

# Incorporação imobiliária e contrato de compromisso de compra e venda em tempos de pandemia da Covid-19

*Francisco Eduardo Loureiro*  
Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo

## 1. Delimitação do tema

Inicialmente agradeço o convite que me foi formulado pela Coordenadoria de Direito do Consumidor da Escola Paulista da Magistratura, por seus coordenadores Desembargador Sérgio Shimura e Juiz de Direito Alexandre David Malfatti, para escrever breve texto sobre o contrato de compromisso de unidades autônomas futuras no regime da Lei 4.591/64 e os efeitos da circunstância superveniente da pandemia Covid-19.

Peço escusas antecipadas pela singeleza do texto. Em razão da pandemia, estou cumprindo isolamento em sítio fora de São Paulo, longe de minha biblioteca, o que explica ausência de maior aprofundamento, desejável em conceitos e qualificações jurídicas.

Este estudo não abrange todo e qualquer contrato de compromisso de compra e venda, sem dúvida o mais popular dos contratos imobiliários do país. Nosso Código Civil (CC) regula o gênero contratos preliminares nos arts. 462 a 466. Regula, mais, o direito real de aquisição de promitente comprador com título levado ao Registro Imobiliário, nos arts. 1.417 e 1.418. Não regula, porém, em falha imperdoável, o contrato de compromisso de compra e venda, espécie mais importante do gênero contrato preliminar.

A regulação do contrato de compromisso de compra e venda se encontra esparsa em várias leis especiais. Pode-se afirmar que tem, hoje, tríplice regime jurídico, com regras distintas entre si, de acordo

com a natureza do imóvel. O primeiro regime é o dos imóveis urbanos loteados, regulados pela Lei n. 6.766/79. O segundo regime jurídico é o dos imóveis não loteados, regulados por partes de diversas leis especiais, o que em nada facilita o seu estudo. Aplicam-se determinados dispositivos relativos à adjudicação, constituição em mora e resolução do Decreto-Lei n. 58/37, que originalmente regulava apenas os imóveis loteados até o advento da Lei n. 6.766/79. Por força de diversas leis posteriores (Lei n. 649/49, Lei n. 4.380/64 e Dec. n. 745/69), determinadas regras se estenderam aos imóveis não loteados. O terceiro e último regime jurídico é o dos imóveis em incorporação imobiliária, regulado pela Lei n. 4.591/64, que trata da aquisição de unidade autônoma futura, a construir ou em construção.

Somente o terceiro e último regime jurídico – promessa de aquisição de unidade autônoma futura – será objeto deste estudo.

## **2. As prestações devidas pelos contratantes no contrato incorporativo**

Negócio incorporativo é o ponto culminante da incorporação imobiliária já levada ao registro imobiliário. O incorporador promete vender ao promissário comprador unidade autônoma futura, a construir ou em construção, vinculada à fração ideal de terreno.

Numa visão tradicional do contrato preliminar, a prestação principal e comum de ambas as partes será a de consentir na celebração do contrato definitivo, um *facere* juridicamente fungível, pois passível de substituição por sentença em ação de adjudicação compulsória.

Além da obrigação acima referida, o promissário comprador tem como prestação principal a de pagar o preço convencionado, que se qualifica como dar coisa incerta (arts. 243, 315 e seguintes do Código Civil),

O incorporador, por seu turno, tem como obrigação principal a de entregar coisa certa, consistente de uma unidade autônoma devidamente discriminada e individualizada (art. 233 e seguintes do Código Civil). A entrega não é somente física, com disposição das chaves, mas também jurídica, com expedição do “habite-se” seguida de instituição

do condomínio edilício e atribuição de unidades autônomas (art. 1.332 do Código Civil).

Não resta dúvida que a prestação de dar coisa certa pressupõe necessariamente um prévio *facere*, a princípio infungível, consistente com erguer a edificação e promover a sua regularização junto aos órgãos administrativos competentes e ao Oficial de Registro de Imóveis. Somente após tais providências a entrega da unidade se considera física e juridicamente perfeita.

