



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

Ana Paula Akemi Ogata

Aplicação do artigo 413 do Código Civil na resolução dos contratos de compra e venda de imóveis sob o regime da Incorporação Imobiliária: da possibilidade da redução do percentual previsto no artigo 67, § 5º, da Lei nº 4.591/1964

Florianópolis
2025

Ana Paula Akemi Ogata

Aplicação do artigo 413 do Código Civil na resolução dos contratos de compra e venda de imóveis sob o regime da Incorporação Imobiliária: da possibilidade da redução do percentual previsto no artigo 67, § 5º, da Lei nº 4.591/1964

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharela em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marcus Vinícius Motter Borges

Florianópolis

2025

Ficha catalográfica gerada por meio de sistema automatizado gerenciado pela BU/UFSC.
Dados inseridos pelo próprio autor.

Ogata, Ana Paula Akemi

Aplicação do artigo 413 do Código Civil na resolução dos contratos de compra e venda de imóveis sob o regime da Incorporação Imobiliária: da possibilidade da redução do percentual previsto no artigo 67, § 5º, da Lei nº 4.591/1964 / Ana Paula Akemi Ogata ; orientador, Marcus Vinícius Motter Borges, 2025.

82 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2025.

Inclui referências.

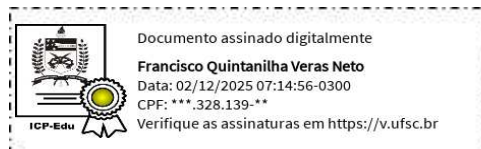
1. Direito. 2. distrato imobiliário; retenção de valores; incorporação imobiliária; cláusula penal. I. Borges, Marcus Vinícius Motter. II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

Ana Paula Akemi Ogata

Aplicação do artigo 413 do Código Civil na resolução dos contratos de compra e venda de imóveis sob o regime da Incorporação Imobiliária: da possibilidade da redução do percentual previsto no artigo 67, § 5º, da Lei nº 13.786/2018

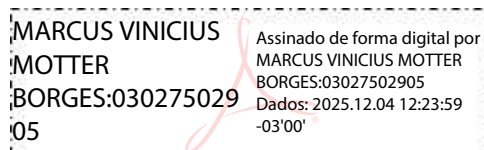
Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado para obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2025.

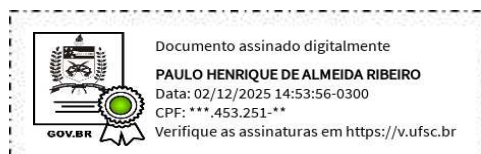


Coordenação do Curso

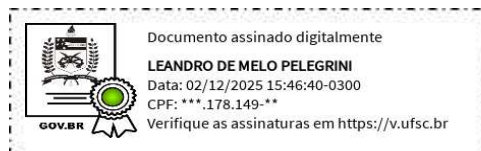
Banca examinadora



Prof. Dr. Marcus Vinicius Motter Borges,
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)



Paulo Henrique de Almeida Ribeiro,
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)



Leandro de Melo Pelegrini,
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Florianópolis/SC, 2025.

RESUMO

O presente projeto de pesquisa tem como objetivo analisar a possibilidade de aplicação do art. 413 do Código Civil na redução do percentual de retenção previsto no § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, nos casos de resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis em regime de incorporação imobiliária, quando o inadimplemento absoluto for imputável ao adquirente. O estudo parte da problemática referente à natureza jurídica da referida retenção, frequentemente classificada pelo legislador como “pena convencional”, mas que, sob análise doutrinária e normativa, aparenta possuir caráter eminentemente indenizatório, e não punitivo. Assim, o trabalho busca verificar se tal retenção pode ser enquadrada como cláusula penal, a fim de permitir a sua redução judicial por excessividade, ou se se trata de uma indenização legalmente tarifada, insuscetível de mitigação com base no art. 413 do Código Civil. A pesquisa adota abordagem qualitativa, de natureza explicativa e descritiva, utilizando-se do método dedutivo. Quanto aos procedimentos técnicos, realiza-se pesquisa bibliográfica e documental, a partir da análise de legislações, doutrina especializada e precedentes jurisprudenciais pertinentes ao tema, especialmente aqueles relacionados à Lei nº 13.786/2018 e às decisões do Superior Tribunal de Justiça. Parte-se da hipótese de que a retenção prevista no § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 possui natureza jurídica indenizatória, justificada pela necessidade de proteção do equilíbrio econômico-financeiro do empreendimento e da coletividade de adquirentes, sobretudo em incorporações submetidas ao regime do patrimônio de afetação, em que os valores pagos financiam diretamente a obra. A relevância da pesquisa justifica-se pelo elevado número de distratos no mercado imobiliário brasileiro e pelas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, buscando contribuir para a construção de maior segurança jurídica nas relações contratuais envolvendo incorporações imobiliárias, equilibrando os interesses do adquirente e do incorporador.

Palavras-chave: distrato imobiliário; retenção de valores; incorporação imobiliária; cláusula penal; patrimônio de afetação.

ABSTRACT

This research project aims to analyze the possibility of applying Article 413 of the Brazilian Civil Code to reduce the percentage of retention allowed under Article 67-A, § 5, of Law n°. 4.591/1964, in cases involving the termination of off-plan real estate purchase agreements due to the buyer's total breach of contract. The study addresses the legal nature of this statutory retention, commonly referred to by the legislator as a “conventional penalty”, but which, from a doctrinal and normative perspective, appears to have a compensatory rather than punitive character. In this sense, the research examines whether such retention may be classified as a contractual penalty clause — comparable, in functional terms, to liquidated damages under U.S. contract law — thus allowing judicial review and possible reduction in cases of excessiveness, or whether it constitutes a statutorily fixed compensatory mechanism, immune from judicial adjustment. The study adopts a qualitative, descriptive and explanatory approach, using the deductive method. The research methodology is based on bibliographic and documentary analysis, including legislation, legal scholarship and relevant court precedents, particularly those related to Brazilian Law n° 13.786/2018 (the so-called “Distrato Law”) and decisions issued by the Brazilian Superior Court of Justice. The central hypothesis is that the retention provided for in Article 67-A, § 5, has a compensatory legal nature, supported by the need to protect the economic and financial balance of real estate development projects and the collective interests of purchasers, especially in developments subject to the separated asset regime (*patrimônio de afetação*), which resembles, in certain aspects, a segregated estate or project-based asset segregation. The relevance of the study lies in the growing number of contract terminations in the Brazilian real estate market and in the doctrinal and jurisprudential controversies surrounding this matter, seeking to contribute to greater legal certainty in pre-construction real estate transactions by balancing the interests of buyers and developers.

Keywords: real estate contract termination; forfeiture of payments; real estate development; liquidated damages; segregated assets regime.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	16
2	A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA GERADA PELO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO DO ADQUIRENTE	18
2.1	ORIGENS E MOTIVAÇÕES DA LEI nº 13.786/2018	20
2.2	O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO DO ADQUIRENTE	25
2.3	A RETENÇÃO PREVISTA NO ART. 67-A DA LEI nº 4.591/1964	29
2.3.1	Delimitação dos valores abrangidos e excluídos do percentual de retenção....	31
2.3.2	A incorporação imobiliária sob o regime do patrimônio de afetação.....	34
2.3.3	Motivações para os percentuais com base na jurisprudência e com base no mercado.....	37
2.3.4	Desnecessidade de prova de prejuízos pela incorporadora	44
2.3.5	Demais consequências previstas para a resolução dos contratos de compra e venda	45
3	A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL CONTRATUAL COM BASE NO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL	47
3.1	A ORIGEM DO INSTITUTO JURÍDICO DA PENA CONVENCIONAL	48
3.2	NATUREZA JURÍDICA DA PENA CONVENCIONAL	51
3.3	CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMITEM A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL ...	54
3.4	APLICABILIDADE DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL	56
3.5	DEMAIS ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL	59
4	A (IN)APLICABILIDADE DA REDUÇÃO EQUITATIVA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL NA CLÁUSULA PENAL PREVISTA NO ART. 67-A, § 5º, DA LEI nº 4.591/64	61
4.1	DA INCIDÊNCIA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL SOBRE A PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DISCIPLINADAS PELA LEI nº 4.591/1964	62

4.1.1	O posicionamento doutrinário de quem defende a aplicabilidade do art. 413 do Código Civil para redução da pena convencional estabelecida pela Lei nº 4.591/1964	63
4.1.2	O entendimento jurisprudencial que permite a redução da pena convencional, por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil	65
4.2	DA NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL SOBRE A PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DISCIPLINADAS PELA LEI nº 4.591/1964.....	68
4.2.1	O posicionamento da doutrina para a não aplicação do art. 413 do Código Civil na pena convencional estabelecida pela Lei nº 4.591/1964	68
4.2.2	O entendimento jurisprudencial que desprivilegia a redução da pena convencional estabelecida, por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil	74
5	CONCLUSÃO	78
	REFERÊNCIAS.....	80

1 INTRODUÇÃO

A disciplina jurídica aplicável aos contratos de promessa de compra e venda de imóveis sob o regime da incorporação imobiliária sempre ocupou posição de destaque no cenário normativo brasileiro, sobretudo em razão da importância econômica e social da construção civil. Apesar disso, durante décadas, a Lei nº 4.591/1964, diploma responsável por regular condomínios edilícios e incorporações, permaneceu omissa quanto às consequências jurídicas do desfazimento desses contratos, situação que fomentou instabilidade e controvérsias envolvendo adquirentes e incorporadores. Nessa lacuna, consolidou-se o entendimento jurisprudencial de que tais contratos tinham natureza irrevogável, salvo hipóteses excepcionais, em observância da segurança jurídica dos envolvidos e da continuidade dos empreendimentos.

O cenário anterior sofreu profunda alteração com a promulgação da Lei nº 13.786/2018, originada do Projeto de Lei nº 1.220/2015, que introduziu parâmetros objetivos e critérios específicos para os casos de resolução contratual por inadimplemento do adquirente. Entre as inovações, destaca-se o art. 67-A, especialmente o § 5º, que autoriza, quando a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, a retenção de até 50% dos valores pagos pelo comprador desistente. A previsão legal, que busca assegurar a continuidade das obras e a proteção coletiva dos adquirentes, provocou intenso debate doutrinário e jurisprudencial, sobretudo quanto à natureza jurídica dessa retenção.

De fato, a principal controvérsia emerge da aparente incompatibilidade entre essa penalidade legal e o regime da cláusula penal previsto no Código Civil. Enquanto a cláusula penal possui natureza eminentemente contratual, sendo fruto de convenção entre as partes e exigível apenas após o descumprimento, a retenção prevista no § 5º do art. 67-A é imposta por Lei e opera de maneira antecipada, aproximando-se de um mecanismo de compensação pelos prejuízos suportados pela incorporadora. Diante disso, torna-se imprescindível averiguar se o art. 413 do Código Civil, que autoriza o magistrado a reduzir penalidades consideradas manifestamente excessivas, pode ser aplicado para mitigar o percentual de retenção fixado pelo legislador.

A relevância do tema intensifica-se quando se observa o funcionamento real do mercado imobiliário, no qual grande parte das incorporações, especialmente as promovidas por pequenos e médios empreendedores, depende diretamente do dinheiro dos adquirentes para o desenvolvimento e conclusão das obras. A rescisão unilateral e imotivada de um

contrato, tanto quanto a resolução ocasionada pelo adquirente, portanto, não acarretam apenas prejuízos individuais ao incorporador, mas compromete a estabilidade econômica de todo o empreendimento e, conseqüentemente, a segurança jurídica dos compradores que permanecem adimplentes.

Nesse contexto, este estudo busca examinar a natureza jurídica da retenção prevista no § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, bem como a possibilidade, ou impossibilidade, da sua redução judicial com fundamento no art. 413 do Código Civil. Para tanto, analisa-se o regime jurídico da incorporação imobiliária, o instituto do patrimônio de afetação, a evolução jurisprudencial sobre os limites de retenção antes e após a Lei do Distrato e as finalidades subjacentes à política legislativa adotada. Paralelamente, investigam-se decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça, inclusive julgados que reafirmam a validade dessa retenção legal com base na autonomia privada e na preservação dos empreendimentos.

Diante desse panorama, a pesquisa se justifica não apenas pela atualidade e pela multiplicidade de controvérsias envolvendo o tema, mas também pela necessidade de se delimitar, com mais precisão, a natureza e a função da retenção imposta ao adquirente desistente, a fim de verificar a compatibilidade, ou a incompatibilidade, de sua submissão ao controle judicial de proporcionalidade previsto no art. 413 do Código Civil. Com isso, pretende-se contribuir para o debate jurídico que contrapõe, de um lado, a tutela do consumidor e, de outro, a proteção coletiva dos adquirentes e a viabilidade econômica do empreendimento imobiliário, dois valores que o ordenamento busca harmonizar.

A pesquisa adota abordagem qualitativa, com método dedutivo, partindo da análise geral do regime jurídico da incorporação imobiliária e da natureza jurídica do art. 413 do Código Civil, para, então, examinar a controvérsia específica relativa ao § 5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964. Trata-se de pesquisa bibliográfica e documental, baseada em doutrina especializada, legislação correlata e jurisprudência recente dos Tribunais de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça. Para a consolidação das conclusões, realiza-se também uma análise comparativa entre decisões judiciais anteriores e posteriores à Lei do Distrato, a fim de identificar padrões argumentativos e a evolução do entendimento sobre a possibilidade de redução da retenção legal prevista.

2 A RESOLUÇÃO DO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE UNIDADES EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA GERADA PELO INADIMPLEMENTO ABSOLUTO DO ADQUIRENTE

Com o crescimento urbano da sociedade novos desafios surgiram, entre eles, a necessidade de estabelecer-se novos espaços voltados para a moradia e o aproveitamento racional do solo. Assim, as construções de unidades de imóveis, principalmente em plano vertical, surgem como meio de suprir a necessidade de otimizar os espaços urbanos.

Para Caio Mário da Silva Pereira (2011), a incorporação imobiliária consiste na atividade do incorporador que, promovendo e coordenando a construção de edifícios em condomínio, oferece frações ideais do terreno vinculadas às futuras unidades autônomas, mediante venda antecipada das unidades a serem edificadas. Trata-se, portanto, de uma atividade complexa que busca viabilizar a construção civil e a aquisição da moradia.

O fenômeno da incorporação imobiliária surge em terras brasileiras, mesmo que de maneira informal, no século XX, por meio do Decreto n. 5.481/1928, o qual dispunha sobre a alienação parcial dos edifícios de mais de cinco andares, dando outras providências (Borges, 2021).

Tornando-se obsoleta, a Lei de nº 5.481/1928 é então revogada, de modo que o “novo” dispositivo a tratar do assunto é a, até hoje vigente, Lei nº 4.591/1964, a qual dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.

Importante salientar que a incorporação imobiliária trata da construção de unidades autônomas a serem entregues, pelo incorporador ao adquirente, após estarem finalizadas, e que tais unidades podem se tratar de imóveis residenciais, bem como comerciais e mistos.

Neste sentido, segundo Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 25), a incorporação imobiliária é um “negócio jurídico que visa à construção de edificações, divididas em unidades autônomas, destinadas a qualquer fim lícito, seja habitacional, comercial, profissional ou recreativo”.

Diversos são os sujeitos envolvidos na realização de um empreendimento voltado para uma incorporação imobiliária. Inúmeras relações jurídicas são estabelecidas, entre os incorporadores e os diversos prestadores de serviços os quais ficarão responsáveis por construir e projetar o empreendimento no mercado imobiliário (entre eles engenheiros, arquitetos, topógrafos, geógrafos, corretores, advogados, cartorários entre outros).

Logo, diversos contratos são pactuados entre as partes envolvidas. Todavia, iremos nos atentar a análise dos contratos estabelecidos entre o incorporador e os adquirentes das unidades a serem construídas.

Neste sentido, segundo Brito (2002, p.178), o contrato de incorporação pode ser compreendido como:

“o negócio jurídico por meio do qual o incorporador, na forma da legislação específica, compromete-se com o comprador ou promissário-comprador de fração ideal de terreno vinculada à futura unidade autônoma a construir uma edificação e transferir para o nome dos respectivos adquirentes a propriedade de uma ou mais unidades autônomas, com a finalidade de instituir, na edificação, o regime da propriedade horizontal”

Quando tratamos dos contratos estabelecidos entre o incorporador e os adquirentes das unidades imobiliárias, nos deparamos, na grande maioria das vezes, com os chamados contratos de promessa de compra e venda, os quais são concebidos como irretratáveis.

Com o advento da Lei nº 13.786/2018 importantes alterações foram definidas nas Leis nº 4.591/1964 (Incorporação Imobiliária) e 6.766/1979 (Parcelamento do Solo Urbano). Entre elas, estão a possibilidade de extinção do contrato de promessa de compra e venda, e as respectivas consequências desse desfazimento, previstas nos artigos 43-A e 67-A do referido dispositivo legal (Gomide, 2019).

Importante salientar que, antes das modificações trazidas pela Lei nº 13.786/2018 os contratos de promessa de compra e venda de imóvel na planta eram irretratáveis, já que, o sucesso do andamento e da finalização de tais empreendimentos depende do cumprimento das obrigações estabelecidas aos adquirentes (Idem, p. 9).

A incorporação imobiliária pode ser compreendida como um negócio jurídico complexo, formado por vários personagens das mais diversas áreas, os quais objetivam construir edificações divididas em unidades autônomas, destinadas a qualquer fim, desde que lícito (Pereira, 2011).

Para submeter um empreendimento ao regime da incorporação imobiliária, diversos atos devem ser realizados, ou como alguns autores trazem, o roteiro da incorporação (Chalhub, 2019) deve ser estabelecido. Basicamente, são três as fases de uma incorporação imobiliária. De acordo com Borges (2021, p.440), o chamado ciclo faseado da incorporação imobiliária pode ser compreendido nas seguintes etapas: 1) *Fase preparatória ou de formação negocial*; 2) *Fase de coletivização da incorporação e construção da edificação* e 3) *Fase de conclusão e pós- conclusão da incorporação*.

Dentro de cada uma dessas fases existem atos que são praticados com o intuito de que o empreendimento seja devidamente planejado, executado e entregue aos respectivos adquirentes. Cumpre, neste momento, a explanação, mesmo que breve, de tais atos inseridos em cada uma das fases citadas, ante a necessidade de estabelecer um conhecimento amplo acerca do funcionamento, na prática, do instituto da incorporação imobiliária.

Primeiramente, ao tratarmos da “*Fase preparatória ou de formação negocial*”, como o próprio título indica, traz os atos iniciais e preparatórios que irão direcionar o estabelecimento do empreendimento. Dentro desta fase inicial encontramos atos como: identificação, contratação e regularizações necessárias do terreno, definição das estruturas financeira e jurídica do empreendimento e o registro da incorporação imobiliária no Registro de Imóveis (Borges, 2021).

Ao tratarmos da então segunda fase do ciclo faseado da incorporação imobiliária, denominada “*Fase de coletivização da incorporação e construção da edificação*” iremos lidar com atos voltados para a publicização e a comercialização das unidades autônomas, bem como da representação dos adquirentes e a construção do empreendimento.

E por fim, a terceira e última fase, denominada “*Fase de conclusão e pós- conclusão da incorporação*” trata dos atos finalizadores do empreendimento, quais sejam, conclusão da obra e entrega das unidades, averbação e individualização das unidades, responsabilidade do incorporador e construtor pela obra e o uso, manutenção e conservação da edificação (Borges, 2021).

2.1 ORIGENS E MOTIVAÇÕES DO ADVENTO DA LEI Nº 13.786/2018

Antes do advento da Lei nº13.786/2018 a resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na incorporação imobiliária era regida de forma mais geral pelo Código Civil (arts. 421, 422 e 475), pelo Código de Defesa do Consumidor (arts. 51 e 53).

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da súmula 543, firmou o entendimento de que (BRASIL, 2015):

[...]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. [...]

Logo, na hipótese de resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel regido pelo Código de Defesa do Consumidor, a restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador deve observar critérios que preservem o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva, assegurando-se a imediatidade da devolução como forma de evitar o enriquecimento sem causa do promitente vendedor. Quando a culpa pelo desfazimento contratual é exclusivamente atribuível ao vendedor ou construtor, impõe-se a restituição integral dos valores já pagos, inclusive eventuais quantias acessórias, por representar mero retorno ao *status quo ante*. Por outro lado, se a resolução decorre de iniciativa ou inadimplemento do comprador, admite-se a restituição parcial, com retenção de percentual razoável a título de compensação por despesas administrativas e perdas suportadas pelo vendedor, desde que compatível com os princípios da proporcionalidade e da vedação ao abuso de direito, conforme orientação consolidada na jurisprudência pátria e na própria lógica protetiva do direito do consumidor.

Assim, antes da promulgação da Lei nº13.786/2018, os contratos de promessa de compra e venda de imóvel, inseridos em um empreendimento no regime da incorporação imobiliária, quando extintos por culpa do comprador, possibilitavam que a incorporadora retivesse de 10 a 25% dos valores pagos, conforme entendimento do STJ (Brasil, 2017):

[...]Nas razões do recurso especial (e-STJ fls. 368/394), interposto com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da CF, a recorrente apontou, além de dissídio jurisprudencial, violação dos arts. 402, 403, 404, 412, 413, 416 e 475 do CC/2002 e 6º, V, 51, IV e 53 do CDC sustentando, em síntese, a insuficiência da retenção de 15% (quinze por cento) dos valores pagos pelo adquirente para recompor os prejuízos decorrentes da rescisão contratual, razão por que requereu a revisão de tal verba ao patamar de 25% (vinte e cinco por cento) . Foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fls. 449/467). No agravo (e-STJ fls. 474/479), afirma a presença de todos os requisitos de admissibilidade do especial. Contraminuta apresentada (e-STJ fls. 483/495). É o relatório Decido. No que tange à devolução dos valores pagos pelo promitente comprador, que deu causa à rescisão contratual, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado razoável que o percentual de retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas seja arbitrado entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento), conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados, notadamente com "as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador" (REsp n. 1.224.921/PR, Relator Ministra Nancy Andriahi, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/4/2011, DJe 11/5/2011). [...]

Assim, quando a resolução dos contratos ocorria por culpa do adquirente, por exemplo, seja por inadimplência ou por desistência, a jurisprudência do STJ autorizava a retenção de parte das parcelas pagas pelo vendedor, sendo que, o percentual admitido era o de

10% a 25% do valor pago. Sendo que, a base legal para a aplicação de tais parâmetros era basicamente o art. 51 do CDC e a Súmula 543 do STJ.

Quando a resolução ocorria por culpa da incorporadora, o adquirente recebia a devolução integral das parcelas pagas, devidamente corrigidas monetariamente. Ainda era assegurada a possibilidade de cumulação com indenização por perdas e danos e eventual cláusula penal poderia ser aplicada em desfavor da incorporadora.

Neste sentido, antes da Lei do Distrato ser instituída, as resoluções contratuais dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis inseridos no regime da incorporação imobiliária eram orientadas pelo Código Civil, Código de Defesa do Consumidor e pela jurisprudência, com destaque a prática da retenção moderada (Chalhub, 2019).

As disposições legais acerca do referido tema se mostravam lacunosas, de modo que, mostrava-se urgente o estabelecimento de um parâmetro legal que pudesse determinar com maior precisão e segurança as consequências legais do desfazimento do tal negócio jurídico. Fato é que, a necessidade de se estabelecer tais parâmetros representava uma das mais intensas e importantes discussões presentes no meio jurídico brasileiro nos últimos anos (Silva, 2020).

