIK JAYME, professor de direito internacional privado da Universidade de Heidelberg. A premissa básica dessa teoria é que os critérios tradicionais de solução de antinomias são insuficientes para dar conta da complexidade dos problemas jurídicos atuais.

No contexto pós-moderno, mais importante do que identificar conflitos entre diferentes leis com campos de aplicação coincidentes seria harmonizar a aplicação das normas desses diplomas a partir do reconhecimento do “diálogo” entre elas. Desse modo, ao invés de

submeter ao CDC. V. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária. **Revista de direito imobiliário**. v. 25, n. 52, jan./jun. 2002, p. 61-74.

²⁸ **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 476.

²⁹ **Op. cit.** p. 159-160. Em sentido semelhante, CÁSSIO RANZINI OLMOS entende que o microssistema criado pelo CDC “deve ser aplicado como uma ‘sobre-estrutura’ a qualquer modalidade de relação jurídica, desde que caracterizada a relação de consumo” (**Práticas e cláusulas abusivas nas relações de consumo de aquisição imobiliária**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 42).

³⁰ CLAUDIA LIMA MARQUES aborda a teoria do diálogo das fontes em várias obras, não havendo diferenças substanciais de conteúdo entre elas. O tópico seguinte baseia-se sobretudo no já citado “Contratos no Código de Defesa de Consumidor”, onde é feita a mais ampla exposição da teoria (p. 649-769). V. também: BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 129-143. MARQUES, Claudia Lima. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Adalberto Pasqualotto (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82. MARQUES, Claudia Lima. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil – do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 45, p. 71-99, jan.-mar./2003. MARQUES, Claudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 51, p. 34-67, jul.-set./2004.

declarar a revogação de determinados dispositivos ou mesmo a ab-rogação de uma das leis colidentes, o intérprete deveria aplicá-las simultaneamente.

Tomando como exemplo a relação entre o Código Civil de 2002 e o CDC, Claudia Lima Marques indica a existência de três tipos de diálogo entres esses dois diplomas:

a) *diálogo sistemático de coerência*: aceitação da identidade de conteúdo entre os conceitos definidos pela lei geral e aqueles referidos pela lei específica, tais como nulidade, pessoa jurídica, prova, etc.

b) *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*: a depender de seu campo de aplicação, um dos diplomas pode ter seus princípios ou regras aplicados à relação disciplinada pelo outro de modo complementar ou subsidiário. A prevalência, sempre, será da norma mais favorável ao consumidor, independentemente da especialidade de cada diploma.

c) *diálogo de coordenação e adaptação sistemática*: a interpretação das normas veiculadas por um dos diplomas influencia a interpretação das normas veiculadas pelo outro e vice-versa, inclusive colaborando para definir o campo de aplicação de cada um.

CLAUDIA LIMA MARQUES alerta que o “diálogo das fontes” veda ao intérprete aplicar a legislação de modo menos favorável ao consumidor. Assim, “se o diálogo das fontes for usado para afastar justamente o efeito/logos da lei mais favorável ao consumidor, melhor repensar o caminho (método) e começar de novo, conforme à Constituição, cuidando para privilegiar os direitos fundamentais presentes no caso!”³¹.

3.1.3 Da posição adotada neste estudo – rejeição à teoria do “diálogo das fontes”

O presente estudo não se baseia na teoria do “diálogo das fontes”. Embora adotada de modo acrítico por boa parte da doutrina e até mesmo pelo STJ, a teoria do “diálogo das fontes” apresenta sérias inconsistências.

Em primeiro lugar, é preciso reconhecer que apesar da crescente evolução do ordenamento jurídico, as antinomias continuam existindo e não podem ser simplesmente negadas. Desde há muito se exige que o intérprete se esforce pela harmonização antes de

³¹ **Op. cit.**, 2014, p. 768.

concluir pela incompatibilidade entre duas normas³². Entretanto, esse esforço tem limites e, uma vez identificada a antinomia, é preciso resolvê-la com base em critérios claros que tornem a conclusão do intérprete o mais segura e previsível possível.

Os critérios hierárquico, cronológico e de especialidade, tradicionalmente adotados pela doutrina e pela jurisprudência continuam sendo a melhor orientação para o jurista. O simples fato de a solução por eles determinada parecer injusta não autoriza o intérprete a deixar de aplicá-los, pois não lhe incumbe fazer justiça, mas sim aplicar o direito³³.

Considerando que a regra *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* foi consagrada pelo art. 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, não há dúvida de que surgindo conflito entre disposições da Lei nº. 4.591/1964 e do CDC, devem prevalecer as normas veiculadas pelo primeiro diploma, pois é especial em relação à lei consumerista³⁴. Ao conduzir a conclusão diversa, a teoria do “diálogo das fontes” se revela em parte desnecessária e, em outra parte, inadmissível.

Em parte desnecessária porque o chamado *diálogo sistemático de coerência* não representa nenhuma novidade no direito brasileiro. Nem a doutrina, nem a jurisprudência jamais negaram que os conceitos estabelecidos por leis gerais devem ser observados na interpretação de leis específicas.

Em parte inadmissível porque não parece haver fundamento jurídico capaz de amparar as duas outras espécies de diálogo propostas por CLAUDIA LIMA MARQUES. O fato de a teoria do “diálogo das fontes” ter sido elaborada em vista de problemas próprios do direito internacional³⁵ já seria suficiente para suscitar questionamentos quanto à sua aplicação ao

³² ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943, p. 295; MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 290.

³³ GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 21.

³⁴ Até mesmo CLAUDIA LIMA MARQUES admite esse fato (**Op. cit.**, 2014, p. 476).

³⁵ Em todas as obras nas quais trata do assunto, CLAUDIA LIMA MARQUES afirma que a teoria do “diálogo das fontes” foi apresentada por ERIK JAYME em curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia no ano de 1995. É curioso notar, todavia, que das quase trezentas páginas do curso, apenas oito linhas foram dedicadas especificamente ao “diálogo das fontes”, *in verbis*: “Des lors que l’on évoque la communication en droit international privé, le phénomène le plus important est le fait que la solution des conflits de lois émerge comme résultat d’un dialogue entre les sources les plus hétérogènes. Les droits de l’homme, les constitutions, les conventions internationales, les systèmes nationaux: toutes ces sources ne s’excluent pas mutuellement: elles ‘parlent’ l’une à l’autre. Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu’elles dissent” (JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: **Recueil des cours**. t. 251. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 259). Portanto, ao que parece Jayme apenas forneceu uma noção de “diálogo das fontes”, devendo-se a CLAUDIA LIMA MARQUES a proposta de aplicação dessa noção ao direito privado.

direito privado. Entretanto, mesmo que se admitisse a transposição dessa teoria de um ramo a outro da ciência jurídica, suas deficiências não se tornariam menos evidentes.

O *diálogo sistemático de complementaridade e subsidiariedade*, em verdade, não consiste em diálogo, mas sim em uma proposta de mudança de critério de solução de antinomias no direito privado. Ao exigir a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, esse tipo de “diálogo” em nada se diferencia do *princípio da primazia da norma mais favorável* historicamente reconhecido no direito do trabalho³⁶⁻³⁷.

O Ministro MAURÍCIO GODINHO DELGADO ensina que naquele ramo da ciência jurídica não há contradição inconciliável entre as regras estabelecidas pelo Estado e aquelas acordadas por patrões e empregados, “mas uma espécie de harmoniosa concorrência: a norma que disciplinar uma dada relação de modo mais benéfico ao trabalhador prevalecerá sobre as demais, sem derrogação permanente, mas mero preterimento, na situação concreta enfocada”³⁸.

Bem se vê que não se trata de mera interpretação de cláusulas contratuais de modo mais favorável, mas sim de aplicação da norma mais benéfica ao consumidor pelo simples fato de ser mais benéfica. De acordo com CLAUDIA LIMA MARQUES, a adoção desse critério de solução de antinomias no direito privado seria uma ordem decorrente dos arts. 5º, XXXII e 170, V da Constituição, assim como dos arts. 7º, *caput* e 47 do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, nenhum desses dispositivos trata de antinomias, nem tampouco institui o critério da primazia da norma mais favorável ou qualquer outro.

Em verdade, os dispositivos constitucionais acima referidos veiculam princípios-programa, os quais impõem ao Estado a promoção da defesa do consumidor. A Constituição, contudo, não estabelece os meios para a consecução desse objetivo, conferindo ao Poder Público certo grau de liberdade para defini-los³⁹. Portanto, desde que a legislação ordinária não elimine o mínimo de proteção constitucionalmente imposto – situação que exigiria a

³⁶ Essa identidade foi observada por Luís Fernando Sgarbossa (**Direitos e garantias fundamentais: interpretação jusfundamental “pro homine”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008, p. 53).

³⁷ Com apoio na doutrina da época, já em 1956 Evaristo de Moraes Filho ensinava “(...) dever sempre prevalecer, em caso de conflito, o dispositivo mais favorável ao empregado” (**Introdução ao direito do trabalho**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 421). A doutrina posterior manteve esse entendimento. V., por todos: NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 1980, p. 60-61.

³⁸ DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 178.

³⁹ COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXIX (nova série), n. 80, out.-dez./1990, p. 66-75. O autor ainda acrescenta que “a referência à mediatização da lei parece indicar que nenhum dever estatal específico de proteção determinada ao consumidor existe, enquanto não declarado em lei”.

declaração de inconstitucionalidade da norma – não há justificativa para deixar de aplicá-la por suposta incompatibilidade com os fins visados pelo constituinte⁴⁰.

Embora pareça um pleonasma, importa salientar que ao dispor que “as cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor”, o art. 47 do CDC delimitou seu campo de aplicação à interpretação de cláusulas contratuais, nada estabelecendo a respeito da definição das normas aplicáveis ao contrato. Esse dispositivo se dirige à fase complementar da interpretação do negócio jurídico, a qual se faz necessária somente nos casos em que não é possível identificar o conteúdo da declaração negocial em razão de ambiguidades, contradições ou obscuridades nela contidas⁴¹.

A seu turno, o *caput* do art. 7º do CDC nada mais faz do que permitir que direitos estabelecidos por tratados internacionais e pela legislação ordinária sejam aplicados às relações disciplinadas pelo diploma consumerista. Desse enunciado, porém, não é possível inferir que as normas veiculadas por tratados ou leis gerais devam prevalecer sobre as disposições previstas em lei especial, tal como no caso da incorporação imobiliária.

Ora, em regra as leis especiais visam à regulação de mercados cujas peculiaridades demandam disciplina específica, frequentemente oposta ou, quando menos, distinta do direito comum. O intérprete não pode desprezar essas peculiaridades a pretexto de defender qualquer grupo ou interesse, pois assim agindo contraria o art. 5º da LINDB, o qual determina que, “na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

⁴⁰ A propósito, CLAUS-WILHELM CANARIS explica “(...) que nem todo e qualquer regime infra-constitucional que serve para a realização dos direitos fundamentais é também, logo por esta razão, constitucionalmente imposto. À disposição do direito infra-constitucional existe, antes, um amplo espectro de diferentes instrumentos, que apenas na sua globalidade e no seu funcionamento conjunto devem assegurar uma eficiente protecção dos direitos fundamentais [...]. Antes o legislador dispõe, em princípio, de amplas possibilidades para conformar o direito infra-constitucional, e, em especial, também para reduzir, ou, eventualmente, até mesmo para eliminar um padrão de protecção já alcançado, sem, com isso, descer aquém do nível mínimo de protecção constitucionalmente imposto, e, portanto, ofender a proibição de insuficiência” (**Direitos fundamentais e direito privado**. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003, p. 117-118).