Resta saber como os efeitos da pandemia podem alterar ou impossibilitar temporária ou definitivamente as prestações devidas pelos contratantes.

### **3. A qualificação jurídica da pandemia e de seus efeitos nos contratos em geral**

A pandemia da Covid-19 nos contratos em geral pode ser indiferente ou, ao contrário, consistir de fato jurídico e produzir efeitos absolutamente diversos sobre as prestações devidas pelas partes: pode gerar desequilíbrio contratual, ou gerar a extinção pela frustração do contrato, ou se qualificar como fortuito externo, a impedir temporária ou definitivamente o cumprimento da prestação e afastar os efeitos da mora.

Dizendo de outro modo, a pandemia da Covid-19 não é abstratamente causa extintiva dos contratos, muito menos leva necessariamente à revisão das prestações devidas pelos contratantes. Não há salvo-conduto geral e *a priori* dos devedores. Insuficiente a alegação do fato notório da pandemia e genericamente a dificuldade ou impossibilidade de cumprimento da prestação para dela se livrar, ou obter redução ou mudança no tempo e modo de cumprimento.

Certas prestações em determinados tipos contratuais serão afetadas de modo absolutamente diferente pela pandemia.

Determinada apresentação de uma orquestra sinfônica se tornou impossível durante certo período. Se não houver agenda disponível da orquestra ou da sala de espetáculos, a impossibilidade se tornará permanente e levará à extinção do contrato sem composição de perdas e danos, por ausência de fato imputável a qualquer dos contratantes.

Contratos de locação comercial de imóveis voltados a atividades não essenciais, proibidas durante certo período, poderão ter a sua base objetiva afetada, com revisão das prestações devidas, com fundamento no artigo 317 do Código Civil. A impossibilidade de utilização plena do prédio, acompanhada de queda do faturamento do locatário, poderá levar à redução parcial e temporária do aluguel.

Ainda em um único tipo contratual as prestações devidas pelos contratantes poderão sofrer efeitos absolutamente distintos, a depender das circunstâncias do caso concreto. Tome-se como exemplo a locação comercial de uma farmácia ou de um supermercado, atividades essenciais preservadas pela crise sanitária, e a locação de loja no interior de shopping center, um bar, um restaurante ou uma casa de espetáculos, que permaneceram fechadas por determinação da autoridade administrativa.

Dizendo de outro modo, a pandemia da Covid-19 é fato notório, mas não os seus efeitos sobre os contratos. Deve ser provado pelo devedor que em determinado tipo contratual e, mais no caso concreto, a prestação se tornou impossível (temporária ou permanente), ou excessivamente onerosa, afetando a base objetiva do negócio, ou o objeto do contrato se frustrou, porque deixou de ser uma relação negocial dotada de sentido.

O ônus de demonstrar os efeitos da pandemia sobre a relação negocial em concreto cabe ao devedor, sendo insuficiente a alegação genérica de crise econômica ou de dificuldades em abstrato de cumprimento da prestação.

Resta saber quais os efeitos da pandemia sobre as prestações devidas pelas partes no negócio incorporativo.

#### **4. Os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo: a prestação devida pelo incorporador**

A prestação de dar coisa certa, antecedida de obrigação de fazer – erguer a edificação e promover a sua regularização – pode, ou não, ser afetada pela crise sanitária, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Em determinados municípios ou Estados da Federação, a atividade de construção civil foi considerada não essencial, e sua paralisação

determinada por ato administrativo durante certo período. Sem dúvida será – demonstrado tal fato – causa de postergação do termo de entrega da obra por período correspondente, afastados os efeitos da mora.