A necessidade do estabelecimento pormenorizado de tais consequências se fez ainda mais urgente diante da crise enfrentada pelo mercado imobiliário brasileiro, o qual enfrentava um aumento vertiginoso da quantidade de situações em que os compradores optaram pela resolução dos contratos de promessa de compra e venda antes mesmo de receberem os imóveis (Silva, 2020).

O cenário vivenciado pelo setor da construção civil durante os anos de 2014 a 2016 representou um momento alarmante em que os desfazimentos dos contratos de promessa de compra e venda foram realizados em uma quantidade assustadora. Tal período retratou um risco iminente capaz de comprometer o setor de financiamento e produção imobiliária como um todo (Mendes, 2022).

Neste sentido, segundo Mendes (2022, p. 53):

Os dados estatísticos relacionados às extinções contratuais daquele período permitem observar alguns contornos da crise enfrentada pelo mercado imobiliário. Em 2015, levantamentos indicavam que “a cada 100 (cem) contratos assinados para venda de unidades futuras, ao menos 41 (quarenta e um) foram extintos precocemente”¹⁷⁶, com o registro de meses em que as vendas chegaram a ser negativas (quando o número de desfazimentos supera a quantidade de vendas). Em 2016 a situação não foi diferente, na medida em que “mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais

no período”. O impacto econômico-financeiro de tais extinções contratuais para a indústria foi evidente e implicou drástica redução do setor. Os altos índices somente não se mantiveram crescentes em razão da redução de novos lançamentos.

Conforme exposto, a necessidade da criação de uma lei que pudesse padronizar e trazer parâmetros objetivos em relação ao distrato e a resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na incorporação imobiliária se fez presente por anos na realidade jurídica brasileira.

Tanto é que, as consequências de tal lacuna eram claras diante do número elevado de judicialização de tais situações já que cada caso era decidido individualmente, e ainda, diante da crise econômica que abalou o mercado imobiliário, entre os anos de 2014 e 2016, a qual aumentou drasticamente o número de distratos de contratos inseridos nessa relação jurídica (Silva, 2020).

Foi diante deste cenário nebuloso que, no dia 06 de junho de 2018 o plenário da Câmara dos Deputados aprovou o Projeto de Lei 1.220/2015, o qual tratava da desistência dos contratos de incorporação imobiliária, por parte da incorporadora, com retenção prevista de 10% dos valores pagos pelo adquirente (Viegas; Pamplona, 2019).

Depois de várias alterações o então Projeto de Lei recebeu outra nomeação, Projeto de Lei 68/2018, o qual foi aprovado com emendas e então remetido à Casa de origem. Após o Senado Federal ter dado parecer favorável às emendas sugeridas foi então promulgada a Lei nº13.786/2018, a qual ficou conhecida como Lei do Distrato ou Lei do Inadimplemento no mercado imobiliário (Viegas; Pamplona, 2019).

Conforme mencionado anteriormente, os contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta são considerados irretratáveis, tendo em vista a manutenção da segurança jurídica do empreendimento, e também como um meio de proteção ao adquirente.

Conforme prevê a Lei nº4591/1964 (a qual rege todo o sistema legal da incorporação imobiliária e dos condomínios em edificações), art. 32, § 2º:

§ 2º Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra. (Brasil, Lei nº 4591, de 16 de dezembro de 1964).

Assim, para além de assegurar que o empreendimento possa ser executado, tendo em vista que na maioria dos casos a construção depende financeiramente da venda de várias

unidades, a irretratabilidade prevista no artigo acima mencionado vincula comprador e vendedor, garantindo ao adquirente o direito de exigir a outorga da escritura definitiva (Chalhub, 2019).

Logo, o instituto da irretratabilidade contratual inserido no contexto da incorporação imobiliária tem também por objetivo assegurar ao promitente comprador o direito aquisitivo real sobre o imóvel, mesmo antes da conclusão da obra, evitando que a unidade fosse revendida a terceiros (Chalhub, 2019).

É importante atentarmos à previsão legal estabelecida nos arts. 1.417 e 1.418 do Código Civil:

Art. 1.417. Mediante promessa de compra e venda, em que se não pactuou arrependimento, celebrada por instrumento público ou particular, e registrada no Cartório de Registro de Imóveis, adquire o promitente comprador direito real à aquisição do imóvel.

Art. 1.418. O promitente comprador, titular de direito real, pode exigir do promitente vendedor, ou de terceiros, a quem os direitos deste forem cedidos, a outorga da escritura definitiva de compra e venda, conforme o disposto no instrumento preliminar; e, se houver recusa, requerer ao juiz a adjudicação do imóvel.

A irretratabilidade existe, então, para dar estabilidade para a coletividade dos adquirentes, conferindo segurança ao adquirente de que o negócio não será desfeito unilateralmente, protegendo assim, o direito real à aquisição do imóvel desde o registro do contrato (Chalhub, 2019).

A Lei nº 13.786/2018 não revogou este princípio matriz, todavia trouxe especificamente as consequências das extinções contratuais nesse âmbito, necessidade esta citada anteriormente, as quais serão apresentadas a seguir.

De acordo com Gomide (2019, p.1):

Não obstante a lei trazer diversas alterações à Lei de Incorporações Imobiliárias (4.591/1964), dentre elas, (i) obrigatoriedade de o contrato conter quadro-resumo; (ii) permissão (agora legal) do que se intitula “cláusula de tolerância”, ou seja, autorização de prorrogação do prazo de entrega do imóvel por até 180 dias corridos da data estipulada no contrato, o presente artigo pretende tratar tão somente dos aspectos relativos à extinção do contrato de promessa de compra e venda sob a égide da Lei de Incorporação Imobiliária (artigos 43-A e 67-A).

Assim, por mais que a referida lei seja conhecida como “lei do distrato”, e que, de fato, o dispositivo trate desta temática, existem outros aspectos trazidos de suma importância, como é o caso da obrigatoriedade do quadro-resumo, o qual traz tópicos obrigatórios a serem

abordados nos contratos inseridos nessa relação jurídica.

O art. 35-A, da referida lei, prescreve que, obrigatoriamente deverão ser pormenorizados os chamados elementos essenciais do contrato de promessa de compra e venda, quais sejam: o preço e a coisa. Além desse aspecto básico, o artigo traz como elementos obrigatórios mais nove incisos que tratam das possíveis consequências da extinção do contrato, bem como as condições do direito do adquirente ao arrependimento e possíveis consequências do atraso, pela incorporadora, da obtenção do habite-se¹ (Mendes, 2022).

Diante do exposto, nota-se que as definições trazidas pela Lei nº13.786/2018, em relação às consequências das extinções dos contratos inseridos no regime da incorporação imobiliária foram, de fato, de extrema relevância.

2.2 O INADIMPLEMENTO ABSOLUTO DO ADQUIRENTE

As formas contratuais mais utilizadas para a comercialização das unidades imobiliárias são: o contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma na forma de coisa futura e o contrato de promessa de compra e venda de fração ideal de terreno vinculada a unidade autônoma (Borges, 2021). Segundo Vitale (2021, p. 185) os contratos de promessa de compra e venda funcionam, da seguinte maneira:

Na prática, o compromisso de compra e venda, frequentemente utilizado, quando pactuado sob a condição de pagamento do preço em prestações sucessivas pelo comprador e sob condições suspensivas e/ou resolutivas inseridas expressamente no compromisso, tornar-se-á definitivo na hipótese de quitação do preço ou se ultrapassadas as condições suspensivas e resolutivas e mediante assinatura do respectivo título translativo de direito, devidamente registrado no competente Registro de Imóveis.

Nos contratos de promessa de compra e venda inseridos no contexto da incorporação imobiliária temos a conjugação das declarações dos interesses do adquirente e do incorporador, de modo que o objeto contratual é a unidade a ser entregue ao comprador, em prazo futuro.

Nessa linha, Venosa (2016, p. 177) nos traz que, no regime das incorporações, a compra e venda antecipa efeitos obrigacionais, de modo que “o adquirente assume a posição de financiador indireto do empreendimento, enquanto o incorporador se compromete a entregar a unidade prometida, sob pena de responsabilidade civil e até criminal”.

¹ O “habite-se” é o ato administrativo expedido pela Prefeitura que certifica a conclusão da obra e autoriza sua ocupação.

Importante fazer um adendo que, embora a previsão trazida pela Lei nº 4591/1964 seja clara em relação à irretratabilidade dos contratos inseridos no contexto da compra e venda de unidades na incorporação imobiliária, os tribunais interpretavam a redação do art. 32, § 2º, da Lei nº 4.591/1964 de maneira extensiva, possibilitando a rescisão unilateral do negócio jurídico (Gomide, 2019).

Como exemplo de tal postura tomada pelos tribunais temos a Súmula nº 1, do Tribunal de Justiça de São Paulo, a qual prevê que:

“Súmula 1. O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem.”

A extinção da relação contratual estabelecida entre o adquirente e o incorporador pode se dar de alguns modos diferentes, de modo que, a execução voluntária do contrato ocasiona a dissolução normal da obrigação avençada. Todavia, quando manifestada a vontade de uma das partes para que o contrato seja extinto estamos diante de uma rescisão (Chalhub, 2019).

Nesse sentido, segundo Oliveira e Silva (2018, p. 4):

Rescisão é o desfazimento do contrato apenas por vontade das partes. Se for de ambas, tem-se uma rescisão bilateral, também batizada de distrato. Se for apenas de uma das partes, há uma rescisão unilateral, também chamada de denúncia. Resolução é o desfazimento do contrato por justo motivo diverso da mera vontade de uma das partes. Esse justo motivo tem de ter suporte legal, como o desequilíbrio econômico-financeiro por fato superveniente nas condições legais (arts. 317 e 478 do CC e art. 6 do CDC), o implemento de uma condição resolutiva expressa (art. 474, CC) ou o próprio inadimplemento (que é uma condição resolutiva tácita a atrair os arts. 474 e 475 do CC).

Dentro da lógica contratual estabelecida nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis inseridos no contexto de uma incorporação imobiliária existe a diferença entre as extinções contratuais realizadas antes de iniciada a execução do contrato e as extinções contratuais realizadas na fase de execução do contrato (Chalhub, 2019).

As extinções contratuais realizadas antes de iniciada a execução do contrato são: a rescisão unilateral pelo incorporador e o direito de arrependimento do promitente comprador. Em relação à primeira possibilidade, o incorporador tem a faculdade de desistir da incorporação por manifestação unilateral de vontade, por meio de denúncia a qual deve ser exteriorizada em até cento e oitenta dias, computados a partir da data do registro do memorial de incorporação, conforme disposto no art. 34 da Lei nº 4591/1964 (Chalhub, 2019). Logo, caso o incorporador opte por desistir unilateralmente da incorporação ele deve transcrever

esta vontade por escrito, por meio de uma denúncia formal, de modo que, deve enviar a referida denúncia ao Oficial do Registro de Imóveis e aos adquirentes, dentro do prazo indicado. A formalização da denúncia dispensa a obrigação do incorporador de realizar a incorporação, todavia imputa a ele o dever de restituir todos os adquirentes daquilo que estes já pagaram, ademais, garante aos adquirentes a possibilidade de cobrar essas quantias já pagas por meio de ação de execução. Neste aspecto, caso o adquirente tenha de ajuizar a referida ação de execução, caberá ao incorporador pagar o valor principal reajustado, complementado de juros de 6% ao ano (Chalhub, 2019).

Em relação à segunda possibilidade, relacionada ao direito de arrependimento do promitente comprador antes de iniciada a execução da obra temos que, o promitente comprador tem o direito de arrepender-se da compra, no prazo improrrogável de sete dias, caso tenha firmado o contrato em estande de venda ou fora da sede do incorporador, conforme prevê o §10 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 (Chalhub, 2019).

Já quando as extinções contratuais se dão na fase de execução do contrato temos as seguintes possibilidades: execução voluntária e regular do contrato, resilição bilateral (distrato), resolução por inadimplemento obrigacional do incorporador e resolução por inadimplemento do adquirente.

Segundo Gomes (1997) a resolução é o meio de dissolução de um contrato por inexecução obrigacional de um dos contratantes, e tal premissa encontra-se prevista no Código Civil, art. 475:

Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Ao tratarmos dos casos de inadimplemento obrigacional do adquirente nos deparamos com a possibilidade tanto do inadimplemento relativo quanto do inadimplemento absoluto. O inadimplemento relativo (mora) se dá quando a prestação não foi adimplida, mas, ainda há a possibilidade de que seja cumprida, mesmo que tardiamente. Já o inadimplemento absoluto se dá quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá ser cumprida no futuro (Alvim, 1949), ou quando não é mais útil para o credor. Nesse sentido, segundo Júnior (2011, p. 230):

Em caso de inadimplemento (grave) do devedor, a resolução do contrato não é a única nem a primeira alternativa que se abre ao credor. Como o cumprimento é o destino natural das obrigações, cabe ao credor exigir do devedor o cumprimento do contrato, com perdas e danos. Entretanto, pode ele, credor - a bem de seus interesses,

- optar pela resolução do contrato, voltando-se ao status quo ante, com efeitos ex tunc, além de perdas e danos.

O inadimplemento do adquirente, previsto no art. 67-A da Lei 4591/1964, é o inadimplemento absoluto, o qual resumidamente, causa a perda da utilidade da obrigação em razão do descumprimento, cabendo indenização a título de perdas e danos (Oliveira; Silva, 2018).

O artigo da lei nos trás, *ipsis litris*, que:

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente, este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas deduzidas, cumulativamente:

Logo, nos casos de inadimplemento absoluto do adquirente, o incorporador pode resolver o contrato estabelecido, restituindo ao comprador as parcelas já pagas, atualizadas e corrigidas monetariamente, contudo com as deduções a seguir estabelecidas:

I - a integralidade da comissão de corretagem;

II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga.

§ 1º Para exigir a pena convencional, não é necessário que o incorporador alegue prejuízo.

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores:

I - quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel;
II - cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores;

III - valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die;

IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

Nota-se que, o dispositivo mencionado estabelece exatamente as indenizações previstas para o instituto da resolução contratual ocasionada por causa superveniente do adquirente, tendo em vista os descontos efetuados pela incorporadora nos valores a serem devolvidos ao adquirente em caso de inadimplemento (Mendes, 2022).

O caráter absoluto do inadimplemento do adquirente se dá somente após a indagação do comprador em relação ao inadimplemento, decorridos quinze dias sem que a inadimplência seja sanada (purgação da mora) (Mendes, 2022).

2.3 A RETENÇÃO PREVISTA NO ART. 67-A DA LEI Nº 4.591/1964

A importância e o crescimento do setor imobiliário, mais especificamente da incorporação imobiliária, no cenário brasileiro é algo perceptível. A quantidade de unidades imobiliárias sendo construídas hoje no Brasil é surpreendente, sendo que, de acordo com o Indicador da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (ABRAINC/2025), apenas no mês de abril de 2025 10.204 unidades foram lançadas no território nacional.

O referido mercado é de fato grandioso, gerando bilhões em valores de incorporações, bem como obras e serviços da construção. Contudo, as projeções são surpreendentes também em relação à quantidade de distratos realizados, o que representa, apenas no mês de abril de 2025 o número alarmante de 2.098 (ABRAINC/2025) extinção de contratos de promessa de compra e venda de imóvel na planta.

Já havia na Lei nº 4.591/1964 a previsão da extinção do contrato, por parte da incorporadora, diante da inadimplência do adquirente. Todavia, as consequências ocasionadas por essa extinção contratual não eram claras e delimitadas o suficiente pelo referido dispositivo legal, já que aspectos importantes (como o percentual de retenção, o prazo para devolução das parcelas pagas e o tratamento específico dos empreendimentos em patrimônio de afetação) inseridos nessa dissolução contratual, não eram devidamente abordados (CBIC, 2019a). Segundo Gomide (2021, p. 249):

Contudo, a partir de 2014, com o agravamento da crise no setor, os pedidos de extinção contratual dispararam, sem que os incorporadores encontrassem novos interessados em readquirir o bem. A jurisprudência permissiva para a extinção do vínculo contratual passou a trazer maiores prejuízos financeiros às incorporadoras e comprometer o fluxo de caixa dos empreendimentos. Como se pode imaginar, a possibilidade de o adquirente, após alguns meses da aquisição, simplesmente desistir (havendo ou não justificável motivação) do contrato enquanto a obra encontra-se em andamento, eleva sobremaneira o risco contratual do incorporador.

Antes da promulgação da Lei dos Distratos (Lei nº 13.786), no ano de 2018, as consequências da extinção dos contratos causados pelo inadimplemento do adquirente não eram devidamente abordadas pelo dispositivo legal pertinente. De modo que, os tribunais ficaram incumbidos de solver tal problemática, o que propiciou um terreno de incertezas e insegurança jurídica (CBIC, 2019a).

Foi nesse sentido que a promulgação da Lei dos Distratos (Lei nº 13.786) foi essencial, ao trazer especificamente as consequências da resolução dos contratos de compra e

venda motivados pelo inadimplemento absoluto do adquirente, segundo Mendes (2022, p. 69):

Estabeleceu-se, assim, regras mais bem delimitadas para a fase de liquidação de créditos entre as partes. Sob tais circunstâncias (distrato ou resolução por inadimplemento do adquirente) a promessa de compra e venda restará desfeita e os valores pagos serão parcialmente restituídos, na medida em que sofrerão as deduções previstas no artigo, especificamente: os custos de comissão de corretagem, os valores correspondentes ao período de disponibilidade da unidade imobiliária e a pena convencional estabelecida.

Curioso é o fato de a Lei ter sido comumente conhecida como “Lei dos Distratos”, uma vez que o dispositivo legal não trata unicamente das hipóteses de distrato dos contratos. A referida lei trata, também, da dissolução dos contratos motivados pela culpa das partes (seja adquirente, seja incorporadora), como é o caso das resoluções por inadimplemento (Oliveira; Silva, 2018).

Foi assim que o art. 67-A se tornou o ator principal das inúmeras discussões e polêmicas trazidas em relação às novidades inseridas pela Lei nº 13.786/2018, já que é neste artigo que se encontram delimitadas as consequências do desfazimento dos contratos de compra e venda, motivados pelo inadimplemento absoluto do adquirente.

Conforme já abordado, antes do advento do art. 67-A, inserido na Lei nº 4.591/1964, os tribunais aplicavam a Súmula 543 do STJ nos casos de resolução dos contratos de promessa de compra e venda, diante do inadimplemento do adquirente. Logo, nesses casos, os valores pagos até então, pelo adquirente inadimplente, eram restituídos a ele, tendo o incorporador o direito a reter parte desses valores, os percentuais dessa retenção variavam entre 10% e 25% (Borges, 2021).

O art. 67-A na Lei nº 4.591/1964 impõe que, diante da resolução dos contratos de promessa de compra e venda, decorrentes do inadimplemento absoluto do adquirente, os valores até então pagos serão devolvidos ao promitente comprador, de modo que, tal valor será atualizado com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel (Borges, 2021). Do valor acima referido serão realizadas deduções, também previstas e devidamente delimitadas no art. 67-A, quais sejam: (i) a integralidade da comissão de corretagem; (ii) a pena convencional, que não poderá exceder a 25% da quantia paga e nos casos de incorporação com patrimônio de afetação até 50% — isso sem que o incorporador precise comprovar os prejuízos sofridos. E ainda, no caso de a resolução ocorrer quando o adquirente já estiver na posse do imóvel, também serão descontadas: (iii) quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel; (iv)

despesas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores; (v) valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, pro rata die; (vi) demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato. O dispositivo ainda prevê que, o valor total de tais débitos serão abatidos do valor total até então pago pelo adquirente inadimplente, de modo que, esse valor a ser descontado não poderá ser superior ao valor a ser devolvido ao adquirente, exceto em relação à valores relacionados à utilização irregular da unidade (parágrafos 3º e 4º).

Assim, resumidamente, o art. 67-A traz as devidas regulações relacionadas às consequências do desfazimento do contrato estabelecido, diante do inadimplemento da obrigação imputável ao adquirente. De modo que, os valores até então pagos pelo promitente comprador deverão ser restituídos, após devidamente deduzidos: os custos de comissão de corretagem, os valores correspondentes ao período de disponibilidade da unidade imobiliária e a pena convencional estabelecida (Mendes, 2022).

2.3.1 Delimitação dos valores abrangidos e excluídos do percentual de retenção

Com a adesão do art. 67-A na Lei nº 4.591/1964 foi possível abordar as consequências do desfazimento dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na incorporação imobiliária, mormente nos casos em que o adquirente se torna inadimplente. Tal novidade legal se mostrou salutar tendo em vista a lacuna existente em relação ao referido tópico.

Conforme abordado anteriormente, diante da resolução da promessa de venda por inadimplemento da obrigação do adquirente, haverá, consoante o conteúdo expresso pelo dispositivo legal, a restituição dos valores pagos pelo promitente comprador, ora inadimplente, após feitas algumas deduções, das quais iremos tratar adiante.

Primeiramente, entre as deduções a serem realizadas, temos os custos da comissão de corretagem imobiliária (art. 67-A, inciso I). De maneira resumida, o contrato de corretagem equivale à “mediação do corretor para comercialização das unidades imobiliárias integrantes da incorporação” (Chalhub, 2019). De acordo com o art. 722 e seguintes do Código Civil, o contrato de corretagem pode ser compreendido como uma relação negocial em que uma pessoa se obriga a obter para outra um ou mais negócios “em virtude de mandato, prestação de serviços ou por qualquer relação de dependência” (Chalhub, 2019).

Em regra, o responsável pelo pagamento da comissão de corretagem é aquele que contrata o corretor (art. 725 do Código Civil). Todavia, nas promessas de compra e venda de

unidades inseridas no contexto da incorporação imobiliária é admissível que o consumidor (ora promitente comprador) arque com a referida responsabilidade, desde que haja informação prévia, clara e destacada no contrato e nos documentos da venda.

É o entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Tema 938 (REsp 1.599.511/SP, repetitivo)².

Contudo, tendo sido concluído o negócio objetivado pelo contrato de corretagem, mesmo diante do surgimento de eventuais causas motivadoras de dissolução contratual posteriores, o direito de remuneração do corretor é incólume (Assis, 2021).

Segundo Assis (2021, p. 247):

Embora a dissolução do vínculo implique a restituição dos parceiros ao estado anterior, o retorno ao estado prístino não afeta a remuneração do corretor, devendo esse valor ser ressarcido, se for esse o caso, pelo inadimplente à parte inocente.

Cita ainda o autor que:

Firma-se, portanto, o princípio: o corretor alcançou seu objetivo, formando negócio principal válido, e as vicissitudes ulteriores desse vínculo - por exemplo, o inadimplemento do adquirente da unidade autônoma -, inclusive a dissolução, não implicam a restituição da comissão (Assis, 2021, p. 248).

Dito isso, diante da resolução da promessa de compra, causada pelo inadimplemento do adquirente, será deduzido do valor a lhe ser restituído, os custos de comissão de corretagem inerentes ao negócio jurídico estabelecido.

Neste sentido, Gomide (2019, p.10) assevera que:

É acertada a decisão de perda integral da comissão de corretagem paga pelo adquirente em caso de resolução por culpa exclusivamente sua (art. 67-A, inciso I). Se o corretor cumpriu a sua obrigação (intermediação imobiliária) e recebeu a comissão devida, ela não pode ser devolvida em caso de descumprimento de obrigação pelo adquirente. Também não faria sentido que o incorporador tivesse prejuízo em razão do descumprimento do adquirente. A jurisprudência, diga-se, já trilhava esse caminho.