⁴¹ A distinção entre as fases recognitiva e complementar da interpretação é bem definida por FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO (**Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159 e ss). Mais adiante, o autor esclarece que “(...) para que haja necessidade de invocar a regra de interpretação em favor do aderente e do consumidor, deve haver um conflito entre o sentido de uma cláusula expressa e algum outro elemento do conteúdo do negócio (outra cláusula expressa, prospectos ou alguma forma de publicidade, por exemplo), ou entre o sentido do negócio determinado à luz da literalidade da linguagem e o sentido atribuído mediante a consideração de todas as circunstâncias” (p. 276). Em sentido idêntico, v. HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. Comentário ao art. 47 do Código do Consumidor. In: **Comentários ao código do consumidor**. José Cretella Jr. e René Ariel Dotti (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 157; COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 162.

É por esse motivo que o *diálogo de adaptação e coordenação sistemática* também não parece totalmente admissível. A aplicação de entendimentos jurisprudenciais consolidados a respeito de uma lei às relações disciplinadas por outra só é possível caso haja identidade entre os princípios informadores dos dois regimes e inexistentem diferenças significativas entre as situações de fato reguladas por cada diploma. Parece óbvio, por exemplo, que o entendimento dos Tribunais sobre a desconsideração da personalidade jurídica prevista pelo CDC não pode servir de base à aplicação do art. 50 do Código Civil a relações paritárias, sendo a recíproca igualmente verdadeira.

Por todas essas razões, a teoria do “diálogo das fontes” não parece adequada, especialmente quando se está diante de relações estabelecidas entre incorporadores e adquirentes de imóveis que, em regra, dispõem de significativo poder aquisitivo e capacidade plena de informação sobre o negócio. Nesses casos, o grau de vulnerabilidade do promissário-comprador em nada se assemelha, por exemplo, à fragilidade de um operário em face da indústria que o emprega, não havendo justificativa para a transposição do princípio da primazia da norma mais favorável para o direito do consumidor⁴².

Ao invés de facilitar a tarefa do intérprete e contribuir para a realização da justiça contratual no mercado de consumo, a teoria do “diálogo das fontes” torna a resolução dos conflitos próprios da construção civil imprevisíveis, aumentando a insegurança jurídica nesse importante setor da economia brasileira.

3.2 DA FORMAÇÃO DO CONTRATO

Um dos aspectos mais característicos do compromisso de compra e venda de imóveis “na planta” é o modo pelo qual é formado. Esse aspecto não é exclusivo dessa espécie contratual e tem origem nas importantes transformações sofridas pelo direito dos contratos a partir da Revolução Industrial do início do século XIX.

⁴² A propósito, vale salientar que no último dia 25 de maio, o Tribunal Pleno do STF rechaçou a aplicação da teoria do “diálogo das fontes” no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618/SP. Nessa ocasião, discutiu-se se às relações de consumo de transporte aéreo internacional de passageiros se aplicam as normas internacionais ou as disposições estabelecidas pelo CDC. Por maioria de 9 votos a 2, a Corte decidiu que prevalecem as normas internacionais, pois ainda que limitem a responsabilidade do fornecedor, tais normas são especiais em relação àquelas veiculadas pelo CDC. Embora a íntegra do acórdão não tenha sido publicada até o momento, a gravação do voto dos relatores e de grande parte dos debates está disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vOlrSbXWVwg&t=4616s>>. Acesso em: 28 ago. 2017.

Se de um lado a massificação do acesso aos bens de consumo naquela época exigiu rapidez na circulação de mercadorias e serviços, de outro demandou também segurança e estabilidade dos negócios jurídicos. Para tanto, o contrato deixou de ser a expressão da personalidade dos contratantes para tornar-se um instrumento tão objetivo e impessoal quanto as trocas que passou a disciplinar⁴³.

O conteúdo do contrato, que até então resultava da livre negociação entre os agentes econômicos, passou a ser definido unilateralmente. Ao indivíduo restou apenas a possibilidade de aderir ao contrato mediante a aceitação em bloco das cláusulas uniformes predispostas pela contraparte, geralmente um empresário⁴⁴. Essa nova realidade contribuiu para que as transações comerciais fossem concluídas mais rapidamente, reduziu os custos de contratação, facilitou a execução das prestações e o cálculo de riscos pelas empresas. Em uma palavra, a *estandardização* dos contratos funcionou como fator de racionalização e de economicidade da atividade empresarial⁴⁵.

O novo fenômeno começou a chamar a atenção dos juristas europeus no início do século XX, provocando acirrada controvérsia a respeito do caráter normativo ou contratual do regramento estabelecido por um sujeito e aceito pelo outro sem prévia negociação⁴⁶. No Brasil, a melhor doutrina nunca negou a contratualidade das cláusulas predispostas⁴⁷, mas mesmo assim a primeira referência legislativa à matéria só surgiu na década de 1990, com a entrada em vigor do CDC.

Até então, os doutrinadores embrenhavam-se em discussões sobre a terminologia mais adequada à espécie. Enquanto alguns falavam em *contrato de adesão*, outros preferiam a expressão *condições gerais, condições uniformes* ou ainda *cláusulas gerais de contratação*. Com o advento do CDC e, posteriormente, do Código Civil de 2002, essa controvérsia foi superada, uma vez que ambos os diplomas consagraram a expressão *contrato de adesão*.

Porém, o objeto precípua deste estudo – os compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” – recomenda a utilização da expressão *contrato por adesão*, a qual reflete

⁴³ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 309.

⁴⁴ **Idem**, p. 312.

⁴⁵ **Idem**, p. 314-316.

⁴⁶ Uma exposição das principais teorias normativistas e contratualistas foi feita por ORLANDO GOMES (**Contrato de adesão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972, p. 71-123).

⁴⁷ Cf. BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 41-42; SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 201; PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 65 e ss. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 46-47; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 5, 2ª parte. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

melhor a realidade específica do mercado imobiliário brasileiro. Com efeito, o contrato *de adesão* pressupõe monopólio de fato ou de direito do predisponente⁴⁸, situação muito diferente da forte concorrência enfrentada pelas incorporadoras que atuam no Brasil. Ainda que no cenário atual o aderente tenha que aceitar em bloco as cláusulas predispostas, sem possibilidade de negociá-las, a existência de outros agentes econômicos no mesmo ramo lhe permite deixar de contratar com determinada incorporadora e procurar outra mais capaz de atender aos seus interesses.

Nesse sentido, é mais adequado dizer que os compromissos de compra e venda de imóveis costumam ser celebrados *por adesão*⁴⁹. Essa prática não é recente, tendo sido apontada por ORLANDO GOMES há mais de quarenta anos, quando afirmava ser “preponderante o emprego de contrato de promessa de venda geralmente impresso e constituído de cláusulas unilateralmente predispostas pelo promitente-vendedor”⁵⁰.

Esse especial modo de formação do contrato reclama maior proteção ao aderente, seja este consumidor ou não. Ao contrário do que se verifica em relação aos contratos negociados, quando se trata de contrato *por adesão* a justiça contratual não se presume⁵¹. Além disso, os arts. 423 e 424 do Código Civil consagram a regra da *interpretatio contra stipulatorem* e cominam a sanção de nulidade às cláusulas de renúncia antecipada. FRANCISCO PAULO DE CRESCENZO MARINO⁵² acrescenta ainda que na fase recognitiva da interpretação o ponto de relevância hermenêutica estará sempre no aderente, cabendo ao intérprete buscar o sentido atribuído pelo contratante mais fraco à declaração negocial.

A doutrina é pacífica quanto a outras regras especiais de interpretação, tal como a prevalência das cláusulas manuscritas sobre as impressas e das particulares sobre as gerais.

⁴⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 120.

⁴⁹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA adotava posicionamento distinto, afirmando que o contrato de incorporação imobiliária é um contrato-tipo, pois nada obsta que o adquirente discuta e modifique as cláusulas contidas no instrumento padrão redigido pelo incorporador (Código de Defesa do Consumidor e as incorporações imobiliárias. **Revista dos Tribunais**. v. 712, p. 102-111, fev. 1995). Com a devida vênia ao ilustre professor, tal entendimento não parece correto, uma vez que a possibilidade de modificação ou inclusão de uma ou outra cláusula a pedido do promissário-comprador não é suficiente para descaracterizar o modo de formação do contrato. Orlando Gomes inclusive ensinava que a conceituação do contrato-tipo como aquele “cujo instrumento é um módulo ou formulário (...), não é incompatível com o contrato de adesão, constituindo antes a forma usual de alguns, como o seguro, o transporte e contratos bancários” (**Op. cit.**, 1972, p. 13).

⁵⁰ GOMES, Orlando. **Op. cit.**, 1972, p. 157.

⁵¹ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 226.

⁵² **Op. cit.**, p. 169.

Da mesma forma, entende-se que estas últimas devem ser compreendidas invariavelmente do mesmo modo, abstraindo-se eventuais peculiaridades de cada caso concreto⁵³.

A seu turno, o art. 54 do CDC não só define o contrato de adesão, como esclarece que a negociação e inclusão de determinada cláusula no instrumento não importa o afastamento das regras de proteção do aderente. Esse dispositivo também determina que as cláusulas contratuais sejam redigidas com clareza e, caso limitem direitos do consumidor, recebam destaque a fim de facilitar a compreensão do seu sentido e alcance. Apesar de sua relevância, o art. 54 do CDC não esgota a proteção dispensada ao consumidor-aderente, uma vez que a interpretação favorável das cláusulas ambíguas ou obscuras é garantida pelo art. 47 e a vedação às cláusulas abusivas é estabelecida pelo art. 51, sem prejuízo, ainda, de outras disposições esparsas igualmente aplicáveis a depender da relação concreta.

Definido o regime jurídico aplicável à generalidade dos compromissos de compra e venda de imóveis na “planta”, importa agora analisar as questões específicas que têm dividido opiniões na doutrina e na jurisprudência nos últimos anos.

⁵³ V. entre outros: GOMES, Orlando. **Op. cit.**, 1972, p. 110. MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 235 e ss. LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 130 e ss. FERNANDES NETO, Guilherme. O contrato de adesão. In: **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991, p. 75-76.

4 CONTROVÉRSIAS ATUAIS

O compromisso de compra e venda de imóveis é um dos contratos que mais divergências suscita nos Tribunais brasileiros. Se o compromisso carecia de disciplina jurídica adequada até a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 58/1937, a partir de então se multiplicaram os problemas decorrentes da interpretação daquele diploma e dos que o seguiram.

JOSÉ OSÓRIO DE AZEVEDO JR.⁵⁴ fornece minucioso histórico da evolução legislativa e jurisprudencial a respeito do compromisso, dando conta dos debates que levaram ao reconhecimento do direito real do promissário comprador com compromisso registrado, assim como da obrigação de dar gerada por meio dessa espécie contratual. Desses debates decorreram entendimentos que se sedimentaram ao longo dos anos, seja a partir da edição de enunciados de súmula pelos Tribunais Superiores, seja pelo advento de novas leis e revogação das anteriores.