Pode-se questionar se o prazo de tolerância de seis meses no máximo, desde que previsto de modo expresso e claro no contrato, cuja licitude foi reconhecida em sede de recursos repetitivos pelos tribunais,<sup>1</sup> já embute possível atraso de obra em razão da pandemia. A resposta é negativa. O prazo de tolerância, com a natureza de prazo suplementar expressamente ajustado pelas partes levando em conta a complexidade da prestação de entrega de um edifício, não alcança a paralisação por efeito de fortuito externo, em razão de imposição estatal. A questão não é de culpa, uma vez que a entrega da obra gera responsabilidade objetiva da incorporadora, inerente ao risco de sua atividade, mas sim de rompimento do nexo de causalidade em razão de fortuito externo.

Pode ocorrer, ainda, de não ter havido paralisação em razão de *lockdown*, mas sim de outros fatores igualmente graves. A quebra da cadeia de suprimentos indispensáveis para levantamento da obra, por exemplo. Ou a contaminação por Covid-19 de operários no canteiro de obras, impondo quarentena obrigatória e paralisação da construção. São situações graves que, comprovadas de modo seguro pela incorporadora, podem configurar situação de fortuito externo e afastar os efeitos da mora.

Não pode se esquecer que o atraso de entrega da unidade autônoma provoca danos pela privação de uso por parte do promissário comprador.<sup>2</sup> Dano, portanto, existe. O que se discute é sobre quem recairá. Pode o promissário comprador alegar que não pode o dano recair inteiramente sobre seus ombros, em razão de atraso ao qual também não deu causa. A questão passa a ser, então, de alocação de riscos.

---

<sup>1</sup> TJSP, IRDR n. 0023203-35.2016.8.26.0000, Tema n. 01 – “É válido o prazo de tolerância, não superior a cento e oitenta dias estabelecido no compromisso de venda e compra para entrega de imóvel em construção, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

<sup>2</sup> TJSP, RIDR n. 0023203-35.2016.8.26.0000, Tema n. 05 – “O atraso da prestação de entrega de imóvel objeto de compromisso de compra e venda gera obrigação da alienante indenizar o adquirente pela privação injusta do uso do bem. O uso pode ser calculado economicamente pela medida de um aluguel, que é o valor correspondente ao que deixou de receber, ou teve de pagar para fazer uso de imóvel semelhante, com termo final na data da disponibilização da posse direta ao adquirente da unidade autônoma já regularizada”.

O que discutirão os tribunais nos próximos anos é se os danos decorrentes do atraso de entrega da obra por força da pandemia devem ser igualmente repartidos entre as partes, tomando como precedente o célebre julgamento do REsp 401021, Relator designado o Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Discutiu-se naquela oportunidade se os riscos supervenientes decorrentes de elevada variação cambial determinada pelo governo, deveriam ser suportados por apenas um dos contratantes. A conclusão foi a de que os riscos e os danos deveriam ser suportados igualmente entre os contratantes. Reproduzo a ementa do conhecido julgado, que certamente será invocado nestes tempos de pandemia:

Variação cambial. Fato superveniente. Onerosidade excessiva. Distribuição dos efeitos. A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o leasing, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade.

Parece razoável a solução acima, de que os danos provocados em razão da pandemia, desde que qualificados como fortuito externo a afastar os efeitos da mora da prestação de entrega da obra, não sejam suportados inteiramente pelos promissários compradores, privados do uso da coisa, mas sim repartidos igualmente entre os contratantes.

Discute-se também se o artigo 3º da recente Lei n. 14.010, de 10 de junho de 2020, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado no período da pandemia do coronavírus (Sars-CoV-2), incide sobre o prazo decadencial de seis meses de desistência da incorporação, previsto no art. 34 da Lei 4.591/1964.

Sabido que o incorporador, desde que expresso no contrato e no registro imobiliário da incorporação, pode desistir unilateralmente do empreendimento no prazo decadencial de seis meses, segundo o art. 34 da Lei 4.591/1964, sucede que o art. 3º da Lei 14.010/2020 impediu ou suspendeu os prazos prescricionais e decadenciais até 30 de outubro de 2020.