Temos ainda que, nos casos em que o adquirente já esteja na posse do imóvel e o contrato venha a ser dissolvido, serão deduzidos dos valores pagos pelo promitente comprador inadimplente, os valores correspondentes ao período de disponibilidade da unidade imobiliária. Assim, tendo em vista que o promitente comprador tomou posse da unidade,

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). *Recurso Especial n. 1.599.511/SP*. Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. 2ª Seção. Julgado em 24 ago. 2016. DJe 06 set. 2016. Tema 938: “É válida a cláusula contratual que transfere ao promitente comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.”

usufruindo do bem por determinado tempo, cabe ao incorporador reter valores relacionados ao uso do imóvel pelo tempo em que a unidade ficou à disposição do comprador.

É o que nos traz o § 2º do art. 67-A, da Lei nº 4.591/1964:

Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de distrato, sem prejuízo do disposto no caput e no § 1º deste artigo, pelos seguintes valores: (Brasil, 1964).

Logo, tendo em vista que o adquirente usufruiu do bem, mesmo que não residiu no imóvel, mas teve a disponibilidade jurídica ou fática de usá-lo, este terá de arcar com os custos relacionados ao período que desfrutou do bem. Assim, o § 4º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 dispõe sobre as retenções relativas ao bem, após a sua disponibilização ao adquirente, que são: os impostos reais incidentes sobre o imóvel; as cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores, e demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato (Brasil, 1964).

Cabe, ainda, ao adquirente inadimplente, ante a resolução do contrato de promessa de compra e venda estabelecido com a incorporadora, em relação à fruição do imóvel, o pagamento ao equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die* (proporcional ao dia). É o que prevê o inciso III do § 4º da Lei nº 4.591/1964 (Brasil, 1964).

Por fim, a título de caráter indenizatório, diante dos danos auferidos pelo promitente vendedor pela dissolução do contrato, há a previsão (já comentada anteriormente) da incidência de cláusula penal, a qual incide sobre o valor pago pelo adquirente, ou sobre o valor do contrato (Chalhub, 2019). É nesse sentido que o inciso II do art. 67-A insere a retenção prevista para o percentual estipulado por meio de pena convencional (cláusula penal) como meio de indenizar o incorporador diante da resolução contratual realizada.

Assim, nos contratos de promessa de venda de imóveis, inseridos no contexto de uma incorporação imobiliária a qual não se encontra regida pelo regime do patrimônio de afetação o dispositivo legal limita a cláusula penal a 25% da quantia paga pelo adquirente, de modo que, após feitas as devidas deduções, a restituição ao promitente comprador deve ser realizada, nesses casos, em até 180 dias após realizada a resolução contratual, ou 30 dias após ocorrida a revenda da unidade (Chalhub, 2019).

Contudo, caso o empreendimento esteja submetido ao patrimônio de afetação, o dispositivo legal limita a cláusula penal a 50% das quantias pagas, de modo que, a restituição

ao promitente adquirente, após realizadas todas as devidas deduções, deve ser feita em até 30 dias após o habite-se ou 30 dias após a revenda da unidade (Chalhub, 2019).

2.3.2 A incorporação imobiliária sob o regime do patrimônio de afetação

Ao tratarmos do percentual trazido pelo §5 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 é de suma importância que o tema do patrimônio de afetação seja analisado, tendo em vista que a pena convencional pode alcançar o percentual de até 50% do valor adimplido nos casos em que o empreendimento se encontra sob o regime de afetação. A conceituação do instituto do patrimônio de afetação é, de certa forma, simples, já que, resumidamente, este mecanismo tem por objetivo proporcionar segurança e garantia da continuidade e finalização da obra, de modo que, as receitas que vão ser direcionadas à construção do empreendimento não se misturam com o restante do patrimônio da incorporadora (Chalhub, 2019).

O instituto foi aplicado no contexto da incorporação imobiliária, uma vez que, o conteúdo disposto nos arts. 391³ do Código Civil e 789⁴ do Código de Processo Civil trata da responsabilidade integral dos bens do devedor pelas suas obrigações inadimplidas, de forma que, tal disposição terminou por desproteger os promitentes compradores nesta relação (Filho, 2023). A insegurança citada advém do fato de que, o acervo patrimonial que envolve o empreendimento de uma incorporação imobiliária abrange uma quantidade extensa de bens, como por exemplo o terreno, os maquinários, os materiais de construção, bem como as receitas oriundas da alienação das unidades. Assim, o instituto do patrimônio de afetação, com o intuito de proteger os promitentes adquirentes, realiza o destacamento do conjunto total de bens do incorporador, uma parcela a qual vai ser destinada a um certo grupo de credores. É neste sentido que, o patrimônio vinculado ao empreendimento de incorporação imobiliária fica protegido, não podendo ser atingido por dívidas não relacionadas ao negócio (Filho, 2023).

Instituído pela Lei nº 10.931/2004 o instituto possibilita que, segundo Pires:

Os adquirentes tenham prioridade no ressarcimento em caso de falência do incorporador. O regime de afetação também proporciona maior transparência financeira, uma vez que os recursos vinculados ao empreendimento não podem ser utilizados para outros fins. (2025, sem paginação).

³“Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.” BRASIL. Lei nº 10.406/2002 (Código Civil).

⁴“Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.” BRASIL, Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil).

O instituto da incorporação imobiliária, por possuir características muito próprias, atrai, quase que automaticamente, a ideia de afetação do patrimônio que lhe pertence. O empreendimento, por possuir uma singularidade única, ante a necessidade de manter seus próprios fundos financeiros com o objetivo de executar e finalizar a construção do imóvel, naturalmente se encaixa no conceito de patrimônio afetado, já que o impacto no orçamento segregado atinge uma coletividade de adquirentes. É neste sentido que o patrimônio de afetação, inserido no contexto da incorporação imobiliária, corrobora na segurança dos promitentes compradores, já que, as unidades adquiridas não são afetadas por qualquer insolvência pertencente ao incorporador (Chalhub, 2019).

A instituição legal do patrimônio de afetação na Lei nº 4.591/1964 se deu por meio da promulgação da Lei nº 10.931/2004, a qual revogou a MP nº 2.221/2001, diante de sua incapacidade de salvaguardar o sistema de proteção dos adquirentes⁵. Foi assim que o art. 31-A e seguintes foram inseridos na Lei nº 4.591/1964, estabelecendo as especificidades e parâmetros legais sobre o regime da afetação no contexto da incorporação imobiliária (Chalhub, 2019).

Outro aspecto importante relacionado ao estabelecimento legal do patrimônio de afetação (e suas consequências) na Lei nº 4.591/1964, se deve ao fato de que, no ano de 1999 ocorreu o caso emblemático da falência da construtora Encol, a qual, diante de sua falência, deixou cerca de 42 mil adquirentes sem receber seus imóveis. Os prejuízos ocasionados pela falência da incorporadora alcançaram o contexto financeiro, mas também social e econômico do setor e dos envolvidos, de modo que esta situação, a qual gerou grande repercussão, levou o Congresso Nacional a elaborar a Lei nº 10.931/2004 (Eyng; Peixoto, 2016).

Foi neste sentido que, diante da falência ou recuperação judicial do incorporador, o art. 31-F, §1º da Lei nº 4.591/1964 (inserido pela Lei nº 10.931/2004) estabelece que:

§ 1º Nos sessenta dias que se seguirem à decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador, o condomínio dos adquirentes, por convocação da sua Comissão de Representantes ou, na sua falta, de um sexto dos titulares de frações ideais, ou, ainda, por determinação do juiz prolator da decisão, realizará assembléia geral, na qual, por maioria simples, ratificará o mandato da Comissão de Representantes ou elegerá novos membros, e, em primeira convocação, por dois terços dos votos dos adquirentes ou, em segunda convocação, pela maioria absoluta desses votos, instituirá o condomínio da construção, por instrumento público ou particular, e deliberará sobre os termos da continuação da obra ou da liquidação do patrimônio de afetação (art. 43, inciso III); havendo financiamento para construção, a convocação poderá ser feita pela instituição financiadora.

⁵Segundo Chalhub (2019) a MP nº 2.221/2001 ao invés de delimitar os riscos dos adquirentes os tornava ilimitados, beneficiava credores estranhos à obra e aumentava a desigualdade estabelecida nos contratos entre adquirentes e incorporador.

Assim, diante da decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, a Comissão de Representantes, por maioria absoluta, irão deliberar pela continuação da obra ou pela liquidação do patrimônio afetado, em até 60 dias a contar da data de realização da respectiva assembléia. Assim, por meio de leilão público, ocorrerá a alienação das frações ideais e respectivas acessões, as quais, até a data da decretação da falência ou insolvência civil não tiverem sido alienadas pelo incorporador, conforme estabelece o §15 do art. 31-F da Lei nº 4.591/1964 (Borges, 2021). Ainda, de acordo com o § 18, cabe à Comissão de Representantes instituída, nos cinco dias após o recebimento dos valores relacionados à alienação das unidades:

I - pagar as obrigações trabalhistas, previdenciárias e tributárias, vinculadas ao respectivo patrimônio de afetação, observada a ordem de preferência prevista na legislação, em especial o disposto no art. 186 do Código Tributário Nacional;

II - reembolsar aos adquirentes as quantias que tenham adiantado, com recursos próprios, para pagamento das obrigações referidas no inciso I;

III - reembolsar à instituição financiadora a quantia que esta tiver entregue para a construção, salvo se outra forma for convencionada entre as partes interessadas;

IV - entregar ao condomínio o valor que este tiver desembolsado para construção das acessões de responsabilidade do incorporador (§ 6º do art. 35 e § 5º do art. 31-A), na proporção do valor obtido na venda;

V - entregar ao proprietário do terreno, nas hipóteses em que este seja pessoa distinta da pessoa do incorporador, o valor apurado na venda, em proporção ao valor atribuído à fração ideal; e

VI - entregar à massa falida o saldo que porventura remanescer.

Por meio desta lógica instaurada a segurança dos adquirentes e demais credores é assegurada, já que, por meio da instauração da Comissão de Representantes (designada desde a afetação) as tomadas de decisão, após a decretação da falência ou insolvência civil do incorporador, são de responsabilidade da respectiva Comissão. O patrimônio destacado, assim, torna-se imune às dívidas não vinculadas ao empreendimento, neste sentido, segundo Rizzardo apud Filho (2023, p.8):

os bens que integram o conjunto da afetação têm, no seu tratamento, como que quase uma personalidade própria, formando um mundo destacado, com um tratamento próprio, uma contabilidade individual e diferente daquela da empresa incorporadora, que perdura enquanto destinado ao cumprimento da função de garantia e segurança que a lei incumbiu.

É importante, ainda, destacar algumas características inerentes ao regime do patrimônio de afetação no contexto da Lei nº 4.591/1964, já que, o incorporador pode optar por ter seu empreendimento afetado ou não, assim, conforme previsto pelo art. 31-A, a submissão da incorporação ao regime da afetação é uma faculdade do incorporador. Outro aspecto importante é que a afetação do patrimônio, já que tem como objeto direito real imobiliário, deve ser averbada devidamente no Registro de Imóveis, garantindo, assim, efeito perante terceiros. Cumpre também citar que o patrimônio afetado não representa uma parcela completamente desvinculada do patrimônio geral do incorporador, já que permanece pertencendo a ele, o que ocorre é que a parcela afetada tem por objetivo cumprir função definida, é neste aspecto que tratamos a autonomia instaurada como funcional e não plena (Chalhub, 2019).

Assim, tendo em vista que o regime do patrimônio de afetação segrega um caixa com valores vinculados a um fim determinado e específico é que a pena convencional estabelecida pelo §5 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 pode alcançar o limite de até 50% dos valores pagos, diante da desistência ou do inadimplemento absoluto do adquirente. A lógica instaurada neste percentual encontra-se estabelecida no argumento de que os valores restituídos e retidos impactam diretamente o empreendimento afetado, o qual precisa se manter autossustentável. Neste sentido:

Se, por um lado, a afetação protege a incorporação de eventuais intempéries vividas pela incorporadora, por outro, esse instituto fragiliza os empreendimentos que têm despesas não previstas inicialmente, impedindo eventuais aportes. A incorporadora não pode - por expressa vedação legal e inviabilidade econômica - suprir deficiências financeiras da afetação, sem transferir eventuais prejuízos aos adquirentes (Alvim; Sato; Siqueira, 2022, sem paginação).

2.3.3 Motivações para os percentuais com base na jurisprudência e com base no mercado

Quando um contrato é celebrado entre as partes presume-se e espera-se que esse negócio jurídico seja devidamente adimplido e que as obrigações e direitos ali presentes sejam respeitados, de maneira a alcançar o objetivo comum pactuado. É o que o ordenamento jurídico brasileiro preconiza, e como exemplo disso temos o art. 475, do Código Civil, o qual determina que, a parte lesada pelo descumprimento contratual pode escolher entre a resolução do contrato ou o cumprimento da obrigação, mesmo que parcialmente (Gomide, 2015).

Nesse sentido, em relação à resolução contratual por culpa das partes, Gomide (2015, sem paginação) nos traz que:

A resolução, em regra geral, pressupõe inadimplemento. Se um dos contratantes tiver culpa na extinção do contrato, estaremos diante de inadimplemento voluntário, que vai ter como consequência a faculdade da parte prejudicada pedir a resolução do contrato ou seu cumprimento, cabendo cumulativamente o pedido de indenização.

Havendo a inexecução por culpa de uma das partes, segundo o artigo 475, do CC, a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Assim, tendo em vista que o contrato de promessa de compra e venda pactuado teve a sua resolução ocasionada pelo inadimplemento absoluto do adquirente, cabe, ao incorporador/promitente vendedor, indenização diante dos prejuízos suportados pela quebra contratual. É neste momento que a pena convencional, legalmente prevista e estabelecida pelo art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, ganha os holofotes.

Conforme analisado anteriormente, antes do advento da Lei nº 13.786/2018 já havia o entendimento de que é devido ao incorporador, nos casos de resolução contratual motivada pelo inadimplemento do adquirente, a devida indenização diante dos prejuízos suportados. Contudo os percentuais relacionados à cláusula penal variavam muito, os quais iam entre 10% a 25% do valor até então pago pelo promitente comprador, conforme as circunstâncias de cada caso (Melo, 2019).

De acordo com Melo (2019, sem paginação):

Nessa linha, a propósito, a afirmação 6 constante da edição 110 da ferramenta Jurisprudência em Teses, do STJ, a saber: "no caso de rescisão de contratos envolvendo compra e venda de imóveis por culpa do comprador, é razoável ao vendedor que a retenção seja arbitrada entre 10% e 25% dos valores pagos, conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando-se os prejuízos suportados". A edição é dedicada ao compromisso de compra e venda de imóveis, tendo sido publicada pelo Tribunal em outubro de 2018, com a citação dos seguintes precedentes: ag. int. no AREsp. 1.200.273/DF, rel. ministro Marco Buzzi, quarta turma, julgado em 19/6/18, DJE 26/6/18; ag. int. no REsp. 1.395.252/SP, rel. ministro Moura Ribeiro, terceira turma, julgado em 5/6/18, DJE 15/6/18; ag. int. no REsp. 1.692.346/DF, rel. ministro Antonio Carlos Ferreira, quarta turma, julgado em 19/4/18, DJE 26/4/18; ag. int. no AREsp. 1.121.909/SP, rel. ministro Lázaro Guimarães (desembargador convocado do TRF 5ª Região), quarta turma, julgado em 20/2/18, DJE 28/2/18; ag. int. no AREsp. 1.140.299/SP, rel. ministro Marco Aurélio Bellizze, terceira turma, julgado em 5/12/17, DJE 19/12/17 e ag. int. no AREsp. 1.062.082/AM, rel. ministro Luis Felipe Salomão, quarta turma, julgado em 18/5/17, DJE 23/5/17.

Este foi, então, o entendimento consolidado e aplicado pelo Superior Tribunal de Justiça, antes do advento da “Lei dos Distratos”, os julgados a seguir corroboram neste sentido:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESOLUÇÃO . RETENÇÃO. PERCENTUAL DE 10%. RAZOABILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL SUPERIOR . SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte de Justiça, nas hipóteses de rescisão de contrato de promessa de compra e venda de imóvel por inadimplemento do comprador, tem admitido a flutuação do percentual de retenção pelo vendedor entre 10% e 25% do total da quantia paga . 2. Em se tratando de resolução pelo comprador de promessa de compra e venda de imóvel em construção, ainda não entregue no momento da formalização do distrato, bem como em se tratando de comprador adimplente ao longo de toda a vigência do contrato, entende-se razoável o percentual de 10% a título de retenção pela construtora dos valores pagos, não se distanciando do admitido por esta Corte Superior. 3. É abusiva a disposição contratual que estabelece, em caso de resolução do contrato de compromisso de compra e venda de imóvel pelo comprador, a restituição dos valores pagos de forma parcelada . 4. Agravo interno não provido. (STJ - AgRg no AREsp: 807880 DF 2015/0279559-6, Relator.: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 19/04/2016, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/04/2016).⁶

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.049.515 - DF (2017/0020683-5) DECISÃO Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/1973, art. 544) contra decisão que inadmitiu o recurso especial (e-STJ fls. 470/472), em virtude da incidência das Súmulas n. 5 e 7 do STJ. O acórdão do TJDFT traz a seguinte ementa (e-STJ fls. 350/351): "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. MATÉRIA DE DEFESA. INOVAÇÃO RECURSAL. DESCABIMENTO. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO. DIREITO DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO UNILATERAL. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. CLÁUSULA PENAL. ABUSIVIDADE. REDUÇÃO. DESPESAS CONDOMINIAIS. RESPONSABILIDADE DA PROMISSÁRIA VENDEDORA APÓS A RESTITUIÇÃO DO IMÓVEL. [...]No que tange à devolução dos valores pagos pelo promitente comprador, que deu causa à rescisão contratual, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem considerado razoável que o percentual de retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas seja arbitrado entre 10% (dez por cento) e 25% (vinte e cinco por cento), conforme as circunstâncias de cada caso, avaliando- se os prejuízos suportados, notadamente com "as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador" (REsp n. 1.224.921/PR, Relator Ministra Nancy Andrighi, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/4/2011, DJe 11/5/2011).⁷

Tal posicionamento era direcionado pelo que foi estabelecido na Súmula 543 do STJ, a qual estabelece:

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 807880 DF 2015/0279559-6, Rel. Min. Raul Araujo, Quarta Turma, j. 19 abr. 2016, DJe 29 abr. 2016.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 1049515 DF 2017/0020683-5, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, DJe 17 fev. 2017.

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 543, Brasília, 2015).

Nota-se que, os Tribunais, antes do advento da “Lei dos Distratos” ao decidirem sobre controvérsias envolvendo o percentual de retenção previsto na cláusula penal, tomam como direção interpretativa, a Súmula 543 do STJ. De modo que, ao interpretar a referida súmula os Tribunais levavam em consideração aspectos como os custos auferidos pelo incorporador, bem como, se o bem foi entregue ao promitente adquirente ou não.

Assim, antes do advento da “Lei dos Distratos” já havia um percentual estabelecido de acordo com o entendimento do STJ, de modo que, o percentual de 25% considerava apenas as despesas gerais auferidos pela construtora, bem como a dissolução unilateral do contrato então pactuado. É neste sentido que o Acórdão proferido em Embargos de Divergência no Agravo nº 1.138.183, julgado pela Segunda Seção do STJ definiu que:

Outrossim, como visto na transcrição supra, o precedente da Seção que fixou em 25% a retenção das parcelas pagas, somente considerou as despesas gerais da construtora e o rompimento unilateral do acordo entabulado. E, especialmente por esse motivo, não se vislumbra razão para redução do percentual de retenção nos casos em que ainda não foi entregue ou ocupada a unidade imobiliária.

[...]

O percentual de retenção tem caráter indenizatório e cominatório. E não há diferenciação entre a utilização ou não do bem ante o descumprimento contratual. A eventual ocupação do imóvel não influi nas "despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento" (EREsp 59.870/SP).⁸

Desse modo, o percentual de 25% é o percentual hoje estabelecido pelo Superior Tribunal de Justiça para os contratos pactuados antes da vigência da Lei nº 13.786/2018 (Silva; Prado, 2025). Entende-se que o percentual de 25% é o adequado objetivando-se indenizar o promitente vendedor diante da dissolução unilateral do contrato celebrado, possuindo caráter indenizatório e cominatório (Silva; Prado, 2025).

É nesse sentido que o percentual estabelecido no inciso II do art. 67-A é o de 25%, tendo em vista que havia a necessidade de uma padronização jurisprudencial, já que o STJ e

⁸ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. EAg n. 1.138.183/PE. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 04 out. 2012. p.6. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EAG%27%20INPATH\(CLAS\)%20AND%20%271138183%27%20INPATH\(NUM\)\)%20OR%20\(\(%27EAG%201138183%27\)%20INPATH\(SUCE\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EAG%27%20INPATH(CLAS)%20AND%20%271138183%27%20INPATH(NUM))%20OR%20((%27EAG%201138183%27)%20INPATH(SUCE))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 5 out. 2025.

os tribunais brasileiros já utilizavam esse percentual como parâmetro legal. Desta maneira, ficou definido pela Terceira Turma do STJ no REsp nº 1.820.330/SP que:

“referido percentual possui natureza indenizatória e cominatória, de forma que abrange, portanto, de uma só vez, todos os valores que devem ser ressarcidos ao vendedor pela extinção do contrato por culpa do consumidor e, ainda, um reforço da garantia de que o pacto deve ser cumprido em sua integralidade”⁹

Convém ainda, citar que, (no caso dos imóveis edificados) não está incluído no percentual estabelecido as taxas referentes ao uso ou ocupação do imóvel, de modo que tal taxa possui natureza jurídica de aluguéis, tendo em vista o tempo que o bem esteve à disposição do promitente comprador e o promitente vendedor se viu impossibilitado de utilizá-lo. Nesses casos há a possibilidade de o promitente vendedor lesado realizar a cobrança da taxa de ocupação de maneira autônoma (Silva; Prado, 2025).

Neste sentido, a Terceira Turma do STJ no REsp nº 2.024.829/SC definiu que:

[...] 5. A garantia ao promitente vendedor do recebimento de indenização pelo tempo em que o comprador desistente ocupou o bem, a fim de evitar enriquecimento ilícito, não deve ser confundida e englobada no percentual da cláusula penal de retenção em favor do construtor. Precedentes. 6. Independentemente de ter sido ocupado o bem, mantém-se os 25% de retenção dos valores pagos pelos adquirentes e a taxa de ocupação será cobrada separadamente, quando comprovada a utilização do imóvel edificado. 7. A taxa de ocupação não guarda relação direta com a rescisão contratual, mas com os benefícios que auferiu o ocupante pela fruição do bem, razão pela qual não foi incluída no cálculo prévio que prefixou as perdas e danos na cláusula penal compensatória. 8. A indenização pelo tempo de fruição do imóvel, configura-se como um custo extraordinário que vai além daquele que naturalmente se espera quando se trata de rescisão contratual causada por uma das partes, o que justifica que a contratante faça jus à cumulação da multa fixada na cláusula penal com a taxa de ocupação. [...] ¹⁰

Pois bem, ao analisarmos a origem do percentual de até 50%, a título de cláusula penal, nos casos em que o empreendimento integra o regime do patrimônio de afetação (previsto no §5, do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964), temos uma outra perspectiva a qual suscitou a referida porcentagem.

Primeiramente, é importante trazer o conceito de patrimônio de afetação, inserido no contexto da incorporação imobiliária. Segundo Alvim (2022, sem paginação):

⁹ Brasil, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). REsp n. 1.820.330/SP. Relator: Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 24 nov. 2020. p.1. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=118543342&tipo=5&nreg=201901700690&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20201201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 05 out. 2025.