Foi desse modo que a oposição de embargos de terceiro⁵⁵ e a adjudicação compulsória pelo promissário comprador passaram a ser admitidos⁵⁶, independentemente de o contrato estar registrado ou não. Em 2005, o STJ também assentou que a hipoteca firmada entre incorporador e instituição financeira não tem eficácia perante os adquirentes das unidades prometidas à venda⁵⁷.

Com o *boom* imobiliário da segunda metade dos anos 2000 e a crise que o seguiu, novos problemas surgiram e foram postos à apreciação do Judiciário. Ao consultar as bases de dados dos principais Tribunais brasileiros, rapidamente são encontrados inúmeros acórdãos tratando de controvérsias decorrentes do atraso na entrega da obra ou da resolução do contrato por inadimplemento. Há, inclusive, precedentes obrigatórios sobre alguns dos temas mais polêmicos.

⁵⁴ **Op. cit.**, *passim*.

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. Brasília, 18 jun. 1993. **Diário da Justiça**, 02 jul. 1993, p. 13283. Vale notar que esse enunciado se contrapõe à Súmula nº 621 do STF, editada nove anos antes e que dispunha em sentido diametralmente oposto. V. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 621. Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis. Brasília, 17 out. 1984. **Diário da Justiça**, 29 out. 1984, p. 18115.

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis. Brasília, 28 jun. 2000. **Diário da Justiça**, 30 ago. 2000, p. 118.

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Brasília, 30 mar. 2005. **Diário da Justiça**, 25 abr. 2005, p. 384.

O exame de todas as questões que hoje se encontram em debate extrapolaria os limites deste trabalho. Por essa razão, neste capítulo será apreciado em pormenor apenas um dos temas mais relevantes sobre os compromissos de compra e venda de imóveis “na planta”: a *inversão da cláusula penal*. A fim de que o estudo não seja omissivo, ao final será feita uma análise breve sobre a validade da cláusula de tolerância, a qualificação dos danos decorrentes do atraso na entrega do imóvel, cobrança de juros durante a construção e responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem.

4.1 DA CLÁUSULA PENAL

A cláusula penal é um dos institutos mais espinhosos do direito das obrigações. Em verdade, a doutrina nunca chegou a consenso sobre a função desempenhada por essa interessante figura, cujas raízes são encontradas na *stipulatio poenae* do direito romano⁵⁸.

Nos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta”, são duas as principais controvérsias relacionadas à cláusula penal: i) a possibilidade de a pena prevista somente para os casos de mora ou inadimplemento absoluto do promissário comprador ser aplicada contra o promitente vendedor; ii) a validade da cláusula de decaimento.

Antes de abordar essas questões específicas, é preciso estabelecer em que consiste, quais são as modalidades e quais as funções desempenhadas pela cláusula penal.

4.1.1 Dogmática da cláusula penal

Historicamente, a cláusula penal foi concebida de duas maneiras: como reforço ao cumprimento da obrigação e como prefixação das perdas e danos decorrentes da mora ou do inadimplemento absoluto. O principal embate doutrinário se dá entre essas duas concepções.

Entre aqueles que veem a cláusula penal como meio de compelir o devedor a cumprir a obrigação, destaca-se CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA⁵⁹, para quem o fim essencial da pena é reforçar o vínculo obrigacional. Segundo o grande civilista mineiro, “a pré-liquidação do *id quod interest* aparece, então, como finalidade subsidiária (...), pois que pode faltar, e efetivamente falta, por via de regra, correspondência exata entre o prejuízo sofrido pelo credor e a cláusula penal”.

⁵⁸ ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 55.

⁵⁹ **Instituições de direito civil**. v. II. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 142.

Defendendo a tese oposta, ORLANDO GOMES⁶⁰ ensinava que a função da cláusula penal é a pré-fixação das perdas e danos. Segundo o renomado jurista baiano, a força intimidativa da pena é meramente accidental, o que seria evidenciado pelo fato de o valor da pena ser frequentemente inferior ao dos prejuízos efetivamente sofridos.

Apesar do intenso debate entre os defensores dessas duas concepções, desde longa data prevalece o entendimento de que a cláusula penal exerce, simultânea ou alternativamente, uma dupla função, servindo tanto para compelir o devedor a cumprir a obrigação como para delimitar previamente as perdas e danos causados por eventual inadimplemento⁶¹. Já em 1926, MUCIO CONTINENTINO⁶² adotava essa posição e dava notícia do seu predomínio na doutrina brasileira.

O predomínio da teoria da dupla função não se restringiu ao Brasil. Segundo ANTÓNIO PINTO MONTEIRO⁶³, também na Europa se generalizou a percepção de que a cláusula penal pressiona o devedor ao cumprimento da obrigação ao mesmo tempo em que evita a necessidade de liquidação dos prejuízos causados pelo inadimplemento. Para a doutrina dominante, essa última função seria da própria essência do instituto, enquanto a primeira teria caráter eventual, só se verificando nos casos em que o montante estabelecido pela cláusula penal é superior ao *quantum* indenizatório que o credor teria direito se nada houvesse sido disposto sobre o assunto.

Apesar de seu tradicional predomínio, a teoria da dupla função passou a ser cada vez mais contestada nos últimos anos, notando-se forte tendência doutrinária a realçar o caráter coercitivo da cláusula penal.

Em artigo clássico, FÁBIO MARIA DE MATTIA⁶⁴ sustentou que o instituto deve ser tomado como “um negócio autônomo caracterizado pela essencial função sancionatória ou

⁶⁰ **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 190.

⁶¹ Entre outros, v. FULGÊNCIO, Tito. **Do direito das obrigações**. Das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 396. NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959, p. 317. Mais recentemente: RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 263 ss. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 4, 1ª parte. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 201.

⁶² **Da cláusula penal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1926, p. 30. Ao tratar do tema, Continentino inclusive rechaçava a tese de autores franceses que negavam função coercitiva ao instituto, *in verbis*: “No direito brasileiro, pouco importa a refutação dos conceitos dos civilistas referidos; pois o código civil, ao contrário do francez, não define os escopos da cláusula penal. Não obstante, a codificação patria inspirou-se na corrente doutrinária que attribue á cláusula penal as duas virtudes accentuadas pela torrente dos escriptores. A razão parece estar com a maioria (...)”.

⁶³ **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990, p. 16-17.

⁶⁴ Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. **Revista dos Tribunais**. v. 56, n. 383, set. 1967, p. 35-56.

punitiva”. Segundo o autor, esse ponto de vista faria todo sentido especialmente quando se leva em conta que a estipulação de cláusula penal dispensa o credor do ônus de provar os danos sofridos em razão do inadimplemento, não faltando, inclusive, quem defenda que a pena é devida independentemente de prejuízo⁶⁵. Nesses casos, o valor da cláusula penal pode superar o do dano, de modo que a pena não poderia ser considerada como meio de reparação.

Em sentido semelhante, RUBENS LIMONGI FRANÇA⁶⁶ ensinava que a maior parte das teorias ecléticas peca “(...) na parte em que esquece a *natureza punitiva* da pena, o que nos parece grave para o estudo da matéria, *sobretudo numa quadra histórica em que o vezo do inadimplemento contumaz se está cada vez mais generalizado*”.

Na sequência das contribuições dos dois mestres paulistas, sobreveio a crítica mais contundente à teoria da dupla função por PINTO MONTEIRO, para quem falar em *funções* desempenhadas pela cláusula penal não é tão adequado quanto identificar as *modalidades* do instituto. De acordo com o catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra, as partes podem contratar três diferentes espécies de cláusula penal, às quais correspondem três regimes jurídicos igualmente distintos.

Ao estabelecerem *cláusula de fixação antecipada do montante da indenização*⁶⁷, o objetivo dos contratantes seria apenas determinar previamente o dano futuro, evitando os custos e a demora que eventual avaliação judicial inevitavelmente acarretaria. Nessa hipótese, ambas as partes assumem o risco de o valor dos prejuízos ser maior ou menor que o montante da pena, o que confere maior previsibilidade ao negócio ao impedir o credor de optar pela indenização em detrimento da soma prefixada.

A segunda modalidade seria a *cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória*⁶⁸, que as partes estipulam como acréscimo à execução específica ou à indenização pelo inadimplemento e cuja finalidade é puramente coercitiva. Segundo PINTO MONTEIRO, essa penalidade não conta com disciplina legal específica, encontrando fundamento na liberdade contratual. Tal situação, todavia, não afastaria o controle de

⁶⁵ V., entre outros: PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 148. RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 267. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 4, 1ª parte. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 217-218.

⁶⁶ **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 157-158.

⁶⁷ **Op. cit.** p. 602-604.

⁶⁸ **Idem**, p. 604-608.

eventuais abusos por meio da redução equitativa da pena, nos termos do art. 812º, nº. 1 do Código Civil português⁶⁹.

Por fim, ainda seria possível identificar uma *cláusula penal em sentido estrito* ou *propriamente dita*⁷⁰ nos casos em que os contratantes estipulam o montante da pena em valor superior ao do dano previsível. Assim como a *cláusula penal exclusivamente compulsivo-sancionatória*, essa modalidade de pena se destinaria a reforçar o cumprimento da obrigação, diferindo daquela por não ser cumulável com a execução específica ou com a indenização pelo inadimplemento. Na verdade, a *cláusula penal em sentido estrito* funcionaria como substituto da indenização, isto é, como obrigação com faculdade alternativa ao credor, não se confundindo, portanto, com a liquidação antecipada dos prejuízos.

Ao acordar com *B* ter este de pagar-lhe a importância de 1000 contos, caso não satisfaça a prestação, pretende *A*, como vimos, *pressionar* a outra parte a cumprir. Se a ameaça não surtir efeito, *A* tem o direito de reclamar a soma prevista, pelo que, reclamando-a, isso obsta a que ele faça valer a indenização. Ora, significará isto, de imediato, que pena e indenização se *identificam* ou *confundem*, que a soma acordada seria devida *a título de indenização*? De modo algum. A pena *substitui* a obrigação de indenizar, *não porque seja ela própria a indenização predeterminada entre as partes*, antes porque constitui *uma outra prestação*, que o credor poderá exigir, em certas condições *em vez* daquela que era inicialmente devida. Assim, ao exigir essa outra prestação – ou seja, *a pena* –, esta passa a *ocupar o lugar* da prestação inicial – que substitui –, pelo que não faria sentido pretender o credor, ao mesmo tempo, o cumprimento desta última ou a indenização pelo seu não cumprimento⁷¹.

Segundo o eminente civilista português, a teoria da dupla função se equivoca ao desprezar essa distinção, ignorando que a indenização se destina a reparar danos e não a punir o devedor. Em outras palavras, a cláusula penal não poderia servir como reparação e sanção simultaneamente, pois essas duas funções seriam logicamente incompatíveis entre si. Enquanto a primeira pressupõe a ocorrência de dano e mede-se conforme a extensão deste, a segunda necessariamente supera o valor do prejuízo.

Apesar de a revalorização da função coercitiva da pena ter posto em xeque a teoria tradicional, parte da doutrina brasileira mais recente vem resistindo a essa tendência.

⁶⁹ O dispositivo corresponde ao art. 413 do Código Civil de 2002 e tem a seguinte redação: “1. A cláusula penal pode ser reduzida pelo tribunal, de acordo com a equidade, quando for manifestamente excessiva, ainda que por causa superveniente; é nula qualquer estipulação em contrário”.

⁷⁰ MONTEIRO, António Pinto. **Op. cit.**, p. 608 e ss.

⁷¹ **Idem**, p. 612-613.