Indaga-se, portanto, se os prazos de desistência da incorporação estariam automaticamente suspensos. A resposta é negativa. Nítido que o escopo do art. 3º da Lei 14.010/20 foi suspender o *exercício judicial* de direitos potestativos, evitando que o acesso mais difícil aos tribunais em tempo de isolamento social e fechamento de prédios acarretassem a perda de direitos pela decadência. Tome-se como exemplo o ajuizamento de ação por vícios redibitórios, ou de ação de anulação de negócio jurídico por vício de consentimento.

O prazo de desistência da incorporação é peremptório e contínuo, com natureza de direito potestativo, mas prazo extrajudicial. De modo simétrico, o prazo de 7 dias de desistência do consumidor, previsto no art. 49 da Lei 8.078/1990, também estaria suspenso ou impedido até 30 de outubro de 2020, o que geraria indesejável insegurança jurídica. Referidos prazos fluem normalmente durante a pandemia, porque são decadenciais, mas extrajudiciais.

Nada impede que o incorporador, desde que alegue e prove que a pandemia alterou substancialmente o ambiente de negócios e a viabilidade econômica do empreendimento, peça judicialmente a prorrogação do prazo de desistência.

## **5. Os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo: a prestação devida pelo promissário comprador**

O promissário comprador, além da prestação de prestar consentimento no contrato definitivo de compra e venda da unidade pronta, tem a obrigação de pagar o respectivo preço nas datas convencionadas.

A prestação pecuniária é de dar coisa incerta, nos termos do artigo 243 e seguintes do Código Civil, de tal modo que não pode, em tese, o devedor alegar a perda ou deterioração da coisa, ainda que por

caso fortuito ou força maior. No conhecido aforismo, o gênero nunca se perde.

Tal raciocínio se mostra demasiado simplista para momento de grave crise, ou seja, que a fungibilidade do dinheiro acarreta a impossibilidade de o devedor alegar caso fortuito ou força maior com o objetivo de afastar os efeitos da mora. Em termos mais simples, o dinheiro a ser pago não é carimbado, de modo que poderia o devedor obter o numerário por outra fonte.

Não é bem assim.

Discute-se os efeitos da pandemia da Covid-19 sobre a prestação de pagar o preço devido pelo promissário comprador: provoca o desequilíbrio contratual (art. 478 do CC), a destruição da base objetiva (art. 317 do CC) ou configura excludente de responsabilidade de caso fortuito e força maior?

A crise sanitária não afeta, salvo circunstâncias específicas, o equilíbrio do negócio incorporativo. O princípio do equilíbrio ou justiça contratual, como se sabe, parte de um critério paritário nos contratos onerosos e comutativos, de proporcional distribuição dos bens e dos riscos. Procura-se manter a relação de equivalência que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do que recebeu. Os benefícios que se recebe são a adequada contrapartida dos sacrifícios que se assume. Deve haver equivalência entre prestação e contraprestação e entre ônus e riscos relacionados ao contrato.

Difícilmente se poderá alegar, salvo circunstâncias muito específicas, a teoria da imprevisão positivada pelos arts. 478 e seguintes do Código Civil. Isso porque a dificuldade ou impossibilidade de pagamento do preço em razão da crise causada pela pandemia não destrói o equilíbrio do negócio incorporativo, de natureza bilateral e comutativa. O sinalagma, a princípio, permanecerá intacto. O preço a ser pago continuará a corresponder ao valor da unidade a ser entregue. Além disso, faltará um dos requisitos cumulativos previstos no art. 478, qual seja a extrema vantagem para um dos contratantes, no caso o incorporador. Nada ganhou o empreendedor com a crise sanitária. A equação econômica do contrato não passou a pender de modo favorável somente para um dos lados.

