

CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA IMÓVEL EM CONSTRUÇÃO - NA CIDADE DE BAGÉ/RS

CARREIRA, Leticia¹
FRANCO, Nilton Ricardo^{1*}
FURICH, Hallana Scherer¹
OLIVEIRA, Cristiano¹
OLIVEIRA, Pâmela¹
VIDART, Miriane¹
AVILA, Francine²
PERBONI, Viviane²

RESUMO: Este estudo investiga as obrigações do negócio jurídico, que tem como objeto de análise o exemplo prático de um contrato da compra de um apartamento, na modalidade de imóvel na planta na cidade de Bagé. O objetivo é compreender esta prática contratual no campo do direito das obrigações, sob a óptica das responsabilidades civil e penal. O estudo foi desenvolvido com base em bibliografia técnica sobre o tema e em face de um contrato real e suas cláusulas. Também foram ouvidas as partes, na pessoa do advogado da empresa e o promitente comprador. O acordo formal em questão é uma garantia legal de que ambas as partes tenham seus interesses assegurados na forma da lei, colocando regras bem definidas, para que nenhum dos interessados venham a sofrer danos no negócio jurídico. Deixa claro direitos e obrigações, assim com as sanções que penalizam qualquer um, que por ventura descumpra as disposições no mesmo expressas. Além disso, discorre a respeito das condições de anormalidade impostas pelo momento da pandemia de COVID – 19, que impactam toda a cadeia de negócios, mexendo no valor dos imóveis, prestações e cumprimento das parcelas. Neste contexto, vimos a importância das regras previstas sob forma de contrato, que garantem que tal negócio celebrado tenha eficácia jurídica, direitos preservados e interesses assegurados.

Palavras-chave: Contrato; imóvel na planta; financiamento;

ABSTRACT: This study investigates the obligations of the legal business, which has as its object of analysis the practical example of a contract for the purchase of an apartment, in the form of property of the plant in the city of Bagé. The objective is to understand this contractual practice in the field of obligations law, from the perspective of civil and criminal responsibilities. The study was developed based on a technical bibliography on the subject and in view of a real contract and its clauses. The parties were also heard, in the person of the company's lawyer and the promising buyer. The formal agreement in question is a legal guarantee that both parties have their interests guaranteed according to the law, laying down well-defined rules, so that none of the interested parties will suffer damage in the legal business. It makes clear rights and obligations, as well as the sanctions that penalize anyone, who perhaps fails to comply with the provisions expressed therein. In addition, it discusses the abnormal conditions imposed by the moment of the COVID - 19 pandemic, which impact the entire business chain, affecting the value of properties, installments and compliance with installments. In this context, we saw the importance of the rules foreseen in the form of a contract, which guarantee that such a concluded deal has legal efficacy, preserved rights and assured interests.

Keywords: Contract; immobile in the plant; financing;

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo faz uma análise no tocante a um contrato de compra e venda de imóvel na planta, utilizando como referência o exemplo prático: investidor na cidade de Bagé, que

¹Discentes do Curso de Direito, Nível III 2021/1- Faculdade IDEAU – Bagé/RS.

²Docentes do Curso de Direito, Nível III 2021/1 - Faculdade IDEAU – Bagé/RS.

*E-mail para contato: niltonf@gmail.com

comprou seu primeiro apartamento nesta modalidade. Trata-se, neste caso, de um estudo fundamentado juridicamente em literatura técnica, para o entendimento desta obrigação e analisa seus agentes, que neste caso são o promitente vendedor e o promitente comprador, assim como o intermediador, que no caso em questão é feito pela figura de um corretor de móveis, profissão que está arraigada ao Direito. O estudo compreende os aspectos do financiamento e seus custos para o comprador, bem como demais investimentos vão desde o registro do imóvel até taxas adicionais do andamento da obra, seguros e outros, que são de responsabilidade do adquirente. As regras de um negócio celebrado entre pessoa física e jurídica e o comissionamento do corretor. A importância da cláusula penal no contrato, instituto que garante o cumprimento das obrigações e a responsabilidade penal de ambas as partes.