GUSTAVO TEPEDINO⁷², por exemplo, entende que as codificações contemporâneas abandonaram a concepção da pena como reforço ao cumprimento da obrigação, admitindo, quando muito, a possibilidade de a cláusula penal moratória servir a esse intento. Por isso, os tempos atuais marcariam o “ocaso da função punitiva”⁷³.

Apesar dos relevantes argumentos apresentados por essa respeitável parcela da doutrina, a realidade demonstra que muitas vezes os contratantes pactuam a cláusula penal com o único objetivo de reforçar o cumprimento da obrigação. É evidente que nisto não há ilegalidade, uma vez que o ordenamento não impede que os sujeitos privados convençiem penalidades, desde que o façam de maneira expressa e inequívoca⁷⁴. Negar essa possibilidade implicaria negar a autonomia que a ordem jurídica reconhece aos particulares para reger seus próprios interesses.

Por outro lado, também não parece adequado dizer que a pré-liquidação de perdas e danos é irrelevante ou secundária em todas as situações. Frequentemente, a cláusula penal é estipulada apenas a fim de limitar os riscos assumidos pelo devedor e proporcionar uma solução rápida – ainda que nem sempre satisfatória – ao credor na hipótese de inadimplemento culposos.

Em face das insuficiências das teses opostas e considerando que teorias ecléticas acabam por identificar conceitos incompatíveis como reparação e punição, não há alternativa senão buscar outro caminho para a resolução dos problemas que cotidianamente surgem relacionados à cláusula penal.

Entre as soluções apresentadas pela doutrina, a melhor parece ser aquela oferecida por PINTO MONTEIRO. A solidez dos fundamentos da proposta teórica apresentada pelo ilustre civilista português não deixa dúvida do acerto de suas conclusões. A propósito, vale salientar que a semelhança entre os ordenamentos de Brasil e de Portugal no que concerne à cláusula penal permite que a teoria de PINTO MONTEIRO seja transposta ao contexto brasileiro sem grandes dificuldades.

⁷² **Temas de direito civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 47-48.

⁷³ Filiando-se à teoria de ORLANDO GOMES, CRISTIANO CHAVES DE FARIAS é enfático a respeito: “Não se tente, pois, inverter (e subverter!) o resultado almejado pela estipulação da cláusula penal: se, eventualmente, atua no subjetivismo do devedor, estimulando-o ao adimplemento, é resultado secundário da sua principal atuação de pré-liquidar as perdas e danos” (Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor). **Revista dos Tribunais**. v. 797, mar. 2002, p. 43-59).

⁷⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Op. cit.** 2015, p. 145.

A identificação das três *modalidades* de pena convencional é absolutamente oportuna, pois a tentativa de aplicação do mesmo regime jurídico a cláusulas com funções completamente díspares entre si foi sem dúvida uma das principais fontes de confusão e divergência entre os autores que trataram da matéria.

A partir dessa importante distinção, torna-se possível resolver o problema da aparente incongruência entre a disciplina do Código Civil – voltada, sobretudo, à *fixação antecipada do montante da indenização* – e as situações em que a pena, embora não cumulável com a reparação, é estipulada pelos contratantes com finalidade sancionatória. Com efeito, a *cláusula penal em sentido estrito* se funda diretamente na autonomia privada, sem que lhe tenha sido dispensada disciplina legal. Enquanto as teorias tradicionais falham na tentativa de explicação dessas situações, a proposta de PINTO MONTEIRO resolve-as reconhecendo sua peculiaridade e atribuindo-lhes regime jurídico próprio.

Concluída essa breve síntese sobre as *modalidades* de cláusula penal, importa agora analisar as duas principais discussões referentes ao instituto nos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta”: a possibilidade de *inversão* da pena e os limites da cláusula de decaimento.

4.1.2 Da inversão da cláusula penal

Como já se assinalou acima, grande parte dos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” são celebrados *por* adesão. No mais das vezes, o instrumento de contratação padronizado é elaborado pelo promitente vendedor e não há negociação senão quanto ao preço do bem que, geralmente, é pago em prestações que se estendem por anos.

Como todo negócio de média ou longa duração, o compromisso de compra e venda de imóvel “na planta” está exposto às constantes crises econômicas e à instabilidade do mercado de trabalho, dos índices de inflação e do acesso ao crédito. Durante os dois ou três anos em que o imóvel está sendo construído, o promissário comprador pode perder o emprego, ver seus próprios empreendimentos irem à ruína ou ser acometido por enfermidade capaz de impossibilitá-lo de continuar exercendo suas atividades profissionais. Situações como essas afetam a situação financeira do adquirente e podem impedi-lo de pagar as prestações pontualmente; não raro, geram também dificuldades na obtenção de financiamento para a quitação do saldo devedor quando da conclusão da obra.

Apesar de o art. 32, § 2º da Lei nº. 4.591/1964 estabelecer a irretratabilidade do compromisso, tem sido admitida a resolução do contrato pela falta de condições materiais do promissário comprador adimplir as prestações a que se obrigou. Nesse caso, o promitente vendedor acaba sendo forçado a retomar o imóvel e negociá-lo com outra pessoa.

Essa situação gera incerteza e constitui risco inerente à atividade de incorporação imobiliária no Brasil. Se nenhuma medida preventiva fosse tomada, a cada vez que um contrato fosse resolvido os agentes econômicos que atuam nesse mercado teriam de arcar com prejuízos *a priori* indefiníveis. A fim de evitar e limitar a extensão desses prejuízos, as incorporadoras contratam seguros e pactuam cláusulas penais com os promissários compradores das unidades imobiliárias que comercializam.

Não há quem conteste que os compromissos de compra e venda de imóvel “na planta” podem estipular penas. O *caput* do art. 63 da Lei nº. 4.591/1964 prevê expressamente a possibilidade de pactuação de sanções para a hipótese de falta de pagamento. Nesse mesmo sentido, o art. 53 do CDC comina a sanção de nulidade apenas às cláusulas que estabelecem a perda da totalidade das prestações pagas pelo promissário comprador inadimplente, permitindo, assim, a retenção de alguma parcela pela incorporadora⁷⁵.

A discussão que vem se travando nos últimos anos refere-se à possibilidade de a cláusula penal convencionada para a hipótese de mora ou inadimplemento do promissário comprador ser aplicada em desfavor da incorporadora nas situações de atraso na entrega da obra e resolução do contrato. É o que os Tribunais passaram a denominar *inversão* da cláusula penal.

4.1.2.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Com o *boom* imobiliário da segunda metade da década de 2000 e a crise econômica que a seguiu, multiplicaram-se os casos de mora das incorporadoras e milhares de promissários compradores insatisfeitos passaram a bater às portas do Judiciário requerendo a imposição de penalidades aos promitentes vendedores. Seu argumento é simples: a necessidade de equilíbrio contratual exige que a cláusula penal prevista para o

⁷⁵ NERY JR, Nelson. Comentário ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 630.

descumprimento do pacto por um dos contratantes seja aplicada na mesma intensidade em caso de inadimplemento do outro.

Parte da jurisprudência acolheu esse argumento, que inclusive ganhou respaldo do STJ em 2011. No julgamento do REsp nº. 1.119.740⁷⁶, os Ministros da Terceira Turma daquela Corte decidiram que a cláusula penal moratória prevista para a impontualidade do pagamento das prestações devidas pelo promissário comprador deveria ser aplicada para penalizar a incorporadora que havia entregado a obra com atraso. Por ter se constituído antes da entrada em vigor do CDC, a relação estabelecida entre as partes não se submetia à legislação consumerista. O entendimento dos Ministros se fundou nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e isonomia. Ao final, a Turma concluiu que “A cláusula penal inserta em contratos bilaterais, onerosos e comutativos deve voltar-se aos contratantes indistintamente, ainda que redigida apenas em favor de uma das partes”.

No ano seguinte, a Quarta Turma do STJ ratificou essa posição no julgamento de caso similar⁷⁷. A conclusão foi adotada levando-se em conta a exigência de equilíbrio nas relações entre fornecedor e consumidor prevista pelo art. 4º, III do CDC. O voto do relator também se apoiou em normas infralegais e internacionais, salientando que a abusividade da aplicação da cláusula penal em favor de apenas uma das partes pode ser constatada seja em face dos princípios gerais do direito, da principiologia do CDC ou, ainda, da equidade.

Essas foram as duas primeiras oportunidades em que o STJ enfrentou a questão. Posteriormente, aquela Corte julgou pelo menos cinco casos semelhantes⁷⁸, concluindo, em todos, pela possibilidade de *inversão* da cláusula penal. Em nenhum desses cinco casos é possível notar inovação em relação ao entendimento anterior. Muito pelo contrário: as decisões mais recentes se limitaram a fazer referência aos dois *leading cases* julgados em 2011 e 2012, inclusive com invocação do enunciado número 83 da Súmula do Tribunal,

⁷⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.119.740/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda. Brasília, 27 set. 2011. **Diário da Justiça eletrônico**. 13 out. 2011.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 955.134/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 ago. 2012. **Diário da Justiça eletrônico**. 29 ago. 2012.

⁷⁸ Foram eles: Recurso Especial nº 1.536.354/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 07 jun. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 20 jun. 2016; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 929.972/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 13 dez. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 14 fev. 2017; Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.624.677/DF, Rel. Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 dez. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 01 fev. 2017; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 985.690/AM, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 21 mar. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 03 abr. 2017; Recurso Especial nº 1.611.276/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 abr. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 02 mai. 2017.

segundo o qual “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”⁷⁹.

Esse posicionamento tende a ser consolidado muito em breve, já que na sessão realizada no último dia 26 de abril a Segunda Seção do STJ afetou os Recursos Especiais nº 1.614.721 e 1.631.485 para julgamento pelo rito dos recursos repetitivos⁸⁰. Conforme esclarece a enunciação da tese controvertida, na análise desses casos os Ministros irão “definir acerca da possibilidade ou não de inversão, em desfavor da construtora (fornecedor), da cláusula penal estipulada exclusivamente para o adquirente (consumidor), nos casos de inadimplemento da construtora em virtude de atraso na entrega de imóvel em construção objeto de contrato ou de promessa de compra e venda”.

Diante da quantidade de decisões unânimes⁸¹ admitindo a possibilidade de *inversão da cláusula penal*, é difícil imaginar que os Ministros do STJ mudarão de opinião até o julgamento dos dois recursos afetados. Considerando que o art. 927, III do Código de Processo Civil prevê que a tese assentada pela Corte terá força de precedente obrigatório, é possível prever que dentro de poucos meses não haverá mais controvérsia sobre essa questão.

4.1.2.2 Apreciação crítica do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Apesar desse cenário quase consolidado, seria salutar que o STJ reexaminasse as premissas nas quais se baseia o seu entendimento sobre a matéria. É curioso notar que os votos condutores dos julgamentos dos *leading cases* fizeram várias referências aos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, isonomia, equilíbrio, boa-fé e à função social do

⁷⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83. Brasília, 18 jun. 1993. **Diário da Justiça**, 02 jul. 1993, p. 13283.

⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Propostas de Afetação de Recurso Especial representativo da controvérsia nº. 1.614.721/DF e nº. 1.631.485/DF. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 abr. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 03 mai. 2017.