¹⁰ Brasil, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). REsp n. 2.024.829/SC. Relator: Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 03 mar. 2023. p. 2. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27%20INPATH\(CLAS\)%20AND%20%272024829%27%20INPATH\(NUM\)\)%20OR%20\(\(%27RESP%202024829%27\)%20INPATH\(SUCE\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27%20INPATH(CLAS)%20AND%20%272024829%27%20INPATH(NUM))%20OR%20((%27RESP%202024829%27)%20INPATH(SUCE))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 05 out. 2025.

Esse regime implica, resumidamente, na separação de uma parte do patrimônio geral do incorporador, que ficará vinculada a um empreendimento específico a partir da averbação de um termo de afetação no Registro de Imóveis, resguardando a incorporação de eventuais insucessos do incorporador.

Desse modo, o regime do patrimônio de afetação permite isolar o conjunto de direitos e deveres vinculados a cada empreendimento imobiliário em construção, mantendo-o separado do patrimônio geral da incorporadora até que a obra seja concluída e todas as obrigações da incorporação sejam quitadas (Mendes, 2022).

O regime do patrimônio de afetação tem previsão legal, na Lei nº 4.591/1964, o referido dispositivo legal nos traz que:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

Art. 31-F. Os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação.

Assim, tendo em vista que os empreendimentos que aderem ao regime do patrimônio de afetação tornam incomunicáveis os bens da incorporação no que se refere ao patrimônio do incorporador, cria-se um conjunto de bens e direitos com contabilidade própria para garantir a conclusão da obra e a proteção dos adquirentes contra riscos financeiros da empresa, como a falência. Logo, os recursos obtidos com a comercialização das unidades não podem ser destinados ao pagamento de débitos que não tenham vínculo direto com o empreendimento em questão (CBIC, 2019b).

Nesse sentido, os valores auferidos pela incorporadora, por meio da venda das unidades imobiliárias, são essenciais para a consecução da realização e a consecutiva finalização da obra, uma vez que tais receitas são separadas do patrimônio da incorporadora. Logo, o inadimplemento do promitente adquirente e a consequente resolução dos contratos firmados configuram um cenário potencialmente danoso ao empreendimento e aos demais adquirentes (Mendes, 2022).

Assim, tendo em vista que o incorporador, nos casos em que o empreendimento se encontra submetido ao regime do patrimônio de afetação, se vê obrigado a segregar os recursos do empreendimento, os custos da obra são ampliados, já que há a impossibilidade de uso livre do capital. Logo, os riscos das desistências em massa aumentam consideravelmente.

Dito isso, o percentual de até 50% da pena convencional estabelecida busca compensar o risco econômico elevado e os custos operacionais do regime de afetação.

Dado o contexto em que o regime do patrimônio de afetação se insere e em relação aos benefícios assegurados aos adquirentes e o aumento das responsabilidades e do risco financeiro auferido pelo incorporador, o percentual da pena convencional diante da resolução do contrato estabelecido alcança o percentual de até 50%.

Dessa forma, há uma parcela significativa do entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça que caminha no sentido do reconhecimento do percentual de até 50% da pena convencional, nestes casos, entendendo que tal percentual não se demonstra excessivo tendo em vista as características e as consequências dos empreendimentos que aderem ao regime do patrimônio de afetação.

Em abril do ano de 2022 o Min. Luis Felipe Salomão, por meio de Acórdão proferido no AREsp nº 2.062.928/SP, se posicionou no sentido de que a cláusula penal de 50% seria válida, nos casos em que o inadimplemento do adquirente ocasiona a resolução do contrato. O Ministro estabelece que:

Estando o limite estabelecido na cláusula de devolução de valores pactuada entre as partes em conformidade com o estabelecido na lei [leia-se, art. 67-A, §5º, da Lei do Distrato] não há como declarar sua nulidade, ante a prevalência do princípio do pacta sunt servanda. (AREsp 2.062.928/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04/04/2022)

Ainda no ano de 2022, o Ministro Moura Ribeiro destacou que a limitação da cláusula penal a até 50% nos contratos vinculados a empreendimentos submetidos ao regime de patrimônio de afetação decorre do fato de que os valores pagos pelos adquirentes permanecem separados do patrimônio da incorporadora. Essa separação impede que tais recursos se confundam com o patrimônio da empresa, inclusive em caso de falência, garantindo que sejam destinados à continuidade da obra. Assim, o legislador buscou resguardar a coletividade dos compradores e assegurar o cumprimento do contrato (Brasil, 2022).

Nesse sentido, nota-se que, o percentual de retenção de até 50%, das penas convencionais estabelecidas nos casos em que o empreendimento se encontra regido pelo regime do patrimônio de afetação, se justifica diante do maior custo financeiro e o risco que o incorporador está submetido. Assim, a penalidade contratual, correspondente ao valor que o incorporador pode reter, poderá atingir o limite de 50%. Esse percentual mais elevado se justifica porque os valores e bens não são transferidos ao incorporador, sendo aplicados

exclusivamente no próprio empreendimento. Além disso, o aumento da retenção busca garantir a continuidade e a viabilidade da incorporação, que sofre prejuízos financeiros com a desistência ou o distrato do comprador (Rizzardo, 2021).

Há, ainda, o entendimento de que a pena mais elevada tem o condão de exercer um caráter de coercitividade sobre o adquirente, servindo como um meio de ameaçar o promitente comprador caso ele pretenda desistir do contrato. Assim, a possibilidade da cláusula penal alcançar o percentual de até 50% não teria por objetivo ressarcir a incorporadora pelos prejuízos suportados com a resolução contratual, ou seja, não haveria em si uma natureza indenizatória na referida retenção, e sim um caráter coercitivo (Paula, 2025).

2.3.4 Desnecessidade de prova de prejuízos pela incorporadora

Nesse diapasão, há ainda disposto no §1 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 que, para que a incorporadora exija a cláusula penal não existe a necessidade de alegação de prejuízo suportado (Brasil, 2018). Tendo em vista que o instituto da cláusula penal (o qual será melhor pormenorizado no capítulo a seguir) exige a manifestação de vontade das partes, logo, essa previsão é feita junto com o acordo da obrigação principal, embora nada impeça que seja estabelecida posteriormente. Contudo, a referida pena convencional deve ser instituída antes da ocorrência do descumprimento da obrigação a que se refere (Abelha; Gomide, 2019).

Assim, diante do inadimplemento absoluto do promitente comprador, o qual leva à resolução do contrato entabulado entre as partes, o promitente vendedor pode cobrar o pagamento da cláusula penal convencional e prevista no negócio jurídico pactuado, sem que precise alegar quais prejuízos sofreu.

A cláusula penal, enquanto obrigação acessória, se consubstancia em uma prestação que uma das partes deverá realizar em detrimento da outra, diante do inadimplemento da obrigação principal. Deste modo, caso haja um incumprimento da obrigação principal estabelecida, a pena convencional será aplicada, independentemente de a parte lesada precisar alegar os prejuízos auferidos pelo inadimplemento (Abelha; Gomide, 2019).

Foi neste sentido que o §1 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 trouxe este resguardo ao credor, ora incorporador, bem como ao promitente adquirente, de forma que, segundo Mendes (2021, p. 72):

Ainda assim, em qualquer dos casos, foram fixadas faixas de valoração para dimensão máxima das cláusulas penais, com o objetivo de proteger o

empreendimento e, principalmente, o “bom consumidor”, e se registrou a desnecessidade de comprovação de prejuízos para a sua aplicação.

É nesse contexto que a exigibilidade de alegação de danos sofridos pelo incorporador/credor se mostra desnecessária, de modo que, o objetivo da pena convencional encontra-se exatamente em prefixar um valor, à ser aplicado diante da ruptura do sinalagma contratual ocasionada pelo inadimplemento absoluto do adquirente, sem tal problemática seja discutida posteriormente em juízo (Paula, 2025).

Deste modo, diante da função indenizatória da cláusula penal prevista, por meio da prefixação de perdas e danos, pré-liquidando os danos auferidos pelo credor da relação estabelecida, a referida pena convencional se enquadra como compensatória, de tal modo que, a alegação de prejuízo é dispensada, conforme o próprio dispositivo legal prevê (Karam, 2019).

Todavia, é importante citar que, mesmo diante da previsão da dispensa de comprovação de prejuízo prevista no §1º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, o adquirente pode recorrer ao Judiciário para discutir a proporcionalidade do percentual retido. Com base no art. 413 do Código Civil, o juiz poderá reduzir a penalidade se ela for considerada manifestamente excessiva, podendo inclusive determinar que a incorporadora comprove os danos efetivos para justificar o valor retido.

Com base no previsto no art. 373, inciso II do CPC/2015¹¹, diante da intenção da incorporadora em defender a legalidade do percentual da pena convencional, deverá, então, em juízo, provar a compatibilidade entre a penalidade e o dano sofrido.

2.3.5 Demais consequências previstas para a resolução dos contratos de compra e venda

Neste momento se faz oportuno discorrer acerca dos pormenores relacionados às consequências da resolução do contrato de promessa de compra e venda, causado pelo inadimplemento absoluto do adquirente. Pois bem, o art. 67-A, da Lei nº 4591/1964, após discorrer e delimitar as deduções a serem realizadas no montante a ser restituído ao promitente comprador, bem como, tratar dos percentuais de retenção da cláusula penal, o referido dispositivo nos traz outros tópicos importantes, dos quais iremos tratar a seguir.

A partir do §3º, o art. 67-A nos apresenta outras peculiaridades acerca da etapa de liquidação contratual, tendo em vista que as partes precisam retornar à situação anterior à

¹¹Art. 373, inciso II, da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil). O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

formação do negócio jurídico estabelecido (Paulo, 2025). Assim, logo já no §3º consta que, os débitos do promitente comprador poderão ser compensados com o montante a lhe ser restituído, em relação a essa previsão legal não há necessidade de aprofundamento por se tratar de uma possibilidade de abatimento entre créditos e débitos, na resolução contratual estabelecida entre credor/incorporadora e devedor/promitente adquirente.

Logo em seguida, no §4º, é estabelecido que as retenções a serem realizadas estarão limitadas aos valores que foram efetivamente pagos pelo promitente comprador, exceto aos valores relacionados ao uso do imóvel. Cumpre neste momento ressaltarmos que, entre as deduções a serem realizadas no montante a ser restituído ao adquirente, temos a taxa de fruição do imóvel, prevista no inciso III do §2º do art. 67-A. O referido dispositivo determina que, será deduzido do valor a ser restituído ao adquirente o valor correspondente à fruição do bem, o qual equivale à 0,5% sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*.

Assim, ocorre que, nenhuma dedução a ser realizada poderá exceder o montante até então adimplido pelo adquirente, exceto a taxa de fruição do bem, tal exceção é chamada por Oliveira e Silva (2018, p. 16) de “risco máximo do adquirente”, tendo em vista que o promitente comprador correrá o risco de perder todo o montante até então pago e ainda poderá ficar devendo valores relativos à fruição do imóvel.

Nas palavras dos autores:

Isso significa que, ao assinar um contrato de aquisição de imóvel “na planta”, na pior das hipóteses, o adquirente perderá tudo quanto pagou e, ainda, ficará devendo os valores relativos à fruição que teve do imóvel. Desse modo, o adquirente tem a garantia de não ficar com saldo devedor remanescente após o fim do contrato por culpa sua, salvo em relação aos valores de fruição.

Outro tópico importante, o qual se encontra presente nos §5º e §6º, do art. 67-A, é o referente aos prazos que as incorporadoras terão para restituir os promitentes compradores, após o contrato ter sido dissolvido e liquidado. O padrão de diferenciação dos prazos de restituição, assim como na diferenciação nos percentuais da pena convencional, segue a lógica do empreendimento ser ou não adepto ao regime do patrimônio de afetação. Assim, o § 5º determina que, quando o empreendimento é adepto ao regime do patrimônio de afetação o vendedor/incorporador deverá devolver os valores pagos em até 30 (trinta) dias após a expedição de habite-se da edificação, já o § 6º prevê que os empreendimentos não submetidos ao regime do patrimônio de afetação terão 180 (cento e oitenta dias) dias para restituírem os adquirentes, a contar da data da dissolução do contrato (Mendes, 2021).

Nesse sentido, segundo Gomide (2019, p. 13):

Nesses termos, é razoável a Lei determinar que o adquirente seja reembolsado somente após prazo que não ponha em risco a continuidade da obra. O prazo de até 180 dias corridos é justificável (para a hipótese de não existir o patrimônio de afetação). É possível imaginar que após a resolução do contrato, em até 180 dias o incorporador encontrará outro pretendo comprador. De todo modo, não sabemos qual a justificativa para que o prazo seja tão mais elástico para a hipótese de a incorporação estar sujeita ao patrimônio de afetação (somente quando finalizada a obra e obtido o habite-se – art. 67-A, § 5º).

De maneira complementar ao estipulado nos §5º e §6º, do art. 67-A, o §7º determina que, caso a unidade objeto do contrato dissolvido seja revendida, antes de transcorrido os prazos acima citados, a restituição ao adquirente deverá ser realizada em até 30 (trinta) dias da data da revenda. Importante destacar que, de acordo com o §8º, independentemente do prazo em que a restituição irá ocorrer, o montante devido será sempre atualizado, de acordo com o índice estipulado no contrato para a correção monetária das prestações fixadas no valor do imóvel.

Por fim, contudo não menos importante, o §9º do art. 67-A determina que, a pena convencional estabelecida não será aplicada caso o promitente comprador encontre terceiro que o substitua na posição de adquirente da unidade imobiliária. Assim, o adquirente inadimplente, caso encontre alguém capaz de o suceder na relação contratual estabelecida (desde que possua capacidade financeira suficiente), se isenta de pagar a multa compensatória. Todavia, para que tal situação ocorra faz-se necessário que exista a devida anuência do incorporador – por configurar cessão de posição contratual –, bem como seja comprovada a idoneidade financeira do sucessor (Oliveira e Silva, 2018).

3 A REDUÇÃO EQUITATIVA DA CLÁUSULA PENAL CONTRATUAL COM BASE NO ART. Nº 413 DO CÓDIGO CIVIL

As mudanças trazidas pelo implemento do art. 67-A na Lei nº 4.591/1964 são relevantes e causaram impactos significativos nas consequências estabelecidas para o adquirente inadimplente diante da resolução da promessa de venda da unidade imobiliária.

Antes da promulgação da legislação não havia uma delimitação legal em relação ao modo como seria realizada a restituição dos valores até então pagos pelo adquirente, bem como os percentuais de retenção do incorporador diante do desfazimento do contrato, e esta foi, sem dúvida, a mudança de maior impacto trazida pelo dispositivo legal.

Conforme abordado anteriormente, o implemento do art. 67-A na Lei nº 4.591/1964, permite que os incorporadores, diante da resolução do contrato de promessa de compra e

venda motivada pelo inadimplemento absoluto do adquirente, retenham, após realizadas todas as deduções legais, uma porcentagem do valor pago pelo comprador, a título de cláusula penal compensatória.

Nesse contexto, o que mais impactou e gerou discussões na comunidade jurídica brasileira foi a admissão da incidência de pena convencional (cláusula penal), a qual pode alcançar o percentual de até 50% dos valores pagos pelo adquirente inadimplente, quando o empreendimento está submetido ao regime do patrimônio de afetação (Alvim; Sato; Siqueira, 2022).

O §5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, o qual trata especificamente dessa pena convencional, desde o implemento da chamada “Lei dos Distratos”, já foi alvo de inúmeros processos judiciais, os quais buscam discutir a validade dessa retenção.

O Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado no sentido de considerar válido os percentuais de retenção¹², tendo em vista que os percentuais se encontram previstos em lei e que os contratos estabelecidos devem seguir o princípio da *pacta sunt servanda*¹³. Os tribunais estaduais têm seguido o mesmo entendimento. Mas há também decisões contrárias, de modo que a discussão da validade e da legalidade dos percentuais estabelecidos ainda gera controvérsias (Alvim; Sato; Siqueira, 2022). É aí que se insere a problemática da possibilidade da redução da pena convencional prevista pelo §5º do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil, o qual prevê 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.”

Assim, considerando a relevância da problemática levantada, e diante do conflito de interesses e princípios estabelecidos é que se estabelece a necessidade de entender se a cláusula penal instituída no dispositivo legal previsto no §5º do art 67-A da Lei nº 4.591/1964 pode ser reduzida por meio da aplicação do artigo 413 do Código Civil.

3.1 ORIGEM DO INSTITUTO JURÍDICO DA PENA CONVENCIONAL

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp: 807880 DF 2015/0279559-6, Rel. Min. Raul Araujo, Quarta Turma, j. 19 abr. 2016, DJe 29 abr. 2016.

¹³ STJ, AREsp nº 2062928/SP, Min. Luis Felipe Salomão, DJe 04.04.2022. STJ, REsp 2.023.713/SP, rel. Min. Moura Ribeiro, DJe 23.09.2022.

O instituto da pena convencional (também comumente conhecida como cláusula penal) possui origem antiquíssima, a qual nos remete a povos ocidentais remotos como os gregos e os romanos. Apesar de os primeiros registros de utilização do instituto serem descobertos no direito grego, foi no direito romano que o uso da cláusula penal se estabeleceu e ganhou proeminência (L. Silva, 2008).

Neste sentido, segundo L. Silva (2008, p. 14):

No direito romano, o instituto vinha inserido na *stipulatio*, que era essencialmente um negócio jurídico que tinha como finalidade criar obrigações. A *stipulatio* era eminentemente formal, e nascia a partir de uma pergunta solene que o credor fazia ao devedor, que respondia com a palavra *spondeo*. A *stipulatio* era configurada como negócio abstrato, de forma que era desnecessária a comprovação de sua causa, sendo a *exceptio doli* a única defesa cabível em caso de ilicitude, falsidade ou inexistência da causa. Quando tivesse como objetivo criar uma obrigação de pagar uma pena em função da não-observância da *stipulatio*, que consistia na obrigação principal, estava-se diante de uma *stipulatio poenae*.

No direito romano, a *stipulatio* configurava um negócio jurídico voltado à criação de vínculos obrigacionais. Era celebrada por meio da oralidade e apresentava natureza abstrata. Quando vinculada à pena (*poena*), assumia função sancionatória, servindo como mecanismo de pressão para garantir que o devedor cumprisse sua obrigação. Nesses casos, o valor devido pelo inadimplemento não guardava relação direta com a prestação principal, atuando como uma sanção privada imposta ao devedor (Silveira, 2017).

Tendo em vista que o objetivo era compelir a parte devedora a adimplir com o pactuado, a pena (*poena*), continha um valor acima do valor principal da prestação, assim, a *stipulatio poenae* estabelecida encontrava-se desvinculada da obrigação principal fixada, sendo utilizada como um compromisso a ser cumprido caso o objeto do contrato principal restasse inadimplido (Silveira, 2017).

A pena estabelecida no direito romano poderia, ainda, ter seu cumprimento exigido de maneira conjunta com o cumprimento da obrigação principal. Porém, havia a necessidade de previsão dessa hipótese no acordo pactuado. Enquanto características importantes do instituto criado no direito obrigacional romano, temos o fato de que o juiz não poderia alterar a *stipulatio poenae* estabelecida, de modo que não havia a necessidade de comprovação de dano (L. Silva, 2008).

Para Junior (2010, p. 3) a *stipulatio poenae* surge com características primordialmente punitivas. Contudo, com o passar do tempo, acabou tomando características de cunho indenizatório, já que passou a estabelecer a pena como meio de compensar o credor, formando, assim, uma forma pré-fixada de indenização.

A cláusula penal (ora *stipulatio poenae*) ganha maior proeminência no sentido de ser uma prefixação de perdas e danos no medievo. Foi a partir da proibição da usura que a igreja católica começou a utilizar a pena convencional para ludibriar tal proibição. Segundo L. Silva (2008, p. 17):

Não se mostrou viável a simples proibição da cláusula penal, o que iria de encontro com o direito romano então vigente. Houve uma primeira tentativa dos canonistas de proibir a cláusula penal nas hipóteses em que o credor desejasse ou preferisse o inadimplemento ao adimplemento, por ser aquele mais vantajoso. Tal proposição se mostrou insuficiente tendo em vista a análise subjetiva que envolvia. Surgiu, então, a teoria do interesse. Segundo tal teoria, caberia ao credor, na hipótese de mora, cobrar uma quantia correspondente ao interesse que o credor teria em que o devedor não houvesse incorrido em mora. É clara, portanto, a índole indenizatória do interesse – a pena somente seria legal se, e na medida em que, seu valor correspondesse ao prejuízo experimentado pelo credor por força da mora. “A concepção indenizatória da cláusula penal fazia a sua aparição”

O então posicionamento canônico acerca da pena convencional foi bastante criticado, e, estabeleceu-se que o valor, a título de pena, deveria ser relacionado com o dano experimentado pelo credor diante do tempo em que o devedor permanecer inadimplente (L. Silva, 2008).

Apenas a partir da Idade Moderna é que houve a percepção de necessidade de proteção das partes hipossuficientes de um contrato. Então, as cláusulas que visavam coagir a parte inadimplente foram proibidas. Os tribunais de common law aderiram à nova percepção, de modo que se estabeleceu a diferenciação entre duas vertentes, quais sejam: a *liquidated damages clause* (com características indenizatórias) e a *penalty clause* (com características coercitivas) (Silveira, 2017).

Contudo, essa ideia dualista de cláusula penal não foi adotada pelos países da Europa Continental (incluindo Portugal) tão precocemente, já que a ideia unitária, concebida na teoria canônica medieval, foi a mais aceita durante muito tempo (Silveira, 2017).

Nos países de *Civil Law* o código napoleônico teve papel importante, sendo responsável por trazer conceitos mais pormenorizados e delimitados acerca do instituto da cláusula penal. Foi no código civil napoleônico que surgiram limitações mais objetivas em relação ao uso da pena convencional, trazendo a ideia de que a cláusula penal não deve ser desproporcional ou abusiva e de que o juiz pode reduzi-la ou afastá-la caso verifique tal abusividade (em relação à obrigação principal) (L. Silva, 2008).

Com as penas cominatórias estabelecidas no Direito francês antigo, as quais podiam ser suspensas ou reduzidas pelo juiz, o instituto da pena convencional perdeu em parte a sua característica punitiva, reduzindo-se a uma função reparatória, servindo como ferramenta de

composição de prejuízos (Lopes, 1989). Dessa forma, a cláusula penal estabeleceu-se enquanto uma predeterminação dos casos estabelecidos a priori, restando assim possibilitada, a execução das obrigações acessórias, bem como as obrigações principais (Lopes, 1989).

A estruturação do instituto da cláusula penal, no direito “luso-brasileiro”, já na idade contemporânea, foi influenciada sobremaneira pela doutrina francesa, a qual tinha como base a “dupla função” da pena convencional: indenizatória e coercitiva. Assim, a concepção mais recente da ferramenta da cláusula penal assume o papel de antecipação de liquidação do dano, bem como de punição pelo descumprimento contratual (Silveira, 2017).

Contudo, a concepção de dupla função da cláusula penal foi gradualmente superada, principalmente no direito civil brasileiro, já que, o conceito duplo de pena convencional tornava o instituto nebuloso, sendo necessário que houvesse um esclarecimento neste sentido. Havia a necessidade precípua de diferenciação entre o caráter coercitivo e o caráter indenizatório da pena convencional estabelecida, neste sentido, de acordo com Gonzales (2021, p. 2):

Além da acessoriedade, a cláusula penal também comporta outras duas características relevantes, quais sejam a facultatividade e a garantia *sui generis*. Isso porque, a cláusula penal só incidirá em caso de inadimplemento (cláusula penal compensatória) ou cumprimento imperfeito da obrigação principal (cláusula penal moratória), facultando-se ao credor optar pela obrigação principal ou cumprimento da cláusula penal (art. 410, CC), enquanto a convenção de cláusula penal importa em agravamento do patrimônio próprio do devedor.