Ressalvei no parágrafo anterior que circunstâncias excepcionais (que não ocorreram até o momento em que escrevo este texto) podem



levar ao desequilíbrio do contrato e aplicação da teoria da imprevisão. Basta imaginar que, em razão da crise econômica resultante da pandemia, desabem os preços dos imóveis em construção. Nessa hipótese, alguém que contratou antes da pandemia poderia alegar e provar que o preço convencionado, em razão de fato superveniente e imprevisível, é muito superior ao preço atual de mercado da unidade. Somente em tal situação – que não ocorreu até o momento – é que se cogitaria de aplicação da teoria da imprevisão.

De igual modo, será difícil a prova de que em razão da pandemia foi destruída a base objetiva do negócio jurídico, na forma do art. 317 do Código Civil,<sup>3</sup> ou art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor.<sup>4</sup> Isso porque, na definição clássica de Karl Larenz, a base se quebra quando desaparece o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.<sup>5</sup> Mais uma vez, repete-se que eventuais dificuldades econômicas do cumprimento da prestação pecuniária não levam à destruição da base objetiva do negócio jurídico.

Discute-se os efeitos econômicos da pandemia se qualificarem como excludentes de responsabilidade de caso fortuito e força maior.<sup>6</sup> Isso porque tradicionalmente fatos pessoais, em especial dificuldades econômicas, insolvência ou desemprego, não configuram excludentes.<sup>7</sup> São fatos ligados à própria pessoa do devedor ou de sua empresa.

Parece, porém, que a pandemia da Covid-19 e seus efeitos profundos sobre as relações econômicas podem alterar tal entendimento.

---

<sup>3</sup> Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure quanto possível o valor real da prestação.

<sup>4</sup> São direitos do consumidor: V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

<sup>5</sup> LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, 2002, p. 211.

<sup>6</sup> Art. 393: O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

<sup>7</sup> STJ REsp 819519.

O desemprego ou a insolvência deixam de ser um risco assumido por qualquer um que contrata obrigação de execução diferida no tempo, uma vez que, em tempos normais, ciclos econômicos de prosperidade e de depressão são previsíveis e até mesmo prováveis, de modo que seus efeitos podem ser evitados. Agora se está diante de um fato novo, imprevisível e necessário – pandemia da Covid-19 – que pode gerar em determinados segmentos efeitos econômicos irresistíveis, que afetam o cumprimento de certas prestações.

A paralisação forçada de determinadas atividades econômicas por ato de autoridade administrativa caracteriza fortuito externo e pode levar como efeito inevitável a insolvência de empresários e a demissão de seus empregados.

Disso decorre que em determinados contratos, a serem analisados à luz das circunstâncias do caso concreto, possa o promissário comprador alegar e provar (o ônus de prova cabe ao devedor) que se encontra impossibilitado de cumprir a prestação de pagamento do preço. Provará tal fato pelos mais variados meios, por exemplo, mediante juntada de suas declarações de imposto de renda, extratos bancários e correspondência de instituições financeiras negando financiamento da parcela das chaves.

O que importa destacar é a insuficiência da alegação em abstrato da existência de crise sanitária, que, aliás, constitui fato notório, e de consequentes dificuldades financeiras. Nem todas as atividades econômicas foram afetadas de modo negativo, nem todas as reservas financeiras foram consumidas. Volta-se ao que foi dito no início do texto: a pandemia não é *a priori* salvo-conduto geral para o descumprimento da palavra empenhada.

Os efeitos deletérios da pandemia no negócio incorporativo não se darão no plano do desequilíbrio contratual, uma vez que as prestações recíprocas mantiveram a relação original de equivalência, mas sim na impossibilidade dos promissários compradores de cumprimento da obrigação de pagamento do preço.

Resta analisar as consequências da impossibilidade do promissário comprador de pagar o preço da unidade futura.