⁸¹ Além dos dois *leading cases* e dos outros cinco casos acima mencionados, o STJ aplicou o mesmo entendimento a pelo menos quatro processos julgados após a afetação da questão para julgamento pelo regime dos recursos especiais repetitivos. Foram eles: Recurso Especial nº 1.665.550/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 09 mai. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 16 mai. 2017; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 835.184/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 16 mai. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 25 mai. 2017; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 706.499/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 06 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 16 jun. 2017; Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.016.123/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 27 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 01 ago. 2017.

contrato, mas não dedicaram uma linha sequer à dogmática da cláusula penal. Assim, ignoraram a valiosa lição de JAN PETER SCHIMDT⁸²:

The general clauses only fulfill a subsidiary function. For the same reason, a general clause does not entitle the judge to overrule a specific decision by the legislature. If it were otherwise, we would not need a civil code and other statutes at all. We could do with just one single provision which says: “The judge decides all the cases according to the principle of good faith”⁸³.

Se tivesse havido maior preocupação com as normas específicas que disciplinam o instituto, é provável que a Corte tivesse notado que a cláusula penal moratória contida na grande maioria dos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” é estipulada como acréscimo ao valor da prestação devida, desempenhando função exclusivamente coercitiva⁸⁴. Aliás, é justamente esse o entendimento expresso reiteradamente pelo próprio STJ no julgamento de casos nos quais se pleiteia a cumulação de cláusula penal moratória com indenização por lucros cessantes decorrentes do atraso na entrega de obra⁸⁵.

Se tivesse levado em conta essa realidade, a Corte inevitavelmente precisaria decidir se o juiz tem poderes para condenar o promitente vendedor ao pagamento de *pena* convencional para a hipótese de inadimplemento do promissário comprador. O debate, então, se tornaria muito mais rico. Afinal de contas, colocada a questão nesses termos, seria necessário definir um meio de conciliar a exigência de justiça contratual com a impossibilidade de cominação de penalidade sem autorização da lei.

Note-se que embora o art. 413 do Código Civil imponha ao juiz o dever de reduzir o montante da cláusula penal na hipótese de excesso manifesto, a elevação da pena pela via judicial não é autorizada pelo ordenamento. Assim entendia RUBENS LIMONGI FRANÇA⁸⁶ e assim entende JOSÉ ROBERTO DE CASTRO NEVES⁸⁷, para quem a majoração da cláusula penal

⁸² ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, p. 379-413, jul./set. 2015.

⁸³ Em tradução livre: “As cláusulas gerais desempenham somente uma função subsidiária. Pela mesma razão, uma cláusula geral não permite que o juiz afaste a aplicação de uma opção específica do legislador. Se fosse de outro modo, nós não teríamos a necessidade de um código civil ou de nenhuma outra lei. Nós poderíamos ter apenas uma única provisão estabelecendo: ‘Os juízes decidirão todos os casos de acordo com o princípio da boa-fé’”.

⁸⁴ Cf. indicado em 4.1.1.

⁸⁵ V., por todos: Recurso Especial nº 1.355.554/RJ. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 06 dez. 2012. **Diário da Justiça eletrônico**, 04 fev. 2013.

⁸⁶ **Op. cit.** p. 255. No mesmo sentido: GOMES, Orlando. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 193.

⁸⁷ **O código do consumidor e as cláusulas penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 193-195. No mesmo sentido, v. FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: **Obrigações**:

viola não só o que foi acordado pelos contratantes, como também o art. 5º, XXXIX da Constituição da República, que estabelece a regra de anterioridade da pena⁸⁸. Não sendo permitido ao juiz reforçar o valor da cláusula penal, *a fortiori* também não é possível impô-la sem prévia pactuação.

Aliás, CHRISTIANO CASSETTARI⁸⁹ é categórico ao afirmar que “há necessidade de a cláusula penal ser fixada em negócio jurídico pelas partes, e não pela lei, pelo juiz ou pela Administração Pública”. É por essa razão, inclusive, que o autor entende que a penalidade de que trata a parte final do *caput* do art. 4º da Lei nº. 8.245/1991 não deve ser considerada cláusula penal, mas sim multa punitiva⁹⁰.

Apesar da força dessas razões, abalizada doutrina defende a possibilidade de *inversão* da cláusula penal. ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER⁹¹, por exemplo, sustenta que tal providência consistiria em simples integração do contrato, concretizando os princípios da boa-fé objetiva e da interpretação mais favorável ao consumidor, este último previsto pelo art. 47 do CDC. Há quem faça clara restrição à aplicabilidade desse posicionamento às situações em que um dos contratantes seja vulnerável⁹², enquanto RENATA STEINER afirma de modo peremptório que o desequilíbrio no âmbito das penalidades contratuais é sempre abusivo⁹³.

Esses argumentos, porém, não são capazes de infirmar a tese majoritária. Em primeiro lugar, porque geralmente a cláusula penal em desfavor do promissário comprador é estipulada com clareza, o que dispensa a fase de interpretação complementar e afasta a incidência do art. 47 do CDC⁹⁴. Pelo mesmo motivo, no mais das vezes também não é

estudos na perspectiva civil-constitucional. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 513-537.

⁸⁸ Apesar de a norma constitucional destinar-se precipuamente ao Direito Penal, Paulo Lôbo assevera que o valor que a inspira “(...) aplica-se tanto ao direito penal quanto ao direito civil: a sujeição à pena ou é deliberação coletiva da sociedade (obrigação legal) ou é fruto do livre consentimento das partes (obrigação convencional), o que impõe sua prévia e expressa fixação”. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 267.

⁸⁹ **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4. ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 51. A posição é reiterada em outros trechos da mesma obra (p. 109 e 153). Mais adiante, Cassettari externa preocupação com o entendimento adotado pelo STJ no julgamento do REsp 1.119.740/RJ (p. 202-203).

⁹⁰ **Op. cit.** p. 190.

⁹¹ **Op. cit.** p. 81-101.

⁹² KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: **Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Fábio de Oliveira Azevedo; Marco Aurélio Bezerra de Melo (coords.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 140-159.

⁹³ **O caráter bilateral da penalidade contratual**. Migalhas de peso. 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164040,41046-O+carater+bilateral+da+penalidade+contratual>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

⁹⁴ V. tópico 3.1.2 deste trabalho, especialmente nota 41.

possível recorrer à integração do negócio. Ainda que não fosse assim, seria forçoso reconhecer que a *inversão* da cláusula penal não é efeito direto de nenhuma das fontes de integração, quais sejam, as normas supletivas, a boa-fé e os usos⁹⁵.

No voto que proferiu no julgamento do REsp nº 955.134, o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO afirmou que a Portaria nº 4/1998, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, determina que as cláusulas penais estabelecidas somente em desfavor do consumidor devem ser consideradas abusivas. Considerando que o STF “sufragou a tese de ser possível a existência de novas cláusulas abusivas acrescentadas ao sistema consumerista pelo legislador infraconstitucional” e que o art. 7º do CDC assegura a observância de direitos previstos em regulamentos, não haveria alternativa senão reconhecer a necessidade de *inversão* da cláusula penal.

O raciocínio desenvolvido pelo Ministro, porém, apresenta três fragilidades incontornáveis: i) equivoca-se quanto à constitucionalidade das portarias editadas pela SDE/MJ, sempre contestada pela melhor doutrina⁹⁶ e jamais apreciada pelo STF⁹⁷; ii) ignora que a Portaria nº. 4/1998 indica cláusulas *nulas de pleno direito*, não fazendo nenhuma referência à possibilidade de *inversão* da cláusula penal; iii) deixa de levar em conta que o regulamento em questão foi editado a fim de servir como orientação administrativa na aplicação de multas aos fornecedores de produtos e serviços⁹⁸, não se dirigindo à atividade judicial. Portanto, também aqui não se encontra amparo para a aplicação da cláusula penal em desfavor do promitente vendedor.

Além da fraqueza dos fundamentos em que se baseia, a *inversão* da cláusula penal moratória causa perplexidade quando se tem em vista os seus efeitos. Em regra, a penalidade é estipulada para a hipótese de atraso no pagamento das prestações devidas pelo promissário comprador no curso da obra e incide sobre o valor de cada parcela individualmente. Feita a

⁹⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Op. Cit.** p. 220.

⁹⁶ V., por todos: MIRANDA, Custodio da Piedade Ubaldino. **Op. cit.** p. 213, nota 71.

⁹⁷ Como bem apontou o Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, a constitucionalidade dos regulamentos que indicam um rol de cláusulas abusivas não previstas expressamente pelo art. 51 do CDC foi questionada na ADI nº. 1.990/DF. Entretanto, não houve julgamento de mérito, pois a ação sequer foi admitida pelo STF, não sendo possível identificar o entendimento daquela Corte a respeito do tema. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.990/DF. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 05 mai. 1999. **Diário da Justiça**, 25 jun. 1999.

⁹⁸ A competência da SDE/MJ para a edição das portarias foi conferida pelo Decreto nº. 2.181/1997, cujo art. 56 é claro ao estabelecer que “Na forma do art. 51 da Lei nº 8.078, de 1990, e com o objetivo de orientar o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, a Secretaria Nacional do Consumidor divulgará, anualmente, elenco complementar de cláusulas contratuais consideradas abusivas, notadamente para o fim de aplicação do disposto no inciso IV do caput do art. 22”. A seu turno, o art. 22, IV trata da aplicação de multas nas hipóteses previstas pelo art. 51, IV do CDC.

inversão, porém, o promitente vendedor é obrigado ao pagamento da pena calculada sobre o valor total do imóvel, ficando em situação incomparavelmente pior do que aquela do promissário comprador em mora.

Por todas essas razões, a *inversão* da cláusula penal se mostra inadmissível. Todavia, permanece o desequilíbrio resultante da estipulação da pena somente em desfavor do promissário comprador, o que exige a busca de uma solução compatível com a ordem jurídica em vigor.

4.1.2.3 A solução adequada – nulidade da cláusula penal estipulada exclusivamente em desfavor do promissário-comprador

O conteúdo dos compromissos de compra e venda de imóvel “na planta” celebrados *por* adesão deve se sujeitar a rigoroso controle judicial. Nesses contratos, a vulnerabilidade do aderente afasta a presunção de equilíbrio entre as prestações assumidas por cada contratante, o que justifica a intromissão do Estado-juiz a fim de garantir a equidade⁹⁹. Havendo relação de consumo, é aplicável, ainda, o art. 51, IV do CDC, que comina a sanção de nulidade às cláusulas que colocam o consumidor em desvantagem exagerada.

A estipulação da cláusula penal em desfavor apenas do promissário comprador o coloca em posição evidentemente desvantajosa. Apesar de a pena ter caráter acessório, não há como negar os benefícios que pode trazer ao contratante lesado pelo inadimplemento, mormente quando esse tem a faculdade de exigir o cumprimento da obrigação ou o montante da penalidade. A não ser que haja justificativa idônea para a predisposição de cláusula penal unilateral, deve ser reconhecido o desequilíbrio e, por consequência, a nulidade da disposição.

Essa parece ser a solução mais coerente com o ordenamento jurídico brasileiro. Por mais que a modificação de cláusulas contratuais seja um direito básico do consumidor (art. 6º, V do CDC), a finalidade sancionatória da cláusula penal impede que esta seja *invertida* pelo juiz, já que a pena depende de prévio acordo dos contratantes. Não existindo consenso, a *inversão* da cláusula penal não constitui outra coisa senão violação da regra estabelecida pelo art. 5º, XXXIX da Constituição da República.