Assim, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro concebe o instituto da pena convencional como uma obrigação acessória responsável por prever uma multa, estabelecida no contrato ajustado, com o objetivo de impulsionar o adimplemento da obrigação (cláusula compensatória), ou de prevenir a sua demora (cláusula moratória) (Gonzales, 2021). Tais características serão melhores trabalhadas no tópico a seguir.

3.2 NATUREZA JURÍDICA DA PENA CONVENCIONAL

O instituto da cláusula penal, que possui outras nomenclaturas (multa, cláusula penal, pena etc), encontra-se inserido no Direito Obrigacional. O referido instituto pode exercer vários papéis (Rodvalho, 2021), dos quais iremos tratar a seguir.

Segundo Seabra (2020, p.18):

No Brasil, assim como em diversos outros ordenamentos, a situação é distinta, pois o Código Civil não adotou um conceito de cláusula penal, nem estabeleceu qualquer norma destinada a restringir as suas funções. O modelo legal brasileiro é aberto, sem

delimitação, nem restrição funcional, admitindo distintas finalidades. As soluções, portanto, no direito brasileiro, devem ser buscadas no próprio Código Civil, mediante a análise do regramento da cláusula penal, da disciplina do negócio jurídico e dos princípios do direito contratual.

O Capítulo V do Código Civil brasileiro traz, do art. 408 ao art. 416, as disposições legais acerca da cláusula penal. Não há, todavia, a legislação não definiu os exatos contornos do instituto jurídico, sendo necessário recorrer a doutrina.

Segundo Bevilacqua (1938, p. 68) a cláusula penal pode ser compreendida como “um pacto acessório, em que se estipulam penas ou multas, contra aquele que deixar de cumprir o acto ou facto, a que se obrigou, ou, apenas, o retardar”. No entendimento do autor, a cláusula penal possui o carácter acessório, de modo que pode ser aplicada nos casos de descumprimento ou no caso de mora daquilo que foi pactuado.

É aí que a cláusula penal se insere com o objetivo de garantir segurança ao cumprimento dos contratos, de modo que, a autonomia privada das partes, ao estabelecer o conteúdo dos seus contratos, serve também para regulamentar as possíveis consequências do seu descumprimento. A cláusula penal possui, assim, carácter acessório em relação à obrigação principal, visando instituir penalidades para a parte inadimplente (Konder, 2014).

Konder (2014, p.2) afirma que:

Este é o cenário em que se inserem os institutos das arras e da cláusula penal. São mecanismos de regulamentação negocial antecipada do inadimplemento e, em razão disso, foram reunidas no Código Civil de 2002 no capítulo referente ao inadimplemento. Ambas são cláusulas resultantes do exercício da autonomia negocial e são caracterizadas pela acessoriedade a uma relação obrigacional principal, cujo risco de inadimplemento visam regular. No entanto, apesar dessa similaridade funcional, são dotadas de estrutura bastante diversa.

O instituto da cláusula penal advém da primazia principiológica da autonomia da vontade das partes ao realizar um contrato, sendo esse um negócio jurídico bilateral, de modo que, a pena convencional ali estabelecida foi construída (na maioria das vezes) pelo acordo de vontades das partes (Seabra, 2020). De acordo com França (1988, p. 330), a pena convencional possui uma natureza tríplice, já que possui carácter de reforço do cumprimento da obrigação, seja na pré-avaliação de danos, seja na pena imposta à violação da ordem pública, resultado da inexecução (carácter coercitivo, punitivo e indenizatório).

Para o autor, é possível classificar a multa convencional em quatro grupos, levando em consideração a sua finalidade, quais sejam: teoria do reforço; teoria da pré-avaliação; teoria da pena e teoria eclética. A teoria do reforço é aquela que entende que a finalidade da cláusula penal é a de reforçar a garantir a execução da obrigação. Já a teoria da pré-avaliação

entende que a cláusula penal tem por objetivo antecipar o valor a ser reparado. A teoria da pena nos traz que a pena convencional é oriunda de uma ferramenta de punição desenvolvida pela vontade das partes. E por fim, a teoria eclética, na qual o próprio autor se insere, entende que a cláusula penal é capaz de possuir características das teorias ditas anteriormente, sendo que em alguns casos uma característica se mostra proeminente, e em outros casos, outras características podem se mostrar mais proeminentes (França, 1988).

Há ainda, um modo de classificar a cláusula penal que utiliza três características para identificá-la e categorizá-la de acordo também com a sua função, que seria: a função indenizatória, a função punitiva e a função eclética ou mista. Resumidamente, os defensores da ideia de que a pena convencional possui função indenizatória entendem que a multa convencional funciona apenas para pré-liquidar as perdas e danos. Assim, a cláusula penal serviria para substituir as perdas e danos em caso de inadimplemento total da obrigação, dispensando a prova do prejuízo, ideia que é preconizada pelo art. 416 do Código Civil¹⁴ (Carvalho, 2018). Já os defensores da ideia de que a cláusula penal possui função punitiva entendem que a multa avençada tem por objetivo punir o devedor diante do inadimplemento do contrato. E por fim, os defensores que entendem a cláusula penal como um instituto misto ou eclético defendem que a multa convencional funcionaria tanto para pré-fixar danos como para punir o devedor inadimplente. Tal teoria é a mais defendida pelos autores brasileiros. Porém, a referida teoria, a qual o legislador aderiu com a promulgação do Código Civil, gera embates tendo em vista que, deverá ser analisado caso a caso qual função a cláusula penal está exercendo especificamente (Carvalho, 2018).

Ainda dentro das classificações e teorias elaboradas acerca da natureza jurídica da cláusula penal temos o embate entre os defensores da teoria monista e os defensores da teoria dualista. A discussão entre as duas vertentes diz respeito à função exercida pela pena convencional, ou seja, se é possível que a multa convencional exerça uma única função, seja punitiva ou seja indenizatória (teoria dualista), ou se seria possível que a cláusula penal unificasse as duas funções, exercendo ao mesmo tempo, a função indenizatória e a função punitiva (teoria monista) (Carvalho, 2018). Contudo, a tese monista se demonstra antiquada já que a presunção de integração de várias funções dentro de uma mesma cláusula penal dificulta a aplicação e a interpretação dessas cláusulas, na prática, dificultam e confundem as partes. Assim, diante da falta de precisão conceitual e das inconveniências da teoria monista,

¹⁴ Art. 416 da Lei n. 10.406/2002 (Código Civil). Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

o Código Civil adota a teoria dualista, reconhecendo duas modalidades distintas de cláusula penal (Carvalho, 2018). Segundo Seabra (2020, p.145):

Nessa perspectiva contrária à teoria unitária, defende-se que a diferenciação entre as cláusulas de liquidação antecipada de danos e as cláusulas coercitivas é necessária para que se dê respostas apropriadas a problemas condizentes a cada uma das espécies de cláusulas. Aponta-se que a disciplina jurídica de uma pena difere, substancialmente, da de uma indenização.

Um aspecto importante em relação à cláusula penal, presente no Código Civil vigente, é a de que a pena pode estar prevista no mesmo instrumento da obrigação principal. Contudo, pode ser estipulada também, em instrumento próprio, sem a necessidade de ter sido estipulada ao mesmo tempo que o instrumento principal. Nessa hipótese, adquire o caráter acessório da obrigação principal (Branco, 2010).

3.3 CIRCUNSTÂNCIAS QUE PERMITEM A REDUÇÃO DA CLÁUSULA PENAL

Uma relevante evolução para o desenvolvimento do conceito contemporâneo de contrato foi a ideia de relativização do princípio da autonomia privada. O início dessa flexibilização se deu com a passagem do Estado Liberal (originário de Revoluções como a Industrial) para o Estado intervencionista, também europeu, no início do século XIX (Lautenschlänger; Queiroz, 2019).

Os contratos, assim, deixaram de ser vinculados unicamente na vontade das partes, de modo que, outros quesitos importantes passaram a ser estabelecidos, como princípios constitucionais basilares. Assim, os contratos passaram a não ser entendidos como ferramentas aptas a solucionar e atender apenas aos interesses das partes interessadas, mas também, entendeu-se ser necessário a primazia pelo respeito daquilo que entendemos como função social dos contratos (Lautenschlänger; Queiroz, 2019).

Segundo Miyazato (2020, p.4):

A evolução do contrato passa de uma livre e soberana manifestação de vontade das partes para um instrumento jurídico mais social, submetido a uma série de normas cogentes com viés equitativo. Uma concepção mais social e intervencionista do contrato massificado aparece no CC2002, o qual introduz novos princípios: função social do contrato e boa-fé objetiva no sistema do direito privado ao lado da autonomia da vontade.

É nessa perspectiva, de relativização do princípio da autonomia privada dos contratos, e de uma maior ingerência estatal nesses negócios jurídicos, que é introduzida a ideia de que a cláusula penal não é inatingível, tendo em vista que, o próprio Código Civil

estabelece valores limites para a sua fixação (art. 412), bem como prevê a oportunidade de se requerer uma indenização adicional (art. 416) (Carvalho, 2018).

Assim, o atual Código Civil brasileiro mescla princípios mais tradicionais, os quais surgiram do conceito de autonomia privada, que são eles: a liberdade contratual, a força obrigatória dos contratos e a relatividade dos efeitos contratuais. Também se incluem aí outros princípios, tão importantes quanto, que representam a relativização do princípio da autonomia da vontade, como o princípio da boa-fé objetiva, o equilíbrio econômico-financeiro e a função social do contrato (Seabra, 2020).

Dentro desta perspectiva faz-se necessário entender quais são os mecanismos existentes capazes de coibir quaisquer excessividades ou abusos relacionados ao uso da cláusula penal nos contratos. A partir desta discussão há o debate em relação à possibilidade de se regular a cláusula penal *ex ante* (antes de ela ser estabelecida) ou *ex post* (já após o seu estabelecimento), fato é que, a fixação prévia de limites para a constituição da cláusula penal não é benéfica, tendo em vista que desestimula as partes a utilizarem-na. Além disso, seria difícil estabelecer-se limites para as cláusulas penais diante dos diversos tipos de negócios jurídicos em que este instituto pode estar inserido. Assim, entende-se que a melhor forma de controlar o conteúdo da cláusula penal seria por meio da análise *ex post*, com a correção da pena ali inserida. Trata-se de tarefa a ser exercida pelo intérprete, que é o magistrado ou árbitros (Seabra, 2020).

No ordenamento jurídico moderno existem três grupos distintos que entendem que: (i) a pena convencional é imutável, de forma que o valor da pena pode ser alterado apenas após a negociação entre as partes; (ii) o montante da pena convencional pode ser alterado de acordo com o entendimento do juiz e (iii) entendem que o montante estabelecido pela pena convencional é inalterável, contudo, na circunstância de o valor da pena extrapolar determinados limites ela poderá ser alterada de acordo com a previsão legal e a decisão proferida pelo magistrado. Entre os três, o Brasil optou por aderir à corrente intermediária, trazendo possibilidades de alteração da cláusula penal, por meio da análise dos casos concretos submetidos ao julgador (Trubilhano, 2010).

Ao tratar do controle da cláusula penal é importante nos atentarmos que esse controle se dá por meio da redução do valor inserido na pena convencional, e não pelo aumento, de modo que, caso fosse possível o julgador majorar tal penalidade isso representaria uma preocupante interferência do estado na autonomia privada. Assim, tendo em vista que os mecanismos de proteção do credor, inserido nessa relação, já são considerados excessivos,

não haveria motivação para que o magistrado pudesse aumentar o valor estabelecido na cláusula penal (Silveira, 2017).

Ao se compreender a cláusula penal como uma obrigação que concede ao credor a opção de escolher entre diferentes formas de satisfação de seu direito, permitir que o juiz aumente o valor da penalidade acarretaria a perda de sentido dessa concepção. Diante do descumprimento da obrigação pelo devedor, o credor passa a dispor de distintas alternativas para garantir seu crédito, sendo a cobrança da pena convencional apenas uma delas. Desse modo, se o valor estipulado na cláusula penal se mostrar inferior aos prejuízos realmente sofridos, o credor poderá recorrer a outros instrumentos jurídicos para buscar a reparação integral de seu direito (Silveira, 2017).

Tal perspectiva se dá diante da análise da pena convencional cuja função é a de impelir o devedor a não inadimplir com a obrigação estabelecida. Assim, ao buscar prevenir o inadimplemento, funciona como uma espécie de coação econômica. Ao tratarmos da cláusula penal cuja função é a de liquidação e antecipação dos danos notamos que, se o valor da penalidade fixada for inferior aos prejuízos efetivamente sofridos, o credor poderá acabar prejudicado, sem ter plenamente atendido seu direito ao cumprimento da obrigação e à reparação do crédito. Nesses casos, o que deve ser controlado seria a validade da cláusula de limitação de responsabilidade (Silveira, 2017).

Porém, o controle de validade se daria apenas quando o devedor incorre em inadimplemento por culpa leve. Já nos casos em que for verificado que o devedor incorreu em culpa grave ou dolo, a restrição de responsabilidade deve ser desconsiderada. Assim, diante do afastamento da limitação de responsabilidade é possibilitado que o credor exija a respectiva reparação integral dos danos sofridos, de acordo com a responsabilidade civil inserida no contexto do contrato pactuado (Silveira, 2017).

Nos casos em que é verificado que o objetivo das partes não é o de limitar a responsabilidade, e de que o valor inserido pela cláusula penal se mostra inferior aos danos sofridos pelo credor, o julgador será capaz de afastar a aplicação da respectiva pena convencional, fixando a indenização conforme as regras gerais (Silveira, 2017).

3.4 APLICABILIDADE DO ART. N° 413 DO CÓDIGO CIVIL

Conforme exposto no capítulo anterior, os contratos nascem com o ideal de poderem ser formulados baseados na vontade das partes, permeados pelo princípio norteador do direito

privado (autonomia privada). Contudo, por mais que essa seja a diretriz basilar da formação dos contratos existem determinados princípios que também devem ser levados em consideração, tendo em vista a maior interferência do estado nas relações privadas (Freitas, 2023).

É sob esse contexto que a ingerência do estado no controle da cláusula penal se insere. A mudança pode ser verificada em outros ordenamentos jurídicos, como o português e o italiano, os quais trazem, em seus códigos, a possibilidade de redução da cláusula penal, tendo por objetivo a proteção do devedor diante de notória excessividade ou cumprimento parcial da obrigação (Freitas, 2023).

Assim, o Código Civil brasileiro adotou características que visam conferir esse amparo ao devedor diante da resolução dos contratos. A ideia é permitir que a cláusula penal seja alterada pelo julgador diante de critérios legais previstos. Dessa forma, segundo Trubilhano (2010, p. 88):

Enfim, sendo válida a obrigação e a cláusula penal, será possível sua redução judicial (i) quando o montante estipulado exceder o valor da obrigação principal; (ii) quando a obrigação principal tiver sido cumprida em parte; (iii) e quando o montante estipulado for manifestamente excessivo, tendo em vista natureza e a finalidade e a natureza do negócio.

O Código Civil dispõe no art. 412 que “o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.” (Brasil, 2002). Não significa, porém, que, caso a pena convencionada ultrapasse o valor da obrigação principal, ocorrerá necessariamente a declaração de nulidade da cláusula penal (Trubilhano, 2010).

Tendo em vista que o controle estabelecido pelo art. 412 trata de uma limitação que as partes contratantes devem se atentar quando o contrato é formado, partiremos, agora, para a análise das limitações impostas ao instituto da cláusula penal, em momento posterior à formação do contrato, quais sejam: o cumprimento parcial da obrigação e a manifesta excessividade, ambas tratadas pelo art. 413 do Código Civil (Olivieri, 2021).

O artigo 413 do Código Civil de 2002, respaldado pelo princípio da boa-fé objetiva tem, como propósito, prevenir que o credor, por meio do uso da cláusula penal, cometa abusividades e prejudique o devedor (Silva, 2008).

Primeiramente, iremos analisar os casos em que o parcial cumprimento da obrigação gera a possibilidade de a cláusula penal ser reduzida pelo magistrado, conforme expresso na

primeira parte do art. 413 do Código Civil. Pois bem, já havia a previsão, no art. 924¹⁵ do Código Civil de 1916, a previsão de que o juiz poderia reduzir a pena convencionada nos casos em que a obrigação tivesse sido adimplida parcialmente. Mas, ocorre que, no Código Civil anterior partia-se da ideia de que era uma opção do magistrado reduzir proporcionalmente a cláusula penal diante do inadimplemento parcial do devedor (Olivieri, 2021).

O art. 413 do Código Civil de 2002 mantém a ideia da proporcionalidade inserida no Código anterior. Mas não para por aí. Ele adicionou a ideia do critério da equidade para a possibilidade da revisão judicial da pena, tanto para quando a obrigação é cumprida em parte, quanto para quando a cláusula penal se mostra nitidamente excessiva (Olivieri, 2021). Por meio da redução equitativa, temos que, num cenário hipotético, caso a obrigação fosse cumprida na proporção de 50%, esse percentual seria o mesmo a ser utilizado na redução da cláusula penal. Assim, o julgador passa a analisar a situação fática de maneira mais dinâmica, interpretando por meio das especificidades de cada caso (Silva, 2008).

Este entendimento se mostra mais adequado tendo em vista que o cumprimento parcial realizado pode não ter significado nenhuma vantagem ao credor, de modo que, ao analisar tal cenário por meio do critério da equidade não haveria motivos para se pensar em redução da pena convencional. É nesse sentido que alguns autores¹⁶ entendem que, para que o adimplemento parcial da obrigação seja capaz de reduzir a cláusula penal faz-se necessário que, anteriormente, a obrigação prestada possa ser adimplida em partes, que ela tenha sido devidamente adimplida em parte, e que o credor tenha de fato auferido alguma utilidade com a obrigação cumprida em parte (Silva, 2008).

A outra possibilidade de redução da cláusula penal, inserida no art. 413 do Código Civil, é a manifesta excessividade da pena. A redução da cláusula penal pelo julgador, nos casos em que ela se mostre excessiva, tem como alicerce orientador o julgamento igualitário baseado na finalidade e na natureza do negócio (Carvalho, 2018). Quando tratamos de analisar o negócio jurídico em relação a sua natureza, estamos nos referindo a sua categoria, de modo que se possa identificar se o contrato é bilateral ou unilateral, se é oneroso ou se é gratuito, se é instantâneo ou continuado, se é de natureza civil ou de consumo. Já quando

¹⁵ Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.

¹⁶ Mais especificamente, o autor cita a professora Judith Martins-Costa e o professor Jorge Ferreira da Silva

tratamos da finalidade do negócio jurídico, estamos tratando do objetivo econômico da pena convencional; são os critérios de natureza mais subjetiva (Carvalho, 2018).

Assim, diante da análise desses fatores, o juiz deverá reduzir a cláusula penal estabelecida diante da confirmação do manifesto excesso ostensivo e perceptível, observando os critérios de equidade. Cumpre citar que a referida pena não pode ser reduzida de modo que se torne insignificante, o que descaracterizaria a cláusula penal, anulando a sua função de pré-liquidar as perdas e danos e de forçar o cumprimento da obrigação (Mendes, 2022). Nesse sentido, segundo Mendes (2022, p. 87):

Sob tais parâmetros, constatado desequilíbrio capaz de ensejar a redução da cláusula penal, inicia-se o juízo de “equidade”. Nesse momento, deve-se evitar arbitrariedades judiciais e valorações pessoais subjetivas do julgador. A redução deve estar direcionada às especificidades do caso concreto e preservar a finalidade cominatória e dissuasora da penalidade contratual.

As motivações para a redução da cláusula penal pelo juiz, diante de manifesta excessividade, são princípios como o da justiça corretiva, bem como a ética e a boa-fé objetiva atrelada aos negócios jurídicos. Logo, não é qualquer excessividade que será reduzida pelo magistrado, mas apenas aquelas em que se percebe a nítida desproporcionalidade entre o dano e a pena relacionado ao benefício econômico injusto auferido pelo credor (Pacheco, 2021). É aí que a redução equitativa não deve ser orientada pelo subjetivismo do julgador, mas, sim, pela diretriz presente no dispositivo legal, observando os fatores relacionados à finalidade e à natureza do negócio jurídico em questão (Guedes, 2023).

3.5 DEMAIS ASPECTOS IMPORTANTES ACERCA DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL

É importante, neste momento, realizar a análise de outros aspectos cruciais sobre o artigo 413 do Código Civil.

Primeiramente, um aspecto a ser analisado é o fato de haver ou não a necessidade de requerimento do interessado para que a cláusula penal seja reduzida, ou se o juiz pode, de ofício, realizar a revisão e a consequente redução da pena. Pois bem, tal discussão se trata de matéria controversa, tendo em vista que parcela da doutrina entende que a cláusula penal pode ser reduzida de ofício pelo magistrado, enquanto outra parcela acredita que a pena estabelecida só pode ser revisada mediante a provocação das partes. Em relação à parcela da doutrina que acredita que a cláusula penal só pode ser revisada pelo juiz a partir da arguição

das partes, esses entendem que o dispositivo legal não é expresso no sentido de que o magistrado tem o dever de reduzir a pena convencional.

Ademais, dada a natureza cogente da norma, o magistrado não tem de conhecer da matéria de ofício. Entende-se que há a necessidade de as partes requererem a revisão da cláusula que consideram desproporcional, não sendo permitido que o juiz decrete a redução da cláusula penal de ofício. Ainda, os interesses protegidos pela cláusula penal são, na sua maioria, disponíveis, acarretando a desnecessidade de o julgador decretar espontaneamente a revisão da cláusula penal estabelecida (Silva, 2008).

O momento em que deve ser provocada a revisão da cláusula penal também é importante. Ocorre que, tal arguição só poderia ser levantada pelas partes a partir do momento que a pena convencional se torna exigível. Assim, a avaliação da excessividade da cláusula penal só pode ser requerida após o inadimplemento e o devido conhecimento acerca dos danos ocasionados pelo referido não pagamento (Silva, 2008).

Já a parcela da doutrina que entende que a redução da cláusula penal deve ser realizada de ofício pelo magistrado (parcela majoritária) entende que, presentes os requisitos, o julgador, necessariamente, deve reduzir a pena estabelecida diante da sua manifesta excessividade. Ademais, tendo em vista que a cláusula penal enquadra-se como norma de ordem pública essa deve ser conhecida pelo juiz de ofício. Trata-se do entendimento que vem sendo replicado em alguns julgados da Corte Superior: “A despeito de a cláusula penal ser pacto acessório oriundo de convenção entre os contratantes, a sua fixação não fica circunscrita ao poder da vontade das partes contratantes, pois o ordenamento jurídico estatui normas cogentes para o seu controle”¹⁷

Ainda neste sentido:

O controle judicial da cláusula penal abusiva exsurgiu, portanto, como norma de ordem pública, objetivando a concretização do princípio da equidade - mediante a preservação da equivalência material do pacto - e a imposição do paradigma da eticidade aos negócios jurídicos. Nessa perspectiva, uma vez constatado o caráter manifestamente excessivo da pena contratada, deverá o magistrado, independentemente de requerimento do devedor, proceder à sua redução, a fim de fazer o ajuste necessário para que se alcance um montante razoável, o qual, malgrado seu conteúdo sancionatório, não poderá resultar em vedado enriquecimento sem causa. (...). Assim, figurando a redução da cláusula penal como norma de ordem pública, cognoscível de ofício pelo magistrado, ante sua relevância social decorrente dos escopos de preservação do equilíbrio material dos contratos e de repressão ao enriquecimento sem causa, não há falar em inobservância ao princípio da adstrição (o chamado vício de julgamento extra petita), em preclusão

¹⁷BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. ag. int. nos EDcl. no REsp. 1.517.702/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira turma, j. 28 ago. 2018. DJe 05 set. 2018.

consumativa ou em desrespeito aos limites devolutivos da apelação. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 1.447.247/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta turma, j. 19 abr. 2018. DJe 04 jun. 2018).