A impossibilidade de cumprimento da prestação pecuniária, ainda que o fato não seja imputável ao promissário comprador, pode afastar os efeitos da mora, em especial a composição de perdas e danos, mas levará inexoravelmente à extinção do contrato por resolução.

Óbvio que não poderá o promissário comprador que não consegue pagar o preço exigir que o incorporador lhe entregue a unidade autônoma, ou que o contrato seja mantido, ou o abatimento do valor da unidade.

Pode o promissário comprador impossibilitado de pagar o preço em razão da pandemia tomar a iniciativa de pedir a resolução do contrato. O negócio incorporativo contrato não é – salvo previsão expressa – daqueles que admitem arrependimento unilateral por uma das partes. Isso porque não há previsão legal para tal modalidade de extinção unilateral e nem o tipo contratual tem como elemento a fidúcia (tal como ocorre no mandato) ou então prazo indeterminado.

A distinção fundamental entre a rescisão (arts. 472 e 473 CC) e a resolução (arts. 474/475 e 478/481 CC), por expressa opção do legislador, encontra-se na causa da extinção do contrato: a primeira fundada na vontade e a segunda no inadimplemento ou na onerosidade excessiva.

Normalmente quem pede a resolução é o credor, que opta entre extinguir o contrato ou executar a prestação em face do devedor inadimplente.

Aponta Ruy Rosado de Aguiar Júnior, em caráter excepcional, possibilidade de resolução postulada pelo devedor em contratos de compromisso de compra e venda:

ainda admissível a ação de resolução proposta pelo devedor quando caracterizada a impossibilidade temporária, desde que inimputável, determinante de situação duradoura e indefinida quanto à sua persistência, para o futuro. A extinção será reconhecida se demonstrado concretamente, pelos dados objetivos do negócio, que a demora fez desaparecer o interesse do credor, ou que a persistência do vínculo submete o devedor a situação intolerável.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Gen Forense, 2011, v. 6, t. 2, p. 615.

Os tribunais passaram a admitir a resolução do contrato sob o seguinte fundamento, bem descrito por Ruy Rosado de Aguiar Júnior:

o devedor pode propor a demanda quando fundamentar o pedido na superveniente modificação das circunstâncias, com alteração da base objetiva do negócio, com base nos arts. 317 e 478 do Código Civil. É o que tem sido feito com muita intensidade relativamente aos contratos de longa duração para aquisição das unidades habitacionais, em que os compradores alegam a insuportabilidade das prestações, reajustadas por índices superiores aos adotados para atualização dos salários. Os tribunais de São Paulo foram os primeiros a admitir a procedência dessas ações, e seus acórdãos têm sido confirmados no Superior Tribunal de Justiça.<sup>9</sup>

O entendimento acima resumido se encontra absolutamente sedimentado nos tribunais e gerou as Súmulas no. 1 do TJSP<sup>10</sup> e 543 do STJ.<sup>11</sup> Sucede que a jurisprudência se tornou cada vez mais permissiva, admitindo que promissários compradores pedissem a extinção do contrato não por impossibilidade superveniente, mas por mero desinteresse, convertendo hipótese inicial de resolução em resilição.

Dizendo de outro modo, cabe ao promissário comprador tomar a iniciativa de pedir a extinção do contrato fundado na própria impossibilidade financeira. Não cumpre porque não pode e para evitar a persistência de situação de indefinição por tempo indeterminado (nem se entregam as chaves, nem se resolve o contrato por inadimplemento do adquirente) é que se admite ao próprio devedor impossibilitado a excepcional prerrogativa de pedir a resolução.

---

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Súmula 1 do TJSP: O Compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas admitidas a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo promissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem

<sup>11</sup> Súmula 543 do STJ: Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.