Desse modo, tanto o promissário comprador quanto o promitente vendedor ficam submetidos à apuração judicial dos prejuízos em caso de mora ou inadimplemento culposos do

⁹⁹ Cf. se assinalou no tópico 3.2 acima.

outro contratante. O quadro é rigorosamente o mesmo caso o compromisso estabeleça cláusula penal em montante irrisório. A desvantagem exagerada é evidente, importando a nulidade da disposição¹⁰⁰.

4.1.3 Cláusula de decaimento

Outra questão que provoca intensos debates é a chamada *cláusula de decaimento*. Por meio dela, se estipula a perda de parte das prestações pagas na hipótese de arrependimento do promissário comprador. Conforme se assinalou acima¹⁰¹, a validade desse tipo de disposição é incontestável, uma vez que o art. 53 do CDC reputa nulas de pleno direito apenas as cláusulas que estabelecem a perda *total* dos valores pagos. Logo, a legislação parece ter admitido a perda *parcial* das prestações.

Essa conclusão é reforçada pelo veto presidencial ao § 1º daquele dispositivo, que previa a restituição da totalidade dos valores pagos, ressalvada somente a vantagem econômica obtida com a fruição do imóvel. Na mensagem encaminhada ao Congresso Nacional, o Presidente afirmou que o texto vetado não contemplava diversos custos suportados pelo promitente vendedor, promovendo “tratamento iníquo, de consequências imprevisíveis e danosas para os diversos setores da economia”¹⁰².

Desde então, muito se tem discutido a respeito do percentual sujeito a retenção. Se a lei só veda a retenção da integralidade dos valores pagos, que parcela pode ser licitamente retida? Pode o juiz reduzir o montante estabelecido pelo contrato?

A fim de responder essas duas questões, é imprescindível identificar o caráter da *cláusula de decaimento*. Também neste ponto parece acertada a posição de ANTÓNIO PINTO MONTEIRO¹⁰³, para quem se trata de cláusula de perda de direitos, já que em razão dela o promissário comprador perde o direito de reaver as quantias a que comumente faria jus. Apesar de não se identificar com a cláusula penal, a disposição deve a ela ser equiparada para

¹⁰⁰ CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 226.

¹⁰¹ V. 4.1.2, em especial nota 75. Assim também: BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Práticas abusivas e cláusulas abusivas. In: Responsabilidade civil nas relações de consumo. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-263. Em sentido contrário, RODRIGO AZEVEDO TOSCANO DE BRITO entende que a perda de parte das parcelas pagas constitui burla da lei (Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 49. jul.-dez./2000, p. 81-110).

¹⁰² BRASIL. Presidência da República. Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990.

¹⁰³ **Op. cit.** p. 64 e ss.

fins de regime, pois, conforme ensina o professor português, há inequívoca afinidade substancial entre as duas figuras.

Portanto, a resposta da segunda questão é simples. Se se aplica à *cláusula de decaimento* a disciplina da cláusula penal, a redução não só é permitida como constitui dever do juiz na hipótese de pena manifestamente excessiva, conforme preceitua o art. 413 do Código Civil.

Por outro lado, a primeira indagação impõe maiores dificuldades. Com a ressalva de situações excepcionais, o STJ tem considerado razoável a retenção de 10% a 25% das prestações pagas pelo promissário comprador, determinando que a quantia restante seja restituída pelo promitente vendedor de modo imediato¹⁰⁴. Esse entendimento, contudo, tem sofrido críticas, tanto que no Senado Federal tramita proposta pretendendo dar disciplina legal à matéria.

Trata-se do Projeto de Lei nº. 774/2015, de autoria do Senador ROMERO JUCÁ. Se a proposição for aprovada, os promissários compradores inadimplentes poderão ser obrigados ao pagamento de pena de até 25% dos valores pagos, sem prejuízo da responsabilidade pela comissão de corretagem e pelos impostos reais, contribuições de condomínio e vantagens auferidas durante o tempo em que estiveram na posse do imóvel. O projeto ainda garante aos promitentes vendedores a possibilidade de efetuar a restituição “(...) em três parcelas mensais e subsequentes, vencendo-se a primeira após um prazo de carência de doze meses, contados da data do desfazimento do contrato”¹⁰⁵.

O projeto de lei iniciou sua tramitação na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), onde obteve parecer favorável do relator, Senador BENEDITO LIRA que, contudo, acolheu duas emendas propostas pela Senadora MARTA SUPPLY. A primeira delas reduz o limite da pena para o valor de 10% das quantias pagas; a segunda estabelece o prazo de 5 dias úteis para o promitente vendedor efetuar a restituição, em parcela única. Embora apresentado à CCJ, o

¹⁰⁴ 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. Brasília, 26 ago. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 31 ago. 2015.

¹⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015. **Diário do Senado Federal**, 9 dez. 2015, p. 49-52.

parecer do relator não chegou a ser votado, voltando ao gabinete daquele para reexame em 17 de outubro de 2016. Desde então, não houve avanço na tramitação do projeto¹⁰⁶.

Apesar da louvável preocupação do Senado com tema de tanta repercussão social, a solução legislativa não parece a mais adequada. O art. 413 do Código Civil é claro ao dispor 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*”. Portanto, se o juiz deve utilizar as circunstâncias peculiares do contrato como critérios para a redução da pena, o tratamento geral e abstrato que a lei é capaz de dar à matéria seria sempre insatisfatório.

Neste particular, é preciso múltiplas variáveis podem influenciar a decisão sobre o montante adequado da penalidade. A *cláusula de decaimento* pode ter sido negociada ou predisposta em contrato *por* adesão. Também não há dúvida de que o promissário comprador tanto pode ser um cidadão leigo realizando o sonho da casa própria como uma grande empresa pretendendo obter espaço para a abertura de uma filial. É possível, ainda, que a resolução do contrato se opere antes da conclusão da obra ou depois de o adquirente já ter sido imitado na posse do bem.

Todas essas circunstâncias são relevantes para definir se a pena estipulada é excessiva ou não. Por mais minucioso que seja, o legislador jamais conseguirá prever todas elas. Somente a apreciação de cada contrato permite que se chegue a soluções razoáveis, cabendo esta apreciação ao Poder Judiciário¹⁰⁷.

4.2 OUTRAS CONTROVÉRSIAS

Além da cláusula penal, outras disposições frequentemente contidas nos compromissos de compra e venda de imóveis “na planta” têm suscitado controvérsias atualmente. O exame aprofundado de cada uma delas extrapolaria os propósitos deste trabalho. Entretanto, o tema abordado não permite omissão quanto a essas disposições, motivo pelo qual serão feitos breves apontamentos sobre elas nos tópicos seguintes.

¹⁰⁶ O parecer do Senador BENEDITO LIRA, as propostas de emenda ao texto inicial do projeto e os demais detalhes da tramitação estão disponíveis mediante consulta ao sítio eletrônico do Senado Federal: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/124367>>. Acesso em: 31 ago. 2017.

¹⁰⁷ Nesse sentido, v. CHALHUB, Melhim Namem. **Op. cit.**, p. 419.

4.2.1 Da cláusula de tolerância

É muito comum que os compromissos de compra e venda de imóveis na “planta” estabeleçam o prazo para a conclusão da obra acompanhado da chamada *cláusula de tolerância*. Por meio dela, dispõe-se que além do prazo previsto, o promitente vendedor terá um período adicional para entregar o imóvel ao promissário comprador.

Em princípio, esse tipo de cláusula nada tem de abusivo, até porque na maioria das vezes a tolerância prevista é relativamente curta, de 120 ou 180 dias. Apesar de à primeira vista esse prazo poder parecer demasiadamente longo, é preciso reconhecer que a construção pode sofrer atrasos em razão de eventos que o incorporador simplesmente não tem como evitar, tais como excesso de chuvas e greve de trabalhadores. Diante desse contexto, a predisposição de cláusula de tolerância parece plenamente justificável, não havendo que se falar em desvantagem exagerada ao consumidor.

No entanto, a adequada resolução dos conflitos não prescinde da análise dos exatos termos do contrato. Muitas vezes a cláusula é redigida de modo tal que condiciona a fluência do prazo de tolerância à ocorrência de fatos imprevistos tais como aqueles acima referidos. Em situações como essa, o promitente vendedor só poderá fazer uso do prazo de tolerância se provar que tais fatos efetivamente aconteceram e foram a causa do atraso. Afinal de contas, se a cláusula foi predisposta em consideração a esses fatos, não incidirá caso não se verifiquem.

4.2.2 Dos danos decorrentes do atraso na entrega da obra

Os efeitos da crise econômica sobre o setor da construção civil foram devastadores. A drástica redução da demanda fez com que os incorporadores tocassem as obras com menos dinheiro em caixa. Aliada ao crescimento da inadimplência, essa situação acabou contribuindo para um quadro de dificuldade financeira que atrapalhou o andamento de muitas obras e chegou a fazer com que algumas incorporadoras pedissem recuperação judicial¹⁰⁸.

Diante da mora dos promitentes vendedores, inúmeros promissários compradores propuseram ações judiciais requerendo reparação por supostos prejuízos causados pelo atraso na entrega dos imóveis. Na maior parte dos casos, discutia-se se o dano alegado era efetivo ou se se tratava de dano meramente hipotético.

¹⁰⁸ Os casos que mais chamaram a atenção foram os das incorporadoras PDG e Viver, antiga InPar. V. BONATELLI, Circe. Viver terá de fazer novo pedido de recuperação judicial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 13 jun. 2017.

Apesar de certa hesitação inicial, os Tribunais consolidaram o entendimento de que a mora do promitente vendedor gera dano material ao promissário comprador. Em inúmeros julgados, o STJ assentou que o valor da indenização é devido a título de lucros cessantes e corresponde à renda que poderia ser auferida com o aluguel do imóvel caso não tivesse havido atraso. Em várias oportunidades, a Corte chegou ao ponto de afirmar que nessas situações deve-se *presumir* a ocorrência de lucros cessantes, dispensando qualquer prova a respeito¹⁰⁹.

Apesar de a jurisprudência ter se pacificado nesse sentido, a solução não parece ser a mais adequada sob o ponto de vista teórico. Com efeito, o reconhecimento dos lucros cessantes não pressupõe simples possibilidade, mas exige grande probabilidade de ganho futuro¹¹⁰, o que nem sempre se verifica nas hipóteses de atraso na entrega de obra. Basta pensar nas situações em que o promissário comprador efetua o negócio com a intenção de auferir renda com o aluguel e depois do término da obra demora meses até encontrar um interessado na locação. De modo geral, a possibilidade de ganhos imediatos com a unidade adquirida é bastante baixa, possibilidade que se torna ainda mais reduzida em épocas de crise.

É por essas razões que, na maioria dos casos, o atraso na entrega da obra não deveria acarretar a condenação do promitente vendedor ao pagamento de indenização por lucros cessantes. A rigor, a reparação só seria plausível em situações como a do promissário comprador que demonstra que a mora do incorporador o impediu de exigir o aluguel de futuro locatário com quem já tinha celebrado contrato; ou como a da empresa que deixou de auferir renda com a atividade que pretendia desenvolver no local.

Entretanto, mesmo nessas situações caberia ao promissário comprador a difícil tarefa de demonstrar a existência dos lucros cessantes, já que a inversão do ônus prova não poderia obrigar o promitente vendedor a produzir prova negativa. A *presunção* de lucros cessantes a que alguns acórdãos do STJ se referem não encontra amparo legal nem doutrinário, servindo apenas para evidenciar a necessidade de melhor definição do dano decorrente da mora do promitente vendedor.