Entender este instrumento jurídico é fundamental para a celebração de um negócio eficaz e sadio para ambos os interessados e imprescindíveis na carreira do advogado. E a este rito é dedicado um estudo que abarca seus principais artigos conforme o código civil, da mesma forma que também lança olhar sobre a responsabilidade penal dos envolvidos; o papel da instituição financeira, bem como ambiente de negócios em tempo de excessão da pandemia de Covid-19.

Para tanto, foi analisado um contrato real de compra e venda de um apartamento, com embasamento em literatura especializada, para entendimento deste negócio, que teve intermediação e versa sobre as obrigações e direitos. Este artigo tem como objetivo, identificar os instrumentos jurídicos do contrato e entende-los sob o prisma do direito, que assegura as partes seus interesses, assim como a responsabilidade dos agentes.

2 DESENVOLVIMENTO

Neste momento do estudo, será feita uma análise das cláusulas referentes ao contrato de compra e venda de um imóvel na planta. A análise será conduzida com abrangência cível, empresarial e penal.

2.1 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1.1 Contrato de Compra e Venda

O contrato de compra venda refere-se a um acordo bilateral e oneroso, no qual o vendedor se obriga a transferir bem ou coisa ao comprador; por sua vez o comprador se responsabiliza da obrigação de pagar preço determinado ou determinável em dinheiro. Sendo

assim, trata-se de um negócio que deflui obrigações recíprocas para cada parte, portanto é importante saber se o bem é transferido pela tradição nos bens móveis, ou pelo registro do título em cartório de Registro de Imóveis, referindo-se aos bens imóveis.

Sobre as incorporações, são as construções das edificações, baseadas na construção civil, arquiteturas e engenharias, economia, marketing vendas. E incorporador, é o que coordena todo o processo imobiliário, sendo o responsável pelo negócio a ser feito, podendo ser pessoa física ou jurídica (MONTEIRO, 2017).

2.1.2 Elementos do Contrato

Todo contrato de compra e venda requer elementos jurídicos que o compõem, portanto, esses requisitos fazem com que se torne concreto, legitimado, preliminar, corpóreo ou incorpóreo.

Na tangente “preço” é preciso informar que é a totalidade do negócio jurídico, cabendo salientar que sempre existe em todo contrato de compra e venda uma cláusula que defina as condições de pagamento desse imóvel, sendo que esta parte é a mais relevante desse tipo de negócio, pois parte da obrigação de entregar bem imóvel ao adquirente, e este, cumprir com o valor prometido ao vendedor. Deve ser sempre paga em moeda corrente nacional (sempre em dinheiro), caso não seja, será contrato de troca e não compra e venda (MONTEIRO, 2017).

No consentimento é preciso que ambas as partes estejam de acordo com o negócio a ser realizado, com livre e consciente vontade, sendo necessário um (agente capaz), de acordo com os artigos 3º e 4º do Código Civil; além do consentimento deve ser legitimado, acertados valores e outras condições exigentes desse tipo de contrato. E no que se refere a “coisa” deve ser sempre de propriedade do vendedor, e também certa o que se entende como determinada ou determinável e lícita.

2.1.3 Contrato de Compra e Venda de Imóvel na Planta

Quando falamos em contrato de compra e venda de imóvel na planta, estamos nos referindo a um negócio jurídico de uma unidade futura, que ainda não existe fisicamente. Com base nesse tipo de negócio, o código civil menciona no art. 483 de forma expressa esse contrato, imóvel na planta geralmente se trata de contrato particular, pois não é uma venda propriamente dita, sendo assim, com esse contrato, o comprador se torna de direito real à aquisição do imóvel

comprado perante feito todo pagamento e consequentemente tendo o direito de escritura e posse do imóvel (MERCADANTE, 2015).

Cabe salientar que o comprador usufrui de duas formas de pagamento: pagamento à vista, que tem possibilidade de desconto e isso se o faz valer à pena, à medida que se pode combinar com o vendedor ou construtora a entrega da escritura no ato do pagamento. E também a venda a prazo, essa mais desejada pelos compradores de imóveis, pela facilidade e tranquilidade de um valor condizente com a realidade financeira de cada mês, essa alternativa também pode ser obtida por meio de empréstimo ao banco, na qual o imóvel fica como garantia caso não haja pagamento no prazo concedido.