Assim, segundo Silva (2008, p. 106):

Judith Martins-Costa ressalta que o Código foi omissivo nessa questão – diferentemente do BGB, que, em seu artigo 343, exige o requerimento do devedor – e conclui que, em seu entendimento, no sistema do Novo Código Civil o pedido, embora conveniente, é desnecessário: “o juiz deve reduzir de ofício”. Para Nelson Rosenvald, “nosso Código Civil foi incisivo quanto à redução *ex officio* da cláusula penal”.

O entendimento majoritário, de fato, é o de que o artigo 413 tem natureza de ordem pública e, por isso, deve ser aplicado de ofício pelo magistrado. Tal regra já é verificada em ordenamentos jurídicos de outros países, como Portugal e Itália. O entendimento também já se consolidou nas decisões proferidas pelos tribunais pátrios, e como exemplo disso temos o enunciado 355 do Conselho de Justiça Federal, o qual prevê que: “Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, por se tratar de preceito de ordem pública.” (Gomide, 2021).

São inúmeras as discussões que permeiam a aplicação do artigo 413 na revisão das cláusulas penais instituídas nos contratos. Fato é que a norma tem por finalidade proteger o devedor diante de penalidades consideradas desproporcionais, ao mesmo tempo, preservando a função coercitiva e indenizatória da cláusula penal, sem que ela se converta em punição injusta. O entendimento de que o artigo 413 do Código Civil possui natureza de norma cogente é predominante, tendo em vista o seu caráter tutelador de interesses de ordem pública. Assim, é dever do magistrado, diante de uma manifesta excessividade ou de um parcial adimplemento, reduzir a pena estabelecida.

Ainda dentro deste aspecto, existe a abordagem da aplicação do referido dispositivo nas penas convencionais estabelecidas pelo artigo 67-A da Lei n. 4591/1967, tendo em vista as particularidades do contrato de promessa de compra e venda de unidades no contexto da incorporação imobiliária, que é o que iremos tratar no capítulo a seguir.

4 (IN) APLICABILIDADE DA REDUÇÃO EQUITATIVA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL NA CLÁUSULA PENAL PREVISTA NO ART. 67-A §5, DA LEI n° 4.591/1964

Diante de todo o exposto, é importante, agora, tratarmos da discussão que envolve a aplicação do art. 413 do Código Civil nas penas convencionais previstas no art. 67-A da Lei n. 4.591/1964. Pois bem, conforme dispõe a Lei n.º 4591/1964, nos casos em que o contrato celebrado entre adquirente e incorporador é desfeito, seja por meio do distrato ou da resolução por inadimplemento absoluto da obrigação pelo adquirente, há a incidência da pena convencional, que pode chegar até o percentual de 50% do montante pago (nos casos em que o empreendimento está inserido no regime do patrimônio de afetação).

Assim, a controvérsia surge diante da (in)compatibilização da previsão trazida pelo art. 67-A (inciso II e § 5º), da Lei n. 4.591/1964 e o art. 413 do Código Civil, o qual permite que o magistrado, diante do cumprimento parcial da obrigação ou da manifesta excessividade da pena convencional estipulada, possa reduzir a referida cláusula penal. Ressalta-se que a Lei n. 13.786/2018 (responsável por inserir o art. 67-A na Lei n. 4.591/1964) foi promulgada com alguns objetivos, entre eles, o de regular as consequências das extinções dos contratos inseridos no contexto da compra e venda de unidades sob o regime da incorporação imobiliária. Tanto é que, antes da Lei n.º 13.786/2018 o mercado imobiliário apresentava um quadro de insegurança jurídica a partir do momento que as retenções estabelecidas eram fixadas com percentuais arbitrados pelos próprios tribunais (Mendes, 2022).

Pois bem, surge então o questionamento acerca da aplicabilidade (ou não aplicabilidade) do artigo 413 do Código Civil diante dessa normatização específica, que é o que iremos tratar nos capítulos a seguir.

4.1 DA INCIDÊNCIA DO ART. 413 DO CÓDIGO CIVIL SOBRE A PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DISCIPLINADAS PELA LEI n.º 4.591/1964

Apresentadas as circunstâncias e as problemáticas acerca da aplicabilidade do art. 413 do Código Civil na pena convencional delimitada pela Lei n.º 4.591/1964, cumpre, neste momento, trazer os posicionamentos estabelecidos, pela doutrina e pela jurisprudência, favoráveis e desfavoráveis à redução. Nessa perspectiva, serão observados os principais pontos defendidos sobre a possibilidade de redução da cláusula penal estabelecida, ante a resolução dos contratos de promessa de compra e venda de unidades inseridas no contexto da incorporação imobiliária. A análise passará por aspectos mais gerais, acerca dos argumentos que reforçam a ideia da aplicabilidade ou inaplicabilidade do referido dispositivo. Mas o

enfoque será nas situações em que a pena convencional pode alcançar até 50% dos valores pagos pelo adquirente, limitação preconizada pelo §5º do art. 67-A da “Lei dos Distratos”.

4.1.1 O posicionamento doutrinário de quem defende a aplicabilidade do art. 413 do Código Civil para redução da pena convencional estabelecida pela Lei nº 4.591/1964

Os argumentos que favorecem a aplicação do art. 413 do Código Civil, nas cláusulas penais estabelecidas e previstas pelo então art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, representam hoje o majoritário posicionamento da doutrina. Do ponto de vista de quem defende a redução da pena convencional, inexistente qualquer tipo de antinomia entre as normas, de modo que, na Lei nº 4.591/1964 não há qualquer inferência em relação à não aplicação do art. 413 do Código Civil. Assim, tendo em vista que na “Lei dos Distratos” não há, ao menos formalmente, óbice para aplicação do art. 413, prevaleceria, então, a regra geral em que diante de manifesta excessividade ou parcial adimplemento da obrigação, as cláusulas penais podem ser reduzidas pelo magistrado (Mendes, 2022). Para eles, o art. 413 do Código Civil deve ser observado mesmo no âmbito das cláusulas penais inseridas no contexto dos contratos amparados pela Lei nº 4.591/1964, de modo que, independentemente de o percentual da pena convencional estar dentro dos limites estabelecidos pela lei específica, há a possibilidade de redução ante a observação dos requisitos previstos pelo dispositivo do Código Civil (Miranda, 2019).

Alguns autores acreditam que a aplicabilidade do art. 413 do Código Civil é ilimitada porque não há previsão de exclusão da sua aplicação (Tartuce; Melo, 2018). Outros, entendem que a cláusula penal, por mais que legalmente prevista, deve ser revisada e consecutivamente reduzida nos casos em que, diante de uma relação de consumo, se verifica que o consumidor será lesado (Viegas; Pamplona, 2019).

Ademais, grande parte da doutrina (como Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosenvald) pátria entende que o art. 413 possui natureza de ordem pública (bem como a doutrina italiana e a portuguesa), e, por isso, não pode ser afastada, seja diante do acordo entre as partes ou por meio de previsão contratual (Gomide, 2021). Nesse sentido:

Certo é que, em se tratando de cláusula penal, impõe-se ao magistrado, por meio da aplicação do art. 413 do CC (LGL\2002\400), reduzir o montante da multa cominatória, se a obrigação tiver sido cumprida em parte – caso do distrato imobiliário, sempre que verificar excesso ou exagero na sua fixação. O objetivo do comando legal é resguardar a função social dos contratos – art. 421 do CC/02 (LGL\2002\400), princípio informador das relações negociais (Viegas; Pamplona, 2019).

Tal posicionamento se torna mais evidente diante do percentual limite de até 50% da pena convencional nos casos em que o empreendimento está submetido ao regime do patrimônio de afetação, que é o que preconiza o §5 do art. 67-A da “Lei dos Distratos”. Segundo a parcela doutrinária¹⁸ que defende a aplicação do art. 413 do Código Civil, nessas situações a retenção de até 50% dos valores pagos pelo adquirente colocaria os incorporadores em uma posição de extrema vantagem em detrimento dos promitentes compradores (Viegas; Pamplona, 2019).

Assim, o §5 do art. 67-A, ao definir o limite da cláusula penal estabelecida no contrato, em até 50% do valor já pago, ocasiona o enriquecimento sem causa do promitente vendedor. O adquirente, ao perder metade do valor até então adimplido, mais as outras deduções estabelecidas pelo dispositivo (art. 67-A, §2) , se demonstra como algo inaceitável, e juridicamente não sustentável (Tartuce; Melo, 2019). Neste sentido, há o entendimento de que o §5 do art. 67-A da “Lei dos Distratos” não pode prevalecer sobre o que foi sumulado pelo verbete 543 do Superior Tribunal de Justiça, que determina:

Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 543, Brasília, 2015).

A partir desta perspectiva, esses autores entendem que o percentual da pena convencional não poderia ultrapassar o patamar da jurisprudência dos Tribunais, que estabeleceram o percentual entre 10% e 25% do valor já adimplido pelo promitente comprador. Ainda nesta abordagem reitera-se o fato de que há o entendimento de que a relação estabelecida entre adquirente e incorporadora se enquadra enquanto relação de consumo. Assim, deve ser reconhecida a vulnerabilidade do consumidor (art. 4º, inc. I, do CDC)¹⁹. Ademais, cumpre ressaltar o fato de que o risco do empreendimento é de responsabilidade do fornecedor, sendo injustificável que o incorporador transfira tal risco ao adquirente (Tartuce; Melo, 2019).

Assim, estes seriam os principais argumentos da parcela doutrinária que defende a aplicabilidade do art. 413 do Código Civil com o intuito de reduzir a pena convencional prevista.

¹⁸ Cristiano Chaves de Faria e Nelson Rosendal

¹⁹ O artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor prevê o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo”.

4.1.2 O entendimento jurisprudencial que permite a redução da pena convencional, por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil

A partir deste momento, iremos analisar como os Tribunais pátrios fundamentam suas decisões no sentido de aplicar o art. 413 do Código Civil com o objetivo de reduzir a pena convencional estabelecida contratualmente. O que podemos antecipar é que os argumentos utilizados nos julgados vão ao encontro do entendimento da doutrina que defende a redução do percentual estabelecido pelo §5 do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964.

Em um primeiro momento, cumpre citar que o entendimento jurisprudencial o qual defende a aplicação do referido dispositivo entende que “a aplicação da Lei nº 4.591/1964 não afasta a incidência das normas do CDC e Código Civil, sendo plenamente possível a revisão e modificação das cláusulas contratuais abusivas ou extremamente onerosas ao consumidor”. Esse foi o entendimento que prevaleceu no acórdão proferido pela 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, na Apelação Cível de autos nº 5460310-49.2022.8.09.0024. Assim, tendo em vista não haver quaisquer impedimentos que obstaculizam a aplicação do art. 413 do Código Civil na “Lei dos Distratos”, deve o magistrado agir ante a nítida excessividade da pena.

Usando fundamento parecido, temos o acórdão proferido pela 6ª Câmara Cível nos autos da Apelação Cível: 5641049-33.2022.8.09.0051/ TJGO, cujo Relator é o desembargador Pericles di Montezuma Castro Mouranos, o qual trouxe o entendimento a seguir:

em caso de rescisão do contrato por culpa do comprador, permitida é a retenção de até 50% dos valores pagos. 3 . Conquanto a cláusula contratual esteja em harmonia com a legislação de regência (§ 5º do art. 67-A, da Lei do Distrato), não se pode ignorar a aplicação conjunta das normas de proteção de defesa ao consumidor, que ostentam natureza de ordem pública e interesse social. 4. Deve ser mantida a sentença que determinou a redução da retenção para 20% sobre o montante pago, porquanto suficiente para compensar a incorporadora recorrente pelos prejuízos/investimentos decorrentes do desfazimento do negócio jurídico, percentual que se revela adequado, proporcional, e não acarreta enriquecimento ilícito .

É também o entendimento trazido por meio da decisão proferida pela 10ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, nos embargos de declaração de autos nº 10033465920258260003, de relatoria do desembargador Eduardo Francisco Marcondes, que apresenta que: “1. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor é válida mesmo para adquirentes "investidores". 2. A cláusula penal de 50% não é automática e deve ser compatível com o sistema de proteção ao consumidor”.

Nesta perspectiva, há o entendimento de que o promitente comprador se encontra amparado pelo direito consumerista, de modo que, caso seja verificada que a pena convencional estabelecida seja considerada exorbitante e desproporcional, é dever do magistrado agir, modificando a cláusula penal, equilibrando a relação estabelecida entre as partes. Tal fundamento foi utilizado também no voto do Relator Glênio José Wasserstein Hekman no acórdão proferido pela Vigésima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos autos da Apelação Cível: 5141586-09.2022 .8.21.0001.

Neste mesmo julgado, o Desembargador Glênio José Wasserstein Hekman entendeu que o percentual de 50% estabelecido pelo §5 do art. 67-A não é taxativo, ou seja, as penas convencionais não devem, obrigatoriamente, alcançar sempre o seu percentual máximo (50%). Pelo contrário, de acordo com o Desembargador tal percentual trata apenas de um limite, de modo que o Superior Tribunal de Justiça tem admitido o percentual da cláusula penal entre 10% e 25% do valor até então adimplido.

Ademais, existem alguns julgados que, ao fundamentar a redução da pena convencional estabelecida, utilizam do argumento de que determinado percentual (na sua maioria entre 10% e 25%) é considerado “suficiente” para compensar a incorporadora diante dos prejuízos provenientes da extinção contratual. É o entendimento proferido, por exemplo, pela 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, no acórdão proferido nos autos da apelação cível: 11559859620248260100, e pela 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo no acórdão proferido nos autos da apelação cível: 10083527720248260554, e pela 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, no acórdão proferido nos autos da apelação cível: 5392405-77.2021.8 .09.0051.

A análise dos julgados evidencia que, embora a Lei nº 4.591/1964 tenha buscado conferir maior segurança jurídica às relações contratuais, o Poder Judiciário tem relativizado suas disposições quando identificada manifesta desproporção entre as partes. Tal postura reforça a centralidade dos princípios consumeristas e da boa-fé objetiva nas decisões, o que confirma a necessidade de interpretar o art. 67-A em harmonia com o art. 413 do Código Civil. Assim, por mais que a promulgação da Lei nº 13.786/2018 tenha sido inovadora ao trazer percentuais máximos da pena convencional, observa-se que na prática tais limites não são totalmente respeitados pelos tribunais. Afinal, tem predominado a compreensão a respeito da possibilidade de redução da cláusula penal quando constatada sua desproporcionalidade, ainda que dentro dos limites do art. 67-A da Lei nº 4.591/1964.

Ao analisarmos os julgados que privilegiam a aplicação do art. 413 do Código Civil para reduzir as cláusulas penais inseridas neste contexto, notamos que o advento da “Lei dos Distratos” não modificou o entendimento já consolidado. As decisões judiciais, bem como a doutrina que entende ser necessária uma ponderação entre interesses, demonstrado por meio de um equilíbrio na esfera contratual estabelecida, coadunam seu entendimento nos parâmetros solidificados antes da promulgação da Lei nº 13.786/2018.

Os defensores da ideia de que o limite percentual de até 50% (dos valores pagos) da pena convencional se demonstra abusivo e desproporcional, se utilizam, por exemplo, de precedentes como aqueles estabelecidos pelo Recurso Especial nº 1224.921/PR de relatoria da Ministra Nancy Andrigli, julgado no ano de 2011, o qual estabelece que:

1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao status quo ante, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador. 2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25%- deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.

Esse entendimento vai ao encontro com a súmula nº 543 do Superior Tribunal de Justiça, publicada no ano de 2015, já citado anteriormente neste trabalho, a qual prevê que:

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.

Há também o entendimento consolidado, por meio da tese 6 do periódico Jurisprudência em teses do STJ, edição nº 110, publicada no dia 21 de setembro de 2018 (alguns meses antes da promulgação da Lei nº 13.786/2018) que estabelece:

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

Assim, mesmo após a promulgação da Lei nº 13.786/2018 nota-se que uma parcela dos julgados optam por aplicar o entendimento consolidado anteriormente, o qual estabelece ser justa e “suficiente” a cláusula penal no percentual entre 10% a 25% quando a resolução do contrato se dá por motivos causados pelo adquirente. Pautados, por questões como a posição

de vulnerabilidade em que se encontra o promitente comprador/consumidor, e a busca de equilíbrio entre o direito de restituição do comprador e o ressarcimento do vendedor, os tribunais constroem suas decisões em parâmetros já consolidados no ordenamento jurídico.

4.2 DA NÃO INCIDÊNCIA DO ARTIGO 413 DO CÓDIGO CIVIL SOBRE A PENA CONVENCIONAL NAS PROMESSAS DE COMPRA E VENDA DISCIPLINADAS PELA LEI nº 4.591/1964

Após a análise dos argumentos levantados, tanto pela doutrina quanto pelos Tribunais, favoráveis à aplicação do art. 413 do Código Civil ao art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, iremos, a partir de agora, trazer os principais fundamentos utilizados para não aplicação. Ou seja, caberá, neste tópico, realizar uma síntese dos principais fundamentos que amparam o entendimento de que os percentuais previstos no art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 não devem ser reduzidos.

4.2.1 O posicionamento da doutrina para não aplicação do art. 413 do Código Civil na pena convencional estabelecida pela Lei nº 4.591/1964

Uma primeira dúvida que permeia o tema e que instiga os defensores da inaplicabilidade do art. 413 do Código Civil nesse contexto seria se:

cláusulas gerais de boa-fé e da principiologia genérica consumerista seriam justificativas suficientes para suprimir os efeitos da tarifação cogente e expressa da retenção pelo empreendedor quando do inadimplemento absoluto do comprador (Terra, Marcelo; Ribeiro, Ana Paula, 2019).

A Lei nº 13.786/2018 teve por objetivo realizar (ou ao menos tentar realizar) a pacificação das relações estabelecidas nos negócios jurídicos elaborados entre os vendedores e os compradores de imóveis inseridos no contexto da incorporação imobiliária (Terra, Marcelo; Ribeiro, Ana Paula, 2019). O problema é que, antes da promulgação desta lei os parâmetros fixados em relação aos percentuais de retenção que a incorporadora deveria realizar, diante do desfazimento contratual ocasionado pelo inadimplemento absoluto do adquirente, eram auferidos pelos tribunais.

Assim, antes da promulgação da Lei nº 13.786/2018 as partes encontravam-se inseridas em uma zona cinzenta, já que os tribunais, apesar de seguirem percentuais de 10 a 25%, tinham autonomia para definir o percentual da pena convencional a ser retido, causando

enorme insegurança jurídica. Ocorre que, tendo em vista que o legislador, ao elaborar a Lei nº 13.786/2018, trouxe critérios objetivos e percentuais devidamente definidos, a possibilidade de aplicação do art. 413 do Código Civil, com o intuito de reduzir tais percentuais, estaria por si só afastada. De modo que, os percentuais estabelecidos no contrato podem ser livremente convencionados, desde que estejam sob a égide dos preceitos observados na lei, o que isentaria a pena convencional ali inserida de qualquer sinal de abusividade ou desequilíbrio (Terra, Marcelo; Ribeiro, Ana Paula, 2019).

Eis um dos argumentos levantados pelos defensores da inaplicabilidade do dispositivo previsto no Código Civil, tendo em vista que os percentuais limite encontram-se expressamente previstos em lei, não havendo que se falar em intervenção do judiciário para modificar a cláusula penal estabelecida contratualmente.

Há ainda a discussão acerca da prevalência da aplicação da Lei nº 13.786/2018 em detrimento do Código de Defesa do Consumidor, sabe-se que, os contratos de incorporação são regidos por lei própria (Lei nº 4591/1964). Contudo, sobre tais contratos há, também, a incidência do Código de Defesa do Consumidor. Ante a promulgação da Lei nº 13.786/2018, que altera substancialmente a Lei nº 4.581/1964, o magistrado deve aplicar o CDC em conformidade com as novas regras. Dessa forma, admite-se que a norma especial não revogue o princípio geral, mas apenas estabeleça uma exceção pontual, permitindo que ambos coexistam de maneira harmônica e voltada a finalidades próprias. Cumpre lembrar que a lei expressa a vontade coletiva e, uma vez em vigor, possui caráter obrigatório a todos os destinatários (art. 3º da LINDB). Por essa razão, não haveria fundamento para sustentar eventual prejuízo aos consumidores em contratos de incorporação imobiliária ou de loteamento. Ao contrário, o que se observa é a existência de um cenário normativo específico, no qual as disposições legais se complementam, aplicando-se a norma especial posterior ao caso concreto a que se destina (Terra, Marcelo; Ribeiro, Ana Paula, 2019).

Assim, a interferência do judiciário na autonomia privada, ao reduzir de ofício a cláusula penal cuja limitação é regida por lei própria, ameaçaria os interesses das partes. Sendo que, a ingerência do sistema judicial decisório dentro do âmbito da autonomia privada implicaria entrave significativo à plena concretização da eficácia imediata dos direitos fundamentais. Dito isso, surge a ideia de que, a pena convencional estabelecida nos contratos de incorporação não pode ser reduzida a partir da aplicação do art. 413 do Código Civil, já que a referida cláusula penal se encontra prevista expressamente em lei (Terra, Marcelo; Ribeiro, Ana Paula, 2019).

Nesse sentido, Gomide (2019, p. 20) aduz que:

Em princípio, se o incorporador estabeleceu a pena nos limites autorizados pela Lei, o art. 413 não poderia ser aplicado, uma vez que não se verifica penalidade ‘manifestamente excessiva’, mas, em verdade, em base admitida por Lei Federal.

Um outro quesito comumente citado pelos defensores da inaplicabilidade do art. 413 nos contratos de incorporação é o do incentivo à inadimplência do adquirente. O cenário anterior à promulgação da Lei nº 13.786/2018 representava insegurança jurídica e instabilidade, de modo que, diante das extinções dos contratos de incorporação, os tribunais reduziam as penas convencionais, o que desencadeou uma definição mais clara dos parâmetros de fixação dos efeitos indenizatórios da resolução do contrato. Tanto é que, durante este período era comum que os adquirentes optassem por extinguir o contrato de promessa de compra e venda e que ainda obtivessem uma restituição de 80% a 90% do valor adimplido (Gomide, 2019).

Nesta perspectiva:

Dados estatísticos demonstram, por exemplo, que, em 2016, mais de quarenta mil unidades tiveram as vendas canceladas até novembro, o equivalente a 44% das vendas totais no período. A reação do mercado imobiliário foi justamente pleitear uma alteração legislativa que pudesse readequar a jurisprudência brasileira que permitia que qualquer adquirente pudesse extinguir o contrato de forma unilateral e sem motivação, ou seja, como se fosse admitida a rescisão unilateral para extinção do contrato de promessa de venda regulado pela Lei 4.591/1964. (Gomide, 2019, p.11).

Foi por isso que o setor imobiliário objetivou e almejou por mudanças que trouxessem parâmetros específicos diante da massificação de demandas judiciais pleiteando a extinção dos contratos de promessa de compra e venda em que os promitentes adquirentes conseguiam obter a restituição de até 90% dos valores pagos. Diante desta necessidade que no ano de 2018 houve a promulgação da comumente conhecida “Lei dos Distratos”, a qual teve como propósito “realinhar a interpretação do contrato de promessa de venda à irretratabilidade prevista na Lei 4.591/1964” (Gomide, 2019).