¹⁰⁹ V., entre muitos outros: Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.523.955/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 1º dez. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 11 dez. 2015. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 229.165/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 out. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 27 out. 2015.

¹¹⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXII. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 300. Assim também: AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 403.

Uma solução mais adequada para a questão parece ser encontrada no conceito de dano pela privação do uso. Apesar de a categoria não ter sido objeto de exame mais atento pela doutrina nacional, os Tribunais têm reconhecido sua autonomia em diversas situações. O exemplo mais comum é o do proprietário de automóvel que fica privado do uso do bem por dias ou semanas ao levá-lo à oficina para conserto após acidente causado por terceiro. No mais das vezes, esse proprietário nada deixa de ganhar em razão dessa situação, nem sofre redução em sua esfera patrimonial. Entretanto, a simples privação do uso do veículo é tida como dano suscetível de reparação.

Esse entendimento decorre da constatação de que o uso é um dos atributos da propriedade e tem inequívoco valor patrimonial. Do contrário, não haveria motivo para que as seguradoras oferecessem planos prevendo a disponibilidade de carro reserva na hipótese acima referida.

Embora acarrete a privação de uso de bem imóvel, a mora da incorporadora parece admitir a mesma solução. Com efeito, os elementos para a verificação dessa espécie de dano são o caráter temporário, a irrazoabilidade da demora, a concreta expectativa de uso no período da privação e a adesão do dano ao bem¹¹¹. Na hipótese de atraso na entrega da obra, todos esses elementos podem se encontrar presentes. Por definição, o atraso não é permanente, ainda que injustificável. Além disso, é causado pela demora no término da construção do imóvel, ou seja, o dano adere ao bem e não à vítima. Para que o promissário comprador faça jus à reparação, basta a demonstração de que efetivamente pretendia dar destinação ao bem assim que a obra fosse concluída.

Essa parece ser a correta qualificação do dano causado pela mora do incorporador. A partir dela, resolve-se o problema da dificuldade de prova que impede a reparação integral sempre que os pressupostos da indenização por lucros cessantes são considerados seriamente. Embora a jurisprudência não costume se referir ao dano pela privação do uso, recentíssimo julgamento de incidente de resolução de demandas repetitivas pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo parece indicar uma possível alteração desse quadro¹¹². Apesar de o voto do relator fazer referência a lucros cessantes, a tese jurídica aprovada por aquela Corte destaca o dano pela privação do uso: “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de

¹¹¹ KROETZ, Maria Cândida do Amaral *et al.* O dano da privação do uso. In: FACHIN, Luiz Edson *et al.* (Coord.). **Jurisprudência civil brasileira**: métodos e problemas. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 299-317.

¹¹² SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Incidente de resolução de demandas repetitivas nº 0023203-35.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Loureiro. São Paulo, 31 ago. 2017. Acórdão pendente de publicação.

compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem (...).”

4.2.3 Da cobrança de juros no pé

Uma das questões que geram maior controvérsia no âmbito dos compromissos de compra e venda de imóvel “na planta” diz respeito à cobrança dos chamados *juros no pé* ou *juros de obra*. Trata-se da cobrança de juros compensatórios durante o período de construção a título de remuneração do capital que o incorporador emprega na atividade.

Como ensinava PONTES DE MIRANDA, os juros correspondem àquilo que “o credor pode exigir pelo fato de ter prestado ou de não ter recebido o que se lhe devia prestar. Numa e noutra espécie, foi privado de valor, que deu, ou de valor, que teria de receber e não recebeu”¹¹³. A privação de capital, portanto, é a causa da exigência de juros.

No caso da incorporação imobiliária, os promissários compradores começam a efetuar o pagamento do preço antes mesmo de a propriedade do imóvel lhes ser transmitida. Geralmente, a celebração do compromisso ocorre durante as obras, quando o objeto da venda é coisa futura. O promissário comprador aporta recursos de imediato, ciente de que só terá a posse do bem meses ou anos depois, ao término da construção. A seu turno, o promitente vendedor recebe esses recursos e com eles efetua o pagamento de trabalhadores, adquire materiais e dá conta das demais despesas necessárias à conclusão da obra.

Portanto, o promissário comprador antecipa valores que, em regra, só seriam devidos a partir do momento em que passasse a usar e fruir do bem. Aliás, é por essa razão que o preço dos imóveis adquiridos “na planta” é inferior ao dos imóveis acabados. A diferença representa a devida remuneração daquele que se privou de capital a fim de contribuir para o regular andamento da obra.

Diante desse contexto, a cobrança dos chamados *juros no pé* se revela manifestamente abusiva. Não há dúvida de que a prática coloca o promissário comprador em desvantagem exagerada: apesar de antecipar o pagamento de parcela do preço, é obrigado a pagar juros sobre esse valor. A estipulação viola claramente o princípio da justiça contratual,

¹¹³ **Tratado de direito privado**. t. XXIV. Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 77.

motivo pelo qual deve ser considerada nula nos contratos por adesão, independentemente da caracterização da relação de consumo.

De maneira surpreendente, porém, a Segunda Seção do STJ assentou a legalidade da pactuação dos *juros no pé* no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 670.117/PB¹¹⁴. Por maioria de seis votos a três, prevaleceu o voto do Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, para quem “o pagamento pela compra de um imóvel em fase de produção, a rigor, deve ser feito à vista”, isto é, no momento em que o compromisso é celebrado. Logo, a cobrança de juros durante a obra seria legítima, a não ser que o promissário comprador aportasse a integralidade do preço de imediato.

Contudo, tal como se afirmou acima, a cobrança de juros tem como causa a privação do capital, fato que não se verifica no negócio de incorporação imobiliária. No julgamento acima citado, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO foi preciso ao explicar que o promissário comprador só passa a fruir do capital investido pelo incorporador com o término da construção. Antes disso, o valor aplicado na obra beneficia tão somente o promitente vendedor:

No contrato objeto dos autos, para a realização da obra, são aportados recursos tanto da incorporadora, como do consumidor adquirente.

Esses recursos de responsabilidade do consumidor adquirente não aproveitam apenas a ele, mas também à incorporadora, influenciando positivamente na procura das unidades habitacionais e na consecução do seu empreendimento.

E, se a incorporadora **permanece se beneficiando** do capital que estaria antecipando em favor dos consumidores, não há, como ocorre nas operações de crédito em geral, propriamente uma **privação** que justifique a cobrança dos juros compensatórios. (...)

Como destinatário final fático e econômico do produto ou serviço, o consumidor não frui do capital da incorporadora na fase de construção, mas associa-se a ele com a sua prestação pecuniária.

Figurando na ponta da cadeia das relações econômicas e representando o sujeito que utiliza produto ou serviço de forma não profissional, sem a finalidade de lucro, por conceito é **inviável ao consumidor, consideradas as características que lhe são inerentes, fruir da construção considerada em si mesma**, como se produto ou serviço fosse.

Na verdade, o consumidor somente frui do capital da incorporadora a partir da entrega das chaves, desde que ainda pendente saldo devedor.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 670.117/PB. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Rel. p/ acórdão Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 13 jun. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico**, 26 nov. 2012.

Portanto, por qualquer ângulo que se analise, não há margem para a cobrança, antes da entrega das chaves, de juros compensatórios, revelando-se, nos termos do art. 51, IV, do CDC, iníqua e abusiva cláusula que a preveja em contratos de consumo (...).

Por essa razão, a melhor doutrina já vem apontando a necessidade de o STJ rever seu entendimento, a fim de conferir solução mais adequada ao problema¹¹⁵.

4.2.4 Da comissão de corretagem

Outra questão enfrentada recentemente pelos Tribunais refere-se à validade da cláusula que obriga o promissário comprador ao pagamento de comissão de corretagem.

A situação fática é de fácil compreensão: no mais das vezes, o incorporador organiza estande de vendas no local do empreendimento imobiliário ou em suas proximidades. Os interessados em adquirir unidades se dirigem até esse estande, onde encontram corretores previamente contratados pelo incorporador para realizar as tratativas necessárias à conclusão do negócio. Concretizando-se a venda, no próprio compromisso ou em pacto acessório se prevê a obrigação do promissário comprador pagar a comissão de corretagem.

É indiscutível que, em regra, cabe àquele que contrata o corretor pagar-lhe a comissão. Todavia, em respeito à autonomia privada dos sujeitos contratantes, não se pode negar a possibilidade de a obrigação ser assumida por aquele que celebra o negócio com o incumbente. Para a situação tratada neste estudo, importa saber se o promitente vendedor que contratou o corretor pode transferir a obrigação de pagar a comissão ao promissário comprador, especialmente quando se trata de compromisso celebrado por adesão.

Para alguns, a cláusula que assim dispõe é nula de pleno direito, por estabelecer hipótese de venda casada. Com efeito, se ao promissário comprador não é dada a possibilidade de adquirir o imóvel sem contratar o corretor indicado pelo promitente vendedor, restaria caracterizada a prática abusiva descrita pelo art. 39, I do CDC.

Entretanto, a Segunda Seção do STJ rechaçou essa tese no julgamento de caso submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos ocorrido em agosto de 2016¹¹⁶.

¹¹⁵ V., entre outros: AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. **Op. cit.**, p. 110-114. SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 103.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.599.511/SP. Rel.: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília, 24 ago. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 6 set. 2016.

Naquela oportunidade, o Tribunal assentou que a situação não configura venda casada, mas simples terceirização. Quer pela assunção da obrigação, quer pela inclusão no preço final do imóvel, é sempre o promissário comprador quem arca com a comissão de corretagem, de modo que a prática não lhe gera nenhum prejuízo ou desvantagem. Segundo o relator do caso, o Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, basta que o promitente vendedor especifique o preço total da unidade imobiliária e da comissão de corretagem para que a disposição contratual seja reputada válida.

5 CONCLUSÕES

Diante dessa exposição, não resta dúvida de que as peculiaridades do mercado imobiliário exigem que ao compromisso de compra e venda de imóveis “na planta” seja conferido tratamento específico, em conformidade com a Lei nº. 4.591/1964. Ainda que a relação estabelecida entre os contratantes tenha caráter consumerista, a aplicação das normas veiculadas pelo CDC e pelo Código Civil é subsidiária, pois ambos os diplomas são lei geral em relação à Lei nº. 4.591/1964.

Esse posicionamento, contudo, não nega a proteção que o ordenamento jurídico assegura ao promissário comprador, especialmente nos casos em que o contrato é celebrado por adesão. Nessas situações, vige o princípio da *interpretatio contra stipulatorem* e o equilíbrio entre as obrigações assumidas por cada contratante submete-se ao controle judicial, visto que a justiça contratual não se presume quando inexistente negociação.

Em que pese essa proteção, a cláusula penal estipulada em desfavor do promissário comprador não pode ser aplicada contra o promitente vendedor. O caráter sancionatório da disposição não permite a adoção de entendimento contrário, que além de não encontrar amparo legal importaria grave violação à regra constitucional da anterioridade da pena.

Ao longo do trabalho demonstrou-se, ainda, a inadequação de eventual definição legal dos limites da cláusula de decaimento, que devem ser controlados pelo Poder Judiciário a partir da análise de cada caso concreto. Constatou-se a validade da cláusula de tolerância, a necessidade de reconhecimento da autonomia do dano pela privação do uso na hipótese de atraso na entrega da obra e o caráter abusivo da cobrança dos chamados *juros no pé*. Ao final, foi apresentado o entendimento do STJ sobre a responsabilidade pelo pagamento da comissão de corretagem e o dever de informação do incorporador.