A situação acima descrita é inconfundível com aquela do promissário comprador que, apesar de solvente, arrepende-se do negócio, ou, pior, no momento de receber as chaves e pagar a parcela mais expressiva do preço, constata que por variação de mercado o imóvel se desvalorizou, e lhe é mais vantajoso receber o preço de volta e adquirir unidade semelhante por preço mais baixo. É incompatível também com o comportamento do promissário comprador que, apesar de dispor de fundos para efetuar o pagamento do preço, entende que lhe é mais conveniente manter-se líquido, ou pagar dívidas diversas em razão da pandemia da Covid-19.

O que se discutirá é a questão da composição das perdas e danos. Estará o promissário comprador impossibilitado de pagar a parcela do preço sujeito à incidência de cláusula penal – cláusula de decaimento – de retenção de parte do que já pagou?

Note-se que aqui cabe relevante distinção, no que diz respeito à data da celebração do contrato. Os contratos celebrados a partir de janeiro de 2019, na vigência da Lei 13.786/18 (Lei do Distrato), estão sujeitos a cláusulas penais e perdas e danos mais severos. Não há dúvida, porém, da irretroatividade da Lei 13.786/18, inaplicável aos contratos celebrados antes de sua vigência, ainda que o inadimplemento ocorra em data ulterior.

Entendo, porém, que seja qualquer o regime jurídico do negócio incorporativo - anterior ou posterior à Lei do Distrato - caberá importante discussão. Tal como foi dito no item 4 deste artigo, a extinção do contrato por comprovada impossibilidade do promissário comprador em razão da pandemia causará danos à parte inocente.

Quem responderá pelos danos? Não devem certamente os danos recair somente sobre os ombros do incorporador, que não deu causa à extinção do contrato. De outro lado, não parece também correto que o promissário comprador, atingido em cheio pelos efeitos econômicos reflexos da pandemia, com qualificação de fortuito externo, arque sozinho com os danos. Aliás, se as excludentes do caso fortuito e da força maior por expressa disposição do art. 393 do Código Civil afastam os efeitos da mora, inviável falar em composição de perdas e danos.

Volta-se à solução dada pelo REsp 401021, Relator designado o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, cuja ementa foi acima transcrita: os danos

existem em razão da extinção do contrato, mas não podem ser imputados a qualquer das partes. Devem, por consequência, ser repartidos igualmente entre os contratantes.

## 6. Conclusão

São estas, em resumo, as primeiras reflexões sobre os efeitos da pandemia sobre o negócio incorporativo e seus reflexos sobre as prestações devidas pelo incorporador promitente vendedor e pelo promissário comprador.

Um ponto, porém, é certo: as excludentes de responsabilidade civil sempre exigem exame de fato das circunstâncias concretas de cada contrato.

O devedor – seja o incorporador, seja o promissário comprador – deve alegar e provar que naquele caso concreto a pandemia, que é fato notório, gerou consequências econômicas que provocam o atraso ou impossibilitam o cumprimento da prestação.

Não podem e não devem ser aceitas ações de massa em que se alegue de modo abstrato a ocorrência da pandemia da Covid-19, que não é salvo-conduto para o descumprimento de obrigações. Cabe ao devedor demonstrar de modo objetivo que, no caso concreto, a pandemia provocou reflexos na economia do contrato, com características de fortuito externo, a justificar o atraso ou a impossibilidade de cumprimento da prestação.

Provada a excludente de responsabilidade pelo devedor (seja incorporador, seja promissário comprador), os efeitos da mora são afastados. Os danos pelo atraso ou impossibilidade permanente da prestação, porém, existem e não podem ser suportados somente por um dos contratantes.

A solução será a repartição dos danos entre os contratantes, a exemplo do que ocorreu em situação de maxidesvalorização da moeda no ano de 1999, em precioso precedente (acima referido) do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo talvez maior magistrado que já passou por aquela Corte, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, falecido recentemente, a quem rendo minhas homenagens e dedico este estudo.

## Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. *Comentários ao Novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Gen Forense: 2011. v. 6, t. 2.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Granada: Comares, 2002.