Ainda em relação ao risco do incentivo à inadimplência do comprador, Sammi (2025):

Isso porque quando o comprador pode distratar o contrato com baixa penalidade e restituição antecipada dos valores pagos, cria-se um incentivo perverso: o contrato passa a ser tratado como uma escolha sem custo, como se o comprador pudesse decidir depois se quer ou não seguir no negócio, sem precisar pagar por essa possibilidade. O consumidor assume o contrato apenas se o mercado estiver favorável. Se o preço do imóvel cair ou se ele repensar sua decisão, pode desistir sem arcar devidamente com os custos econômicos dessa ruptura, deixando o ônus para o incorporador e, por extensão, para toda a cadeia produtiva e para os compradores adimplentes que permanecem no empreendimento. Essa é a essência

do problema: o incentivo gerado por decisões judiciais contrárias à lógica contratual e à legislação específica desequilibra o mercado e impõe custos sociais relevantes. O aumento do risco contratual precisa ser compensado, e as incorporadoras o fazem elevando os preços dos imóveis ou restringindo o acesso ao crédito. A conta, no fim, recai sobre todos os consumidores, inclusive os que agem de boa-fé.

Ainda neste aspecto, cumpre citarmos que a inaplicabilidade do art. 413 do Código Civil na cláusula penal regida pela Lei nº 4.591/1964 encontra respaldo no fato de que os percentuais previstos no referido dispositivo legal foram estipulados pelo legislador. Assim, tendo em vista que foi a própria lei que estabeleceu tais limites não haveria motivos de a pena convencional ser reduzida uma vez que ela se encontra dentro do limite legal previsto (Gomide, 2019).

Por outro lado, é inegável o caráter de natureza de ordem pública do art. 413, de modo que, o referido dispositivo seria de fato inafastável pelas partes. Contudo, é também inquestionável que, ao aplicar o art. 413 nas cláusulas penais o julgador atribui uma considerável carga de subjetividade. Assim, faz-se necessário que a redução do valor da multa imposta seja uma ferramenta utilizada em situações pontuais, sem exageros (Gomide, 2021).

Alexandre Junqueira Gomide, ao analisar o risco contratual nos negócios jurídicos estabelecidos no âmbito da incorporação imobiliária, pontua que (2021, p. 166-167):

Novamente, destacamos que a revisão judicial não pode se furtar à análise do risco contratual a que os contratantes se submeteram. No contrato *built to suit*, por exemplo, determinando-se a revisão judicial para reduzir a multa, as bases a que os contratantes fundaram a decisão de contratar podem ser alteradas, incorrendo em elevados prejuízos a uma das partes, sobretudo aquela que assumiu os maiores riscos. A preocupação pela redução da cláusula penal é ainda maior porque, além de o juiz, regra geral, ter poucos elementos para apreciar as tratativas que antecederam a contratação e os riscos contratuais a que os contratantes conscientemente foram submetidos, a forma da redução, segundo o dispositivo, é via equidade, o que resulta em uma análise subjetiva.

Assim, haveria a possibilidade de aplicação do art. 413 na redução das penas convencionais desde que o magistrado observe:

(i) a gravidade da infração; (ii) o grau de culpa do devedor e as vantagens que, para este, resultem do incumprimento; (iii) o interesse do credor na prestação; (iv) a situação econômica de ambas as partes; (v) a boa ou má-fé dos contratantes; (vi) as condições em que o contrato foi negociado e (vii) eventuais contrapartidas de que o devedor haja se beneficiado pela inclusão da cláusula penal, dentre outros fatores que o juiz poderá ponderar para tomar sua decisão. (Monteiro, 2014, *apud* Gomide, 2021, p. 167).

Deste modo, ante a proteção ao princípio da autonomia privada dos contratos e a liberdade das partes estipularem a cláusula penal, entende-se que os contratantes assumem o

risco ali estabelecido diante da possibilidade de inadimplemento da obrigação pactuada. Logo, não haveria motivos para o magistrado, enquanto terceiro não envolvido e não inserido no contexto em que o contrato foi celebrado, intervir e considerar que o percentual da cláusula penal é exagerado, utilizando-se do conceito abstrato da “equidade” para reduzir a pena convencional (Gomide, 2021).

Por meio de parecer contratado pela Associação Brasileira de Incorporações Imobiliárias (ABRAINIC), Teresa Arruda Alvim analisa a legalidade da cláusula penal prevista no § 5º do art. 67-A, da Lei nº 4.591/1964. O estudo se dá por meio da análise da decisão proferida no REsp nº 1.982.160/SP²⁰ que negou provimento ao pleito da incorporadora, ao requerer que o percentual da cláusula penal alcançasse 50% dos valores pagos, conforme a possibilidade prevista no dispositivo legal. Resumidamente, ante a insurgência das partes acerca da resolução do contrato estabelecido, houve, em primeiro grau, sentença favorável para a restituição de 80% dos valores pagos pelo adquirente, decisão a qual ignorou todos os dispositivos vigentes, incluindo o § 5º do art. 67-A (importante citar que o empreendimento se encontra submetido ao regime do patrimônio de afetação) (Alvim, 2023).

A decisão foi mantida em todas as instâncias, ao passo que, após a denegatória do Recurso Especial, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, reanalisou a situação no Agravo Interno, tornando a decisão agravada sem efeito, com o objetivo de que o tema fosse melhor analisado posteriormente. Desde então, o Recurso Especial aguarda julgamento da 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça. O parecer elaborado tem por objetivo afastar a decisão que rejeitou o conteúdo disposto no § 5º do art. 67-A (utilizando para isso a aplicação do art. 413 do Código Civil) a partir dos argumentos que iremos discorrer a seguir (Alvim, 2023).

Primeiramente, Teresa Arruda Alvim indica em seu parecer um fator relevante em relação aos fundos de investimento dos empreendimentos inseridos no contexto da incorporação imobiliária. Sendo que, grande parte dos recursos empregados na construção das unidades advém das parcelas pagas pelos promitentes compradores. A resolução dos contratos de compra e venda e a consequente devolução de basicamente o valor integral até então pago afeta, diretamente, o andamento da obra uma vez que atinge substancialmente os recursos financeiros utilizados. Nesse aspecto, a Lei nº 13.786/2018 tem por objetivo assegurar a segurança e a estabilidade do empreendimento, de maneira coletiva, já que, as resoluções dos contratos de compra e venda afetam todos os envolvidos, seja o incorporador sejam os adquirentes (Alvim, 2023).

²⁰ Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Turma, julgado em: 16 maio. 2022, DJe: 24 maio. 2022

Ademais, tendo em vista que os tribunais utilizam o fundamento da “manifesta excessividade” para reduzir as penas convencionais estipuladas nas resoluções contratuais por meio da aplicação do art. 413, Alvim demonstra que os percentuais estabelecidos não são, de forma alguma, abusivos, já que o percentual de retenção tem como referência a chamada “regra de três da Lei do Distrato”, o qual é obtido por meio da fórmula: $[(\text{valor pago} \times \text{cláusula penal}) \div \text{valor do contrato}] = \text{percentual retido pelo incorporador}$ (Alvim, 2023). Por meio da aplicação dessa fórmula é possível descobrir qual percentual de preço total do contrato o incorporador está efetivamente retendo quando aplica a cláusula penal prevista em contrato. Segundo Alvim (2023, p. 23):

Como se sabe, em geral, os adquirentes realizam o pagamento corresponde ao valor de 20% do preço imóvel até a entrega das chaves, momento em que têm ocorrido a desistência dos compromissos de compra e venda por parte dos adquirentes. Isso ocorre porque, após a entrega das chaves, há maior disponibilidade de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras, de acordo com a legislação em vigor [Lei 4.380/1964] o financiamento deverá ser de no máximo 80% do preço imóvel. Ou seja, para obter financiamento imobiliário os adquirentes devem quitar, com recursos próprios, no mínimo 20% do preço do imóvel. Por essa razão, a multa de 50% do valor pago corresponderá a 10% do valor do imóvel, pois corresponde a metade do valor pago (multas de 10% são admitidas pelo direito, inclusive em contratos sob a égide exclusiva da legislação consumerista).

Ante o exposto objetiva-se demonstrar que a pena convencional estabelecida pelo § 5º do art. 67-A da Lei nº 13.786/2018 não contém abusividades. Analisar e concluir que o percentual de 50% seria desproporcional demonstra que os intérpretes não compreendem como funcionam os mecanismos de financiamento aplicados ao contexto imobiliário, construídos com base em uma percepção incorreta das relações contratuais de aquisição do imóvel (Alvim, 2023).

Assim, Alvim reitera o fato de que a extinção de um contrato de compra e venda de imóvel, no contexto da incorporação imobiliária, interfere em todo o andamento da obra e impacta no resultado e na expectativa de toda a coletividade envolvida, ainda mais quando as resoluções são motivadas por culpa do adquirente (circunstância extremamente frequente) (Alvim, 2023). Ademais, a resolução dos contratos de compra e venda de unidades na planta causa ainda mais efeitos negativos aos terceiros envolvidos quando tratamos de empreendimentos submetidos ao regime do patrimônio de afetação, uma vez que, sob esse regime a incorporação fica incomunicável em relação ao patrimônio geral do incorporador, de modo a assegurar os meios necessários para execução da obra (Alvim, 2023).

Nesse sentido, acerca do regime do patrimônio de afetação, o art. 31-A da Lei nº 4.591/1964 prevê que:

Art. 31-A. A critério do incorporador, a incorporação poderá ser submetida ao regime da afetação, pelo qual o terreno e as acessões objeto de incorporação imobiliária, bem como os demais bens e direitos a ela vinculados, manter-se-ão apartados do patrimônio do incorporador e constituirão patrimônio de afetação, destinado à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes.

§ 1º O patrimônio de afetação não se comunica com os demais bens, direitos e obrigações do patrimônio geral do incorporador ou de outros patrimônios de afetação por ele constituídos e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

§ 2º O incorporador responde pelos prejuízos que causar ao patrimônio de afetação.

Alvim (2023, p. 27) ainda demonstra que “A incorporadora não pode – por expressa vedação legal e inviabilidade econômica – suprir deficiências financeiras da afetação, sem transferir eventuais prejuízos aos adquirentes”. Diante destas especificidades, inerentes ao regime do patrimônio de afetação, que tem por finalidade proteger a coletividade, bem como o devido cumprimento dos contratos de compra e venda de unidades.

Diante do exposto, notamos que os argumentos suscitados pelos defensores da inaplicabilidade do art. 413 do Código Civil na pena convencional estabelecida pelo art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 são sólidos e fundamentados, uma vez que, dada a previsão legal do limite do percentual da referida multa, em tese, não haveria motivos para qualquer tipo de redução. Ademais, diante do estabelecimento de critérios objetivos em relação às consequências do desfazimento dos contratos de compra e venda é que a segurança jurídica pode ser consolidada, tendo em vista a necessidade de evitar o incentivo à inadimplência do adquirente, situação que impacta diretamente todos os outros adquirentes de boa-fé.

4.2.2 O entendimento jurisprudencial que desprivilegia a redução da pena convencional estabelecida, por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil

Assim como analisamos decisões judiciais favoráveis à aplicação do art. 413, tendo por objetivo reduzir o percentual da cláusula penal prevista pelo art. 67-A da Lei nº 4.591/1964, iremos, neste momento, averiguar os fundamentos utilizados nos julgados os quais proferem decisões determinando a manutenção do percentual previsto na “Lei dos Distratos”, optando pela sua não redução.

Assim sendo, quando tratamos do percentual limite trazido pelo § 5º, do art. 67-A, da Lei 4.591/64, o qual trata dos empreendimentos submetidos ao regime do patrimônio de

afetação, existem julgados que entendem que, cumpridos os requisitos necessários (contrato firmado sob a vigência do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591/64 e o empreendimento encontra-se sujeito ao regime do patrimônio de afetação) não há motivos para que a cláusula penal imposta seja reduzida. É a fundamentação utilizada, por exemplo pelos julgados: Apelação Cível: 1033223-73.2022.8.26.0577, proferida pela 1ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na data de 04/06/2024, Apelação Cível: 1021805-17.2022.8.26.0003, proferida pela 6ª Câmara de Direito Privado do TJSP, na data de 18/05/2023, Apelação Cível: 01091172020228172001, proferida pela 1ª Câmara Cível do TJPE, na data de 09/06/2025 e a Apelação Cível: 10294436720238110041, proferida pela Terceira Câmara de Direito Privado do TJMT, na data de 27/11/2024.

As decisões proferidas utilizam como fundamento a legalidade do percentual previsto em lei, tendo em vista que a incidência do percentual de 50% do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591/64 tem por finalidade assegurar a continuidade da obra diante do prejuízo ocasionado pela extinção contratual realizada. Ainda neste sentido, os julgados citados entendem que, o percentual previsto em lei, uma vez inserido no contrato pactuado, tem legitimidade para ser cumprido, de modo que, deve-se promover a autonomia de manifestação de vontade das partes.

A seguir, alguns trechos fundamentais das decisões proferidas:

Restou comprovado nos autos, mediante certidão de matrícula do imóvel e cláusula contratual expressa, que o empreendimento imobiliário foi submetido ao regime de patrimônio de afetação, nos termos dos arts. 31-A a 31-F da Lei nº 4.591/64. 4. Nos casos de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação, a Lei nº 4.591/64, em seu art. 67-A, § 5º (incluído pela Lei nº 13.786/2018), autoriza expressamente que a pena convencional, em caso de rescisão por culpa do adquirente, seja estabelecida até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga [...] 7. A legalidade da retenção do percentual de 50% em contratos firmados sob a égide da Lei do Distrato e submetidos ao regime de patrimônio de afetação já foi reconhecida por este Egrégio Tribunal em caso análogo envolvendo a mesma Incorporadora. 8. Sentença de improcedência mantida em sua integralidade. 9. Recurso de Apelação Cível conhecido e desprovido [...]. (TJ-PE - Apelação Cível: 01091172020228172001, Relator: Marcelo Russell Wanderley, Data de Julgamento: 09/06/2025, Gabinete do Des. Marcelo Russell Wanderley (1ª CC).

Não há abusividade na cláusula que estipula pena convencional equivalente a 50% (cinquenta por cento) da quantia paga, quando o contrato foi firmado após as regras introduzidas pela Lei no 13.786/18, que entrou em vigor em 27 de dezembro de 2018, permitindo, a retenção prevista para os empreendimentos com regime de afetação, no montante de 50% do saldo dos valores pagos. (TJ-MT - Apelação Cível: 10294436720238110041, Relator: Dirceu dos Santos, Data de Julgamento: 27/11/2024, Terceira Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/11/2024).

Dentro desta mesma perspectiva, o ministro Luis Felipe Salomão, relator do Agravo em Recurso Especial nº 2.062.928/SP, julgado na data de 24/03/2022, trouxe o entendimento

de que a retenção à título de cláusula penal de até 50% dos valores pagos é legítima, tendo em vista que encontra respaldo no §5º do art. 67-A, da Lei do Distrato. Assim, não haveria motivos para a redução da pena convencional prevista, muito menos a possibilidade de declaração da sua nulidade considerando a prevalência do princípio de força obrigatória do *pacta sunt servanda*.

Há, ainda, o entendimento jurisprudencial que afasta a aplicabilidade do art. 413 na cláusula penal prevista pelo art. 67-A da Lei nº 4.591/1964 uma vez que, mesmo sob a perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, o percentual legalmente previsto pela “Lei do Distrato” não pode ser considerado abusivo, tendo em vista sua previsão legal. Tal argumento foi aplicado na decisão proferida pela 33ª Câmara de Direito Privado do TJSP nos autos da Apelação Cível: 10631936820208260002, publicada no dia 26/10/2021.

Ademais, em uma decisão proferida pela 2ª Câmara Cível do TJAL, nos autos da Apelação Cível: 07177723220228020001, o relator desembargador Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho entendeu que a “Lei do Distrato” promoveu um regime jurídico próprio em relação à resolução dos contratos de compra e venda ocasionados pelo inadimplemento absoluto do adquirente. Para o desembargador relator do caso, o contrato foi fiel ao prever todas as deduções presentes no art. 67-A da lei nº 4591/1964, de modo que a sentença de primeiro grau incorreu em omissão ao não contemplar a integralidade dos descontos e ressarcimentos previstos legalmente. Tal omissão causa prejuízo à construtora, ocasionando o distorcimento do objetivo almejado pela “Lei do Distrato”. Assim, a redução ou a omissão em relação às deduções previstas no dispositivo legal, pelo magistrado, resulta em um desequilíbrio econômico-financeiro da relação contratual, acarretando no enriquecimento sem causa do adquirente.

Ainda, em relação à perspectiva de prevalência do percentual de até 50% previsto no §5º do art. 67-A, da lei nº 4591/1964, em virtude de o empreendimento encontrar-se regido pelo sistema do patrimônio de afetação, há julgados que entendem que tal retenção é legítima, tanto pelo fato de a referida retenção possuir respaldo legal, quanto pelo fato de que esta previsão promove a proteção coletiva da construção e da respectiva entrega das unidades compradas pelos demais adquirentes. O ministro Moura Ribeiro, ao verificar a aplicabilidade do percentual previsto no §5º do art. 67-A por meio do julgamento do REsp nº 2.023.712/SP, julgado na data de 28/11/2022, afirmou que:

A pena convencional estabelecida para os contratos derivados de incorporação submetida ao regime de patrimônio de afetação pode chegar até o limite de 50% dos valores pagos. Isso porque, com o patrimônio afetado, o pagamento das parcelas

pelos adquirentes não se mistura ao patrimônio da incorporadora, não podendo, por exemplo, fazer parte de massa falida, justamente porque esses valores serão utilizados para a conclusão da obra, assegurando a higidez financeira do empreendimento e garantindo a futura entrega das unidades aos compradores adimplentes. Ou seja, foi uma opção do legislador para proteger a coletividade dos adquirentes e o próprio cumprimento do contrato.

Neste mesmo sentido, o ministro Raul Araújo, ao analisar o REsp de nº 2.055.691/SP, proferiu decisão, publicada na data de 13/06/2023 a qual trouxe o entendimento de que a cláusula prevista contratualmente encontrava-se em consonância com o conteúdo disposto pelo §5º do art. 67-A, da lei nº 4591/1964, impossibilitada, assim, de ser reduzida ou anulada. Ademais, o ministro concluiu que, tendo em vista que o empreendimento integrava o regime do patrimônio de afetação, a retenção de até 50% dos valores até então pagos é legítima e visa proteger a manutenção e finalização da obra.

Alguns outros julgados que seguem o mesmo entendimento: Apelação Cível: 1017887-39.2021.8.26.0100, proferida pela 29ª Câmara de Direito Privado do TJSP, DJe: 31/03/2023, Apelação Cível: 10730469-81.2021.8.07.0001, proferida pela 1ª T.C, DJe: 31/05/2022 e Apelação Cível: 0002281-77.2021.8.19.0004, proferida pela 20ª C.C do TJRJ, DJe: 01/04/2022.

Da análise dos julgados foi possível verificar que existe uma parcela considerável dos magistrados brasileiros que privilegiam a legitimidade dos percentuais limite previstos no art. 67-A da lei nº 4.591/1964, de modo que, desde que cumpridos os requisitos previstos no dispositivo legal, não há razões para a alterar ou anular a pena convencional estabelecida. Ante a imprevisibilidade e instabilidade das decisões judiciais vivenciadas antes da promulgação da “Lei do Distrato” houve a necessidade da criação de critérios objetivos acerca das consequências do desfazimento dos contratos de compra e venda.

Assim, tendo em vista que a lei nº 4.591/1964 tem por finalidade estabelecer maior previsibilidade e segurança jurídica aos integrantes do referido negócio jurídico, se faz necessário que haja a prevalência da autonomia das partes, evitando o desequilíbrio econômico-financeiro proveniente das instabilidades antes vivenciadas. É a partir desta perspectiva que os magistrados alegam que a cláusula penal estabelecida com os percentuais previstos no art. 67-A da lei nº 4591/1964 deve ser respeitada, principalmente (não somente) pelo fato de que a resolução dos contratos de compra e venda de imóveis inseridos no contexto da incorporação imobiliária afeta, não apenas os envolvidos diretamente, mas toda a coletividade.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo analisar a possibilidade de redução do percentual da pena convencional, prevista no art. 67-A da lei nº 4.591/1964, por meio da aplicação do art. 413 do Código Civil. A contrariedade estabelecida entre a aplicabilidade ou inaplicabilidade do art. 413 no dispositivo estabelecido pela “Lei do Distrato” está, primeiramente, no fato de o percentual, de 25% (no caso dos empreendimentos não submetidos ao regime do patrimônio de afetação) e 50% (no caso dos empreendimentos submetidos ao regime do patrimônio de afetação) possuir previsão legal expressa. Em relação a esse critério pode-se afirmar que, de fato, os percentuais previstos têm por objetivo trazer critérios fixos de modo a alcançar maior estabilidade e segurança jurídica aos integrantes da relação jurídica estabelecida.

Os percentuais previstos, principalmente quando tratamos do percentual limite de 50%, previsto no §5º do art. 67-A, da lei nº 4.591/1964, foram estabelecidos a partir da análise dos mecanismos de financiamento aplicados ao contexto imobiliário, de modo que, não incorrem em abusividades as cláusulas que possuem porcentagem as quais se enquadram no percentual previsto em lei. Assim, as abusividades e excessividades são percebidas a partir do momento que a cláusula penal extrapola os percentuais previstos na lei.

Hoje, os tribunais pátrios não possuem um posicionamento consolidado acerca do tema, já que, uma parcela entende que o art. 413 do Código Civil deve ser aplicado já que possui natureza de ordem pública, podendo ser aplicada independentemente da vontade das partes. Para os defensores da aplicabilidade do art. 413 não há qualquer impedimento para a sua aplicação, de modo que, a retenção de até 50% dos valores pagos pelo adquirente inadimplente representa uma extrema vantagem ao incorporador gerando enriquecimento sem causa destes. Assim, a parcela doutrinária que entende pela possibilidade da aplicação do art. 413 mantém o entendimento elaborado pela jurisprudência antes da promulgação da “Lei do Distrato”, que seria a possibilidade de a cláusula penal oscilar entre 10% e 25% dos valores até então pagos.

Não haveria necessidade de elaboração e posterior promulgação de uma lei que visa estruturar e especificar as consequências do desfazimento dos contratos de compra e venda de unidades inseridas no contexto da incorporação imobiliária se, na prática, as decisões judiciais mantivessem o mesmo padrão adotado antes da nova lei estabelecida. É importante ressaltar

que os percentuais previstos pelo “novo” dispositivo foram elaborados por meio da análise dos mecanismos de financiamento aplicados ao contexto imobiliário, de modo a garantir o andamento e a finalização da obra evitando auferir prejuízos a terceiros.

Ademais, ao tratarmos dos empreendimentos regidos pelo sistema do patrimônio de afetação é importante ressaltarmos que o regime segregado visa garantir a conclusão da obra e proteger os demais adquirentes, exigindo maior margem financeira para recompor prejuízos e custos administrativos decorrentes do distrato. Assim, tendo em vista que essa estrutura jurídica impõe obrigações adicionais ao incorporador, como a manutenção de contas separadas e a impossibilidade de livre movimentação dos recursos, o percentual de retenção de até 50% dos valores pagos visa mitigar riscos e assegurar a continuidade do empreendimento

O art. 67-A da lei nº 4.591/1964 representa uma inovação do ordenamento jurídico brasileiro, já que trouxe percentuais fixos de limitação para a cláusula penal diante da especificidade em que o contexto dos contratos de compra e venda de imóveis na planta encontra-se inserido. Obviamente, a proteção ao consumidor e aos interesses essenciais da coletividade devem ser levados em consideração, contudo, ignorar as consequências da extinção dos contratos inseridos neste contexto compromete toda a coletividade, incluindo os adquirentes que estão adimplindo corretamente com as suas obrigações.