Apesar do enfrentamento de todas essas questões, não há dúvida de que outras ainda hão de surgir e causar igual ou maior polêmica. A longa história de controvérsias sobre o compromisso de compra e venda reflete a dinâmica do mercado imobiliário no Brasil, sempre afetado pelos momentos de euforia e crise que a economia sucessivamente experimenta. Ao Direito Civil cabe disciplinar os negócios celebrados nesse mercado, contribuindo, assim, para a necessária segurança das relações estabelecidas entre os sujeitos privados.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR DIAS, José de. **Da responsabilidade civil**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 2. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- AZEVEDO JÚNIOR, José Osório. **Compromisso de compra e venda**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BACKHEUSER, Everardo. **Habitações populares**: relatório apresentado ao Exm. Sr. Dr. T. J. Seabra, Ministro da Justiça e Negócios Interiores. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1906.
- BDINE JÚNIOR, Hamid Charaf. Práticas abusivas e cláusulas abusivas. In: Responsabilidade civil nas relações de consumo. Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 217-263.
- BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- BESSONE, Darcy. **Aspectos da evolução da teoria dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 1949.
- BONATELLI, Circe. Viver terá de fazer novo pedido de recuperação judicial. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 13 jun. 2017.
- BONDUKI, Nabil. **Origens da habitação social no Brasil**. 6. ed. São Paulo: Estação Liberdade, 2011.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Brasil: 500 anos de povoamento*. Rio de Janeiro: IBGE, 2000, p. 221. Disponível em: <<http://brasil500anos.ibge.gov.br/estatisticas-do-povoamento/evolucao-da-populacao-brasileira>>. Acesso em: 06. fev. 2017.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Censo demográfico 1940-2010. Disponível em: <<http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/series.aspx?vcodigo=POP122>>. Acesso em: 06 fev. 2017.
- _____. Ministério das Cidades. Cartilha do Programa Minha Casa Minha Vida. Brasília: 2013, p. 4. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/131114_ifh_castilha_minha_casa.pdf>. Acesso em: 30/01/2017.
- _____. Ministério das Cidades. Política nacional de habitação. Brasília: 2004. p. 53. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/images/stories/ArquivosSNH/ArquivosPDF/4PoliticaNacionalHabitacao.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2017.
- _____. Presidência da República. Mensagem nº 664, de 11 de setembro de 1990. **Diário Oficial da União**, 12 set. 1990.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 774, de 2015. **Diário do Senado Federal**, 9 dez. 2015, p. 49-52.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 706.499/RJ, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 06 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 16 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 835.184/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 16 mai. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 25 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 929.972/MG, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 13 dez. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 14 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 985.690/AM, Rel. Ministro Moura Ribeiro. Brasília, 21 mar. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 03 abr. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 1.016.123/MG, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira. Brasília, 27 jun. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 01 ago. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.624.677/DF, Rel. Ministro Raul Araújo. Brasília, 13 dez. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 01 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 229.165/RJ. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 20 out. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 27 out. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.523.955/SP. Relator: Ministro Marco Buzzi. Brasília, 1º dez. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 11 dez. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 80.036/SP, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, 12 fev. 1996. **Diário da Justiça**. 25 mar. 1996, p. 8586.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 955.134/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 16 ago. 2012. **Diário da Justiça eletrônico**. 29 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.119.740/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda. Brasília, 27 set. 2011. **Diário da Justiça eletrônico**. 13 out. 2011.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.355.554/RJ. Rel. Ministro Sidnei Beneti. Brasília, 06 dez. 2012. **Diário da Justiça eletrônico**, 04 fev. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.536.354/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Brasília, 07 jun. 2016. **Diário da Justiça eletrônico**, 20 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.611.276/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 25 abr. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 02 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Propostas de Afetação de Recurso Especial representativo da controvérsia nº 1.614.721/DF e nº 1.631.485/DF. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, 26 abr. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 03 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.665.550/BA, Rel. Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 09 mai. 2017. **Diário da Justiça eletrônico**, 16 mai. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 83. Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Brasília, 18 jun. 1993. **Diário da Justiça**, 02 jul. 1993, p. 13283.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 84. É admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse advinda do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido do registro. Brasília, 18 jun. 1993. **Diário da Justiça**, 02 jul. 1993, p. 13283.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 239. O direito à adjudicação compulsória não se condiciona ao registro do compromisso de compra e venda no cartório de imóveis. Brasília, 28 jun. 2000. **Diário da Justiça**, 30 ago. 2000, p. 118.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 308. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel. Brasília, 30 mar. 2005. **Diário da Justiça**, 25 abr. 2005, p. 384.

_____. 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. Brasília, 26 ago. 2015. **Diário da Justiça eletrônico**, 31 ago. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.990/DF. Rel. Ministro Ilmar Galvão. Brasília, 05 mai. 1999. **Diário da Justiça**, 25 jun. 1999.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo em Recurso Extraordinário nº 766.618/SP. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 25 mai. 2017. Acórdão de publicação pendente.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 mai. 2017. Acórdão de publicação pendente.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 621. Não enseja embargos de terceiro à penhora a promessa de compra e venda não inscrita no registro de imóveis. Brasília, 17 out. 1984. **Diário da Justiça**, 29 out. 1984, p. 18115.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Cláusulas abusivas nos contratos de incorporação imobiliária e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito Imobiliário**. v. 49. jul.-dez./2000, p. 81-110.

CAMBLER, Everaldo Augusto. **Responsabilidade civil na incorporação imobiliária**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos fundamentais e direito privado**. Trad.: Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

CASSETTARI, Christiano. **Multa contratual: teoria e prática da cláusula penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CENTRO DE PESQUISA E DOCUMENTAÇÃO E DOCUMENTAÇÃO DE HISTÓRIA CONTEMPORÂNEA DO BRASIL (CPDOC). Institutos de Aposentadoria e Pensões. Disponível em: <<http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/AEraVargas1/anos30-37/PoliticaSocial/IAP>>. Acesso em: 10 jan. 2017

CHALHUB, Melhim Namem. **Da incorporação imobiliária**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COELHO, Fábio Ulhoa. **O empresário e os direitos do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção ao consumidor na Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XXIX (nova série), n. 80, out.-dez./1990, p. 66-75.

CONTINENTINO, Mucio. **Da clausula penal no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1926.

DE MATTIA, Fabio Maria. Cláusula penal pura e cláusula penal não pura. **Revista dos Tribunais**. v. 56, n. 383, set. 1967, p. 35-56.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

ESPINOLA, Eduardo; ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Lei de introdução ao Código Civil brasileiro**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1943.

FARIAS, Christiano Chaves de. Miradas sobre a cláusula penal no direito contemporâneo (à luz do direito civil-constitucional, do novo Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor). **Revista dos Tribunais**. v. 797, mar. 2002, p. 43-59.

FERNANDES NETO, Guilherme. O contrato de adesão. In: **Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas**. Carlos Alberto Bittar (coord.). São Paulo: Saraiva, 1991.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. In: **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Gustavo Tepedino (coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 513-537.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FULGÊNCIO, Tito. **Do direito das obrigações**. Das modalidades das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GHEZZI, Leandro Leal. **A incorporação imobiliária à luz do Código de Defesa do Consumidor e do novo Código Civil**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GOMES, Luis Roldão de Freitas. As cláusulas abusivas no contrato de incorporação imobiliária. **Revista de direito imobiliário**. v. 25, n. 52, jan./jun. 2002, p. 61-74.

GOMES, Orlando. **Contrato de adesão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1972.

_____. **Contratos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Obrigações**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

HAPNER, Carlos Eduardo Manfredini. Comentário ao art. 47 do Código do Consumidor. In: **Comentários ao código do consumidor**. José Cretella Jr. e René Ariel Dotti (coords.). Rio de Janeiro: Forense, 1992.

JAYME, Erik. Cours general de droit international privé. In: **Recueil des cours**. t. 251. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

KONDER, Carlos Nelson. Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários. In: **Direito imobiliário: escritos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira**. Fábio de Oliveira Azevedo; Marco Aurélio Bezerra de Melo (coords.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 140-159.

KROETZ, Maria Cândida do Amaral *et al.* O dano da privação do uso. In: FACHIN, Luiz Edson *et al.* (Coord.). **Jurisprudência civil brasileira: métodos e problemas**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 299-317.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Redes contratuais no mercado habitacional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. **Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas**. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. **Direito civil: obrigações**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Interpretação do negócio jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil - do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 45, p. 71-99, jan.-mar./2003.

_____. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes – o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 51, p. 34-67, jul.-set./2004.

_____. Três tipos de diálogos entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: Superação das antinomias pelo “diálogo das fontes”. In: **Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002: convergências e assimetrias**. Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer e Adalberto Pasqualotto (coords.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 11-82.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. **Contrato de adesão**. São Paulo: Atlas, 2002.

MONTEIRO, António Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. v. 4, 1ª parte. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Curso de direito civil**. v. 5, 2ª parte. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

MORAES FILHO, Evaristo. **Introdução ao direito do trabalho**. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 1956.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 6. ed. São Paulo: LTr, 1980.

NERY JR, Nelson. Comentário ao art. 53 do Código de Defesa do Consumidor. In: **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover [et al]. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

NEVES, José Roberto de Castro. **O código do consumidor e as cláusulas penais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NONATO, Orosimbo. **Curso de obrigações**. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

OLMOS, Cássio Ranzini. **Práticas e cláusulas abusivas nas relações de consumo de aquisição imobiliária**. São Paulo: Almedina, 2014.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das coisas**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código de Defesa do Consumidor e as incorporações imobiliárias. **Revista dos Tribunais**. v. 712, p. 102-111, fev. 1995.

_____. **Condomínio e incorporações**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Instituições de direito civil**. v. II. 27. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Instituições de direito civil**. v. III, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Imóveis em construção, direito do consumidor e desenvolvimento. **Revista de direito do consumidor**. v. 105, p. 81-101, mai.-jun./2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. t. XXII. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**. t. XXIV. Atual. Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de direito privado**. t. XXVI. Atual. Ruy Rosado de Aguiar Jr. e Nelson Nery Jr. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**. v. 2. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil**. v. III. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

ROYER, Luciana de Oliveira. **Financeirização da política habitacional: limites e perspectivas** (Tese de Doutorado). São Paulo: USP / Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, 2009.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2013.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Incidente de resolução de demandas repetitivas nº 0023203-35.2016.8.26.0000. Relator: Desembargador Francisco Eduardo Loureiro. São Paulo, 31 ago. 2017. Acórdão de publicação pendente.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no direito brasileiro**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de direito civil**. v. III. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

SGARBOSSA, Luís Fernando. **Direitos e garantias fundamentais**: interpretação jusfundamental “pro homine”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2008.

SHIMBO, Lúcia Zanin. **Habitação social de mercado**: a confluência entre Estado, empresas construtoras e capital financeiro. Belo Horizonte: C/Arte, 2012.

STEINER, Renata Carlos. **O caráter bilateral da penalidade contratual**. Migalhas de peso. 17 set. 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI164040,41046-O+carater+bilateral+da+penalidade+contratual>>. Acesso em: 13 jun. 2017.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. t. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ZIMMERMANN, Reinhard; SCHMIDT, Jan Peter. Interview with Reinhard Zimmermann and Jan Peter Schmidt. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, v. 4, p. 379-413, jul./set. 2015.