É nítida a lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro em relação ao tema, sendo necessário que seja feita uma ponderação acerca dos interesses e princípios envolvidos. De fato, os princípios relacionados à autonomia privada e à força obrigatória dos contratos não devem colocar em risco a integridade financeira de nenhuma das partes, todavia, é importante que as condições particulares dos contratos de compra e venda de unidades na incorporação imobiliária sejam levadas em consideração, bem como todo o prejuízo ocasionado pela resolução de tais contratos motivado pelo inadimplemento absoluto dos adquirentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018.** Altera as Leis nºs 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para dispor sobre a resolução do contrato por inadimplemento de adquirente de unidade imobiliária no âmbito do patrimônio de afetação e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 156, n. 249, p. 1, 28 dez. 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13786.htm. Acesso em: 4 ago. 2025.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [\[https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm.\]](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm) Acesso em: 4 ago. 2025.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Incorporação imobiliária.** 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRASIL, **Lei nº 5.481, de 25 de junho de 1928.** Dispõe sobre a alienação parcial do solo e dá outras providências. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, 1928. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dpl/DPL5481-1928.htm. Acesso em: 5 set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 03 dez. 2025.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 dez. 2025.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 9 nov. 2025.

BORGES, Marcus Vinícius Motter (Org.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro.** Prefácio de Luis Felipe Salomão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

BORGES, Marcus Vinícius Motter. Incorporação imobiliária. *In*: BORGES, Marcus Vinícius Motter (org.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro.** Prefácio de Luis Felipe Salomão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.366-499.

BRITO, Rodrigo Azevedo Toscano de. Incorporação Imobiliária à luz do CDC. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 178.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Lei 13.786/2018 (Lei dos “distratos”): Aspectos controvertidos decorrentes da extinção da relação contratual na incorporação imobiliária.** Revista IBRADIM de Direito imobiliário, São Paulo, n.2, jul. 2019. Disponível

em:https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/60714473/Lei_13786_aspectos_controvertidos_-_diagramado_-_revista_ibradim20190926-40199-11rwwhp-libre.pdf?1569527950=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DLei_13786_2018_Lei_dos_Distratos_aspecto.pdf&Expires=1755460898&Signature=floGp-0DNQ4uJ0sY8HEHUrzwEkHCqZeofKVX-g4d530znspeE4p5lgOX0RYabZavD-DpuGRRW~jE7PPwmdut7l0eZEtY8vMPIHnvJ1LA624ytCtfAXEEAjlg1AKCm37lxmtu~N-fm7yzp5KDTRxiWsR3OnVKnMaGMte5MdLmrrHi1wR71ugWas1mmg78jQt2~nmvXrZP6csEj9iR8bGxQtpFDg3Z4g4j~ekVuHT4UoQ4x5OqEhe9xEBzTEc7o1Em6dFHScB19F4zYqNICtxEyjfYwxKqlAKdZW7baz~oMB-aoTqGX4yopQbyDobT~UeKZMoT1FexII6-uY4aTexAA__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 15 jul. 2025.

CHALHUB, Melhim Namem, **Incorporação Imobiliária**. 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 25-27. Documento eletrônico. ISBN 978-85-309-8686-5. Acesso em: 5 set. 2025.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **O risco contratual e sua perspectiva na incorporação imobiliária**. 2021. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-27092022-105737/publico/8871000DI0.pdf>. Acesso em: 17 set. 2025.

VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo; PAMPLONA, Rodolfo Filho. **Distrato imobiliário: natureza jurídica da multa prevista na Lei 13.786/2018**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 1008, p. 195-217, out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 4º Turma. **Agravo em Recurso Especial nº1.049.515/DF**. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, julgado em 10 fev. 2017. Brasília, DF. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>. Acesso em: 25 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 543**, Segunda Seção. Brasília, julgado em 26 ago. 2015, publicada no DJe em 31 ago. 2015. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_543_544_2015_Segunda_Secao.pdf. Acesso em: 8 set. 2025.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): Primeiras impressões a respeito da extinção da relação contratual**. Migalhas, São Paulo, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/1/art20190116-11.pdf>. Acesso em: 18 set. 2025.

DE MATTOS, Bruno Magalhães. **DA RESOLUÇÃO DOS CONTRATOS DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA: COMENTÁRIOS ACERCA DA LEI Nº 13.786/2018**. Revista da EMERJ, [S. l.], v. 22, n. 3, p. 100–133, 2019. Disponível em: <https://ojs.emerj.com.br/index.php/revistadaemerj/article/view/183>. Acesso em: 8 set. 2025.

SILVA, Rodrigo da Guia. **Lei nº 13.786/2018 e a nova disciplina das incorporações imobiliárias**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, v. 25, p. 259-269, jul/set. 2020. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/354/397>. Acesso em: 10 set. 2025.

MENDES, Lucas Rocha. **A redução da pena convencional das promessas de compra e venda em incorporação imobiliária após a Lei nº 13.786/2018 sob a ótica da análise econômica do direito.** Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2022. Disponível em: <https://tede.ufsc.br/teses/PDPC1652-D.pdf>. Acesso em: 11 set. 2025.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, E. Elias de Oliveira; SILVA, Bruno Mattos. **A recente Lei do Distrato (Lei nº13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento.** Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/artigo-lei-distrato.pdf>. Acesso em: 18 set. 2025.

GOMES, Orlando. **Contratos.** Atual. Humberto Theodoro Júnior. 17ª ed. Rio de Janeiro:Forense, 1997.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências.** São Paulo: 1949.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Distratos na incorporação imobiliária: entenda a nova legislação.** Brasília: CBIC, 2019a. Disponível em: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2019/05/Cartilha_Distratos_na_Incorporacao_Imobiliarias.pdf. Acesso em: 09 ago. 2025.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE INCORPORADORAS IMOBILIÁRIAS. **Indicador da Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias. 2025.** Disponível em: <https://www.abrainc.org.br/>. Acesso em: 07 ago. 2025.

JÚNIOR, José Osório de Azevedo. A resolução do compromisso de compra e venda - questões atuais. In: CARVALHO, Fabiano; BARIONI, Rodrigo (Coord.). **Processo imobiliário: questões atuais e polêmicas sobre os principais procedimentos judiciais e extrajudiciais referentes a bens imóveis.** São Paulo: Forense, 2011. p. 227 - 245.

OLIVAR, Vitale. Contratos imobiliários. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (org.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro.** Prefácio de Luis Felipe Salomão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.182 - 197.

ARAKEN, Assis. Corretagem imobiliária. In: BORGES, Marcus Vinícius Motter (org.). **Curso de Direito Imobiliário Brasileiro.** Prefácio de Luis Felipe Salomão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p.236 - 255.

RODOVALHO, Thiago. **Cláusula penal: Natureza jurídica, função e poder/dever de redução equitativa.** Revista Jurídica Luso - Brasileira, Lisboa, ano 7, n ° 6, p. 2245 - 2273, 2021. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/77483839/Artigo_Rodvalho_Clausula_Penal_-libre.pdf?1640698321=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DClausula_Penal_Nat

ureza_Juridica_Funcao.pdf&Expires=1758202263&Signature=R~2tvEST~VjL6RbvWPTmUFRfVRfQwmZ8CR75YfTuhJ58XoMBc5amvK8e7AXPv39IJSZfzVXn0q7DUX0HIE-uinDpew3E1SIPrvbB7y91Ac5eQLXk2os2oPKyrkNYf7Huui6CYOXstj5jLOCVbFJWLaxq3xauwPyI26Kep43uDRnk8hB7ltm48rLl1j7qWBCixHzxrdisfmWGmrwBroma3S8erSMgBKhdQkEwXCac000Qx3Q3SsrlmrCaHRUZuL90vhsyaXr5U4bhag3uHP9oK0SnxgRMztH9Nv0E7MNqcd9RCV8m95zB-xP4DMG7SYdje1sfrS-pscOGuc-l4GCYg__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 18 set. 2025.

BEVILÁQUA, Clóvis, **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado por Clóvis Beviláqua**, vol. IV, 5ª ed., Livraria Francisco Alves, São Paulo, 1938.

SILVA, Leonardo Di Cola N. **Cláusula Penal e o Código Civil de 2002**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Leonardo%20Di%20Cola%20N%20Silva.pdf?utm_source=chatgpt.com. Acesso em: 28 set. 2025.

KONDER, Carlos Nelson. **Arras e cláusula penal nos contratos imobiliários**. Revista dos Tribunais Online, Rio de Janeiro, v. 5/2014, p. 83 - 104, Mar - Abr/ 2014. Disponível em: https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/47054027/Carlos_Nelson_Konder_-_Arras_e_clausula_penal_nos_contratos_imobiliarios-libre.pdf?1467813847=&response-content-disposition=inline%3B+filename%3DArras_e_clausula_penal_nos_contratos_imo.pdf&Expires=1758203777&Signature=Mjp40kZVWJB7Zy6dIzgJitglxtJoyAv4TiXgPgghQ6pa01Ntwmjv7i4gj8zndHVUeSXH1t62P1nKXsIleKf7S7DIEn95Y1j2-uh5sWL1~Pt9TKgtrOu1rZY5x9Lcf0AY7fu9G7ZS58qiyO4BiyLjO8-IDJtpRWo6wLo32r8SuZrIFLTy3Uaw8-CaQXsUZBMLouZ9VMAdMkODnb95mbrKg~5J626CMdAm5rANRDo2RCCBwo-p-U6BlxSPFYHB05gA-Nj~6iK8fAIdO1~KueqceID6K6ioatgYPaiutaehC7mhOF6vZBn5vz0ml--WpFqDP6ZuPnVUNtodbpYvBpIr w__&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA. Acesso em: 10 set. 2025.

SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-22032021-233937/publico/10230548_Tese_Original.pdf. Acesso em: 15 set. 2025.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **Cláusula penal e sinal: As penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/37196/1/ulfd135719_tese.pdf. Acesso em: 28 set. 2025.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Tempos de incertezas. Fim da vinculação das partes aos contratos?** Migalhas, São Paulo, 10 dez. 2015. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/231277/tempos-de-incertezas--fim-da-vinculacao-das-partes-aos-contratos>. Acesso em: 3 out. 2025.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. **Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na lei 13.786/18**. Migalhas, São Paulo, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/293842/primeiras-linhas-sobre-a-restituicao-ao-cons>

umidor-das-quantias-pagas-ao-incorporador-em-caso-de-desfazimento-do-vinculo-contratual-na-lei-13-786-18. Acesso em: 3 out. 2025.

OLIVEIRA, E. Elias de Oliveira; SILVA, Bruno Mattos. **A recente Lei do Distrato (Lei nº13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento**. Consultor Jurídico - ConJur, São Paulo, 6 jan. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/wp-content/uploads/2023/09/artigo-lei-distrato.pdf>. Acesso em: 18 set. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **REsp n. 1.820.330/SP**. Relator: Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 24 nov. 2020. p.1. DJe: 1 dez. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=118543342&tipo=5&nreg=201901700690&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20201201&formato=PDF&salvar=fals>e. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **EAg n. 1.138.183/PE**. Relator: Min. Sidnei Beneti. Julgado em 04 out. 2012. p.6. DJe: 04 out. 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27EAG%27%20INPATH\(CLAS\)%20AND%20%271138183%27%20INPATH\(NUM\)\)%20OR%20\(\(%27EAg%201138183%27\)%20INPATH\(SUCE\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27EAG%27%20INPATH(CLAS)%20AND%20%271138183%27%20INPATH(NUM))%20OR%20((%27EAg%201138183%27)%20INPATH(SUCE))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 5 out. 2025.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). **REsp n. 2.024.829/SC**. Relator: Min. Nancy Andrighi, Julgado em: 03 mar. 2023. p. 2. DJe: 10 mar. 2023. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(%27RESP%27%20INPATH\(CLAS\)%20AND%20%272024829%27%20INPATH\(NUM\)\)%20OR%20\(\(%27Resp%202024829%27\)%20INPATH\(SUCE\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=(%27RESP%27%20INPATH(CLAS)%20AND%20%272024829%27%20INPATH(NUM))%20OR%20((%27Resp%202024829%27)%20INPATH(SUCE))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 05 out. 2025.

CÂMARA BRASILEIRA DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO. **Desmistificando a incorporação imobiliária e o patrimônio de afetação**. Brasília: CBIC, 2019b. Disponível em: <https://brasil.cbic.org.br/acervo-publicacao-desmistificando-a-incorporacao-imobiliaria-e-o-patrimonio-de-afetacao-2019>. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AREsp n. 2.062.928/SP**. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, Julgado em: 24 mar. 2022. DJe: 04 abr. 2022. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/?&sequencial=148699427&num_registro=202200261351&data=20220404&data_pesquisa=20220404&componente=MON. Acesso em: 08 out. 2025.

RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio edilício e incorporação imobiliária**. 8. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2021. Pág. 609.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 2.023.713/SP**, Relator: Min. Moura Ribeiro, Julgado em: 15 set. 2022. DJe: 23 set. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/paginas/Sob-medida/Advogado/Jurisprudencia/Pesquisa-de-Jurisprudencia.aspx>. Acesso em: 05 out. 2025.

ABELHA, André; GOMIDE, Alexandre Junqueira. **Breves críticas apriorísticas sobre as teses proferidas pelo STJ sobre a cláusula penal nos contratos imobiliários**. Migalhas,

São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/303318/breves-criticas-aprioristicas-sobre-as-teses-proferidas-pelo-stj-sobre-a-clausula-penal-nos-contratos-imobiliarios>. Acesso em: 10 out. 2025.

KARAM, Marco Antonio. **Resolução de contrato imobiliário. Comentários à Lei 13.786/2018**. Revista de Direito do Consumidor, v. 123/2019, p. 337-356, maio/jun. 2019.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil. Obrigações em Geral**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. II.

GONZALES, Diego Caldeira. **A cláusula penal no direito brasileiro: Gestão privada de riscos submetida ao controle de legalidade**. Migalhas, São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/8/F6BBCC21B180CA_AClausulaPenalnoDireitoBrasile.pdf. Acesso em: 14 out. 2025.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 330.

BRANCO, Luiz Carlos. **Cláusula Penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. Tese (Programa de Pós-Graduação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8936/1/Luiz%20Carlos%20Branco.pdf>. Acesso em: 12 jul. 2025.

CARVALHO, Thomas Alexandre de. **Critérios de modificação da cláusula penal à luz do artigo 413 do Código Civil Brasileiro. 2018**. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-25092020-155634/publico/6853402_Dissertacao_Original.pdf. Acesso em: 18 set. 2025.

LAUTENSCHLÄNGER, Milton Flávio de A. C.; QUEIROZ, Odete novais Carneiro. Da autonomia privada à função social dos contratos. **Revista Argumentum**, Marília/SP, v. 20, n.2, p. 651-689, mai-ago. 2019. Disponível em: <https://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1180>. Acesso em: 16 out. 2025.

MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. A autonomia privado no direito contratual contemporâneo. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 14, n. 3, ago-dez. 2020. Disponível em: <https://ojs.unialfa.com.br/index.php/pensamentojuridico/article/view/462/369>. Acesso em: 16 out. 2025.

SILVEIRA, Marcelo Matos Amaro da. **Cláusula penal e sinal: As penas privadas convencionais na perspectiva do Direito português e brasileiro**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação) - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. Disponível em: https://repositorio.ulisboa.pt/bitstream/10451/37196/1/ulfd135719_tese.pdf. Acesso em: 28 set. 2025.

FREITAS, Adalberto Loureiro. **Da intervenção judicial nas cláusulas penais**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2023. Disponível em:

<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-08112024-161721/publico/11549910MI O.pdf>. Acesso em: 04 set. 2025.

PEREIRA, Fernando da Cunha. **Cláusula penal e sua flexibilização pelo Judiciário: Uma crítica ao intervencionismo nas relações privadas**. Migalhas, São Paulo, 2025. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/430733/clausula-penal-e-sua-flexibilizacao-pelo-judicial-rio-relacoes-privadas>. Acesso em: 25 ago. 2025.

TRUBILHANO, Fabio Souza. **A cláusula penal e sua limitação no ordenamento jurídico brasileiro e no direito estrangeiro**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/5490/1/Fabio%20Souza%20Trubilhano.pdf>. Acesso em: 10 set. 2025.

OLIVIERI, Isabella Souza Costa. **Revisão da cláusula penal: critérios para uma readaptação funcional**. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito) - Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.bdt.uerj.br:8443/bitstream/1/21888/2/Disserta%c3%a7%c3%a3o%20-%20Isabella%20Souza%20Costa%20Olivieri%20-%202021%20-%20Completa.pdf>. Acesso em: 14 set. 2025.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Rio de Janeiro, 5 jan. 1916.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Redução da cláusula penal (artigo 413 do Código Civil)**. AGIRE, Direito Privado em Ação, n.º 65, 15 maio. 2023. Disponível em: <https://agiredireitoprivado.substack.com/publish/post/121458271>. Acesso em: 20 jul. 2025.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Centro de Estudos Judiciários. **Enunciado n. 355 da IV Jornada de Direito Civil**. Coordenador-Geral: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Coordenadores da Comissão de Trabalho: Paulo de Tarso V. Sanseverino; Nelson Nery Jr.; Eugênio Facchini Neto; Carlos Roberto Gonçalves. Brasília: CJF, 2006. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/431>. Acesso em: 29 out. 2025.

MIRANDA, Victor Vasconcelos. **Lei 13.786/2018 – Distrato: primeiras considerações sobre a desconstituição do vínculo contratual e seus consectários jurídicos**. In: VITALE, Olivar (coord.). Lei dos Distratos: Lei 13.786/18. São Paulo: Quartier Latin, junho de 2019. p. 378-379.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de; TARTUCE, Flávio. **Primeiras linhas sobre a restituição ao consumidor das quantias pagas ao incorporador em caso de desfazimento do vínculo contratual na lei 13.786/18**. Migalhas 07jan2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/293842/primeiras-linhas-sobre-a-restituicao-ao-consumidor-das-quantias-pagas-ao-incorporador-em-caso-de-desfazimento-do-vinculo-contratual-na-lei-13-786-18>. Acesso em: 2 out de 2025.

SILVA, João Gabriel Ribeiro Pereira. **A cláusula penal nos contratos de incorporação imobiliária**. Revista de Doutrina Jurídica, Brasília, DF, v. 110, n. 2, p. 291-307, 2019.

Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/443>. Acesso em: 05 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Dos contratos de promessa de compra e venda e de compra e venda de bens imóveis - II.** Edição n. 110, p.3, set. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20Teses%20110%20-%20Da%20Promessa%20e%20da%20Compra%20e%20Venda%20de%20Im%C3%B3veis%20-%20II.pdf. Acesso em: 11 nov. 2025.

TERRA, Marcelo; RIBEIRO, Ana Paula. **Compromisso de Compra e Venda: a tarifação expressa da Cláusula Penal pela Lei 13.786, a “Lei dos Distratos”.** Migalhas, São Paulo, 20 fev. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/296611/compromisso-de-compra-e-venda--a-tarifacao-expressa-da-clausula-penal-pela-lei-13-786--a--lei-dos-distratos>. Acesso em: 11 nov. 2025.

ALVIM, Teresa Arruda. **[Parecer sobre a legalidade da cláusula penal prevista para a hipótese de resolução – por parte do adquirente – de promessa de compra e venda de imóvel firmada após a edição da Lei nº 13.786/2018, que incluiu o art. 67-A, § 5º, na Lei nº 4.591/1964].** Curitiba: Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias – ABRAINC, 2023. Parecer jurídico.

SAMMI, Priscila Mie Gomes. **Quando a proteção vira insegurança: O efeito das decisões judiciais sobre distratos no mercado imobiliário.** Migalhas, São Paulo, 2025. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/438273/o-efeito-das-decisoes-judiciais-sobre-distratos-no-mercado-imobiliario>. Acesso em: 15 jul. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp. 1.447.247/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão. Quarta turma, j. 19 abr. 2018. DJe 04 jun. 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=DTXT&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&data=&dtpb=&dtde=&tp=T&livre=REsp+1.447.247%2FSP%2C+Rel.+Ministro+LUIS+FELIPE+SALOM%C3%O%2C+QUARTA+TURMA>. Acesso em: 15 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **ag. int. nos EDcl. no REsp. 1.517.702/SP**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira turma, j. 28 ago. 2018. DJe 05 set. 2018. Disponível em: https://sv03.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202203604228&dt_publicacao=15/06/2023. 13 nov. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1033223-73.2022.8.26.0577**, São José dos Campos, Rel. Claudio Godoy, j. 04 jun. 2024, 1ª Câmara de Direito Privado, publ. 04 jun. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/2539027377>. Acesso em: 10 out. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1021805-17.2022.8.26.0003**, São Paulo, Rel. Vito Guglielmi, j. 18 maio 2023, 6ª Câmara de Direito Privado, publ. 18 maio 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/2492241067>. Acesso em: 10 out. 2025.

PERNAMBUCO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0109117-20.2022.8.17.2001**, Rel. Marcelo Russell Wanderley, j. 09 jun. 2025, 1ª Câmara Civil, Gabinete do Des. Marcelo Russell Wanderley. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pe/4027744416>. Acesso em: 10 out. 2025.

MATO GROSSO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1029443-67.2023.8.11.0041**, Rel. Dirceu dos Santos, j. 27 nov. 2024, Terceira Câmara de Direito Privado, publ. 29 nov. 2024. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mt/2898340793>. Acesso em: 15 out. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1063193-68.2020.8.26.0002**, São Paulo, Rel. Ana Lucia Romanhole Martucci, j. 25 out. 2021, 33ª Câmara de Direito Privado, publ. 26 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sp/1320497195>. Acesso em: 10 out. 2025

ALAGOAS (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0717772-32.2022.8.02.0001**, Maceió, Rel. Carlos Cavalcanti de Albuquerque Filho, j. 22 abr. 2025, 2ª Câmara Cível, publ. 22 abr. 2025. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-al/3494569882>. Acesso em: 10 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n. 2.062.928/SP**, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 24 mar. 2022, DJe 4 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1467436915>. Acesso em: 20 out. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 2.023.713/SP**, Rel. Min. Moura Ribeiro, j. 23 set. 2022, DJe 23 set. 2022, publ. 30 nov. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1739254572>. Acesso em: 16 nov. 2025.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial n. 2.055.691/SP** (2023/0058369-5), Rel. Min. Raul Araújo, j. 05 jun. 2023, 4ª Turma, publ. DJe 13 jun. 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1908185479>. Acesso em: 16 nov. 2025.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 1017887-39.2021.8.26.0100**, 29ª Câmara de Direito Privado, Rel. Mário Daccache, j. 15 mar. 2023, DJe 31 mar. 2023. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 16 nov. 2025.

DISTRITO FEDERAL (Território). Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Apelação Cível n. 10730469-81.2021.8.07.0001**, 1ª Turma Cível, Rel. Des. Rômulo de Araújo Mendes, j. 20 maio. 2022, DJe 31 maio 2022. Disponível em: <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2025.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. **Apelação Cível n. 0002281-77.2021.8.19.0004**, 20ª Câmara Cível, Rel. Des. Alexandre Eduardo Scisinio, j. 25 mar. 2022, DJe 1 abr. 2022. Disponível em: <https://www3.tjrj.jus.br/consultas/jurisprudencia>. Acesso em: 16 nov. 2025.

FILHO, Elias Kallás. **Limites e relativizações do patrimônio de afetação nas incorporações imobiliárias**. Revista Jurídica Profissional, São Paulo, v. 2, n. 2, p. 5-16, 2023. Disponível em: <file:///Users/akemiogatagmail.com/Downloads/5075-2903-PB.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2025.

EYNG, Carlos Eduardo; PEIXOTO, Fabiano Hartmann. **Patrimônio de afetação - segurança na aquisição de imóveis incorporados**. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 93-111, 2016. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/rdc/article/view/18288/15661>. Acesso em: 03 dez. 2025.