2.1.4 Obrigações do Comprador quanto ao Financiamento

O sonho da casa própria é algo que está nos planos de cada pessoa. Com isso, é notório o crescimento de programas habitacionais e facilidades de financiamentos de bancos privados, o que viabiliza cada vez mais essas conquistas. Entretanto, o comprador acaba esbarrando com etapas burocráticas e outras obrigações que surgem ao longo do processo, que não estavam preparados, como por exemplo, gastos que vão além das parcelas do financiamento.

Uma das obrigações primordiais é onde o comprador arca com as despesas financeiras referentes à compra do imóvel, pois nesta etapa o vendedor está isento das cobranças advindas da regularização obrigatória em face ao novo proprietário.

Eis algumas obrigações atinentes à regularização do imóvel que o comprador está obrigado a pagar: ITBI (Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis), que é previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 156, inciso II. O Registro, está sobre a competência do Registro de Imóveis. No registro constarão todas as características do imóvel adquirido. E a Escritura, documento mais importante no negócio. Na escritura constam as dimensões e aspectos físicos do imóvel, além da pessoa física jurídica proprietária do bem. Ela deve ser escrita sob a responsabilidade do tabelião e deve ser registrada em um livro, onde está todo o histórico do imóvel, inclusive do que foi feito no passado ou algum impedimento para a venda.

Cabe uma observação pertinente ao caso concreto, no que tange a custos, a escritura associada com o ITBI e o registro somam entre 5% e 6% do valor do imóvel.

2.1.5 Taxas de Evolução Durante o Andamento da Obra

Nada mais natural que as pessoas por desconhecerem o processo burocrático financeiro de uma construção imobiliária, perderem-se quanto a taxas de evolução da obra financiada. Em

face desse desconhecimento, que surgem as surpresas no andamento da obra quando o assunto é o pagamento de taxas e despesas.

“A taxa de evolução da obra custa, em média, 2% sobre o valor da casa ou do apartamento e é cobrada ainda na fase de edificação”(ESTADÃO, 2021).

É salutar que saibamos o quanto estaremos obrigados a apagar ao contratar um empreendimento imobiliário, seja ele casa ou apartamento. Em suma, um empreendimento na faixa de 100 mil reais já custaria ao proprietário em média, uns 2.000 reais iniciais para o custeio evolutivo da obra.

As construtoras geralmente pegam o capital para construir a obra com o banco e o mesmo cobra os juros da construtora, que repassa a cobrança desses juros aos novos proprietários (ESTADÃO, 2021).

Em caso de financiamento pela caixa, por exemplo, é necessário que o cliente tenha saldo suficiente em sua conta bancária, pois há um desconto automático do débito em questão.

Durante o período de construção do seu imóvel, você pagará encargos relativos a juros e atualização monetária, incidentes sobre valor da dívida apurada no mês somatório do valor das parcelas do seu financiamento liberadas mensalmente para a construtora (CAIXA, 2021).

Estes encargos têm data prevista para serem debitados, por isso, a necessidade da conta do titular estar sempre com saldo positivo para honrar com tais débitos referentes as taxas de execuções da obra. Esses encargos são uma obrigação mensal a ser cumprida pelo adquirente. A título de conhecimento elencam-se os encargos legalmente previstos na evolução da obra: Contratuais, Amortização, Seguros, Tarifa e Taxas

“O prazo total para pagamento dos encargos, a composição dos valores, a data de vencimento, a forma de pagamento e a época dos reajustes estão estabelecidos na cláusula contratual – condições do financiamento”(caixa.gov.br 2021)

Existe a necessidade de um cuidado especial quando o assunto é referente às cláusulas contratuais, tendo em vista que estão previstas todas as obrigações inerentes aos encargos do financiamento.

2.1.6 Intermediação do corretor de imóveis

Os princípios do Direito são basilares na nossa sociedade, da mesma forma são vitais na atuação do corretor de imóveis, pois regra preponderantemente a conduta aqueles que se dedicam ao ramo imobiliário, visto que a aplicação das leis é imperiosa quando há uma necessidade de transmitir segurança jurídica aos negócios realizados. Dito isto, o corretor de

imóveis é alguém que precisa conhecer o direito e tê-lo em sua carreira de forma presente, como ferramenta para prever ou prevenir todas as situações que gravitam em sua área de atuação. Profissão prevista na forma da lei Nº 6.530, de 12 de maio de 1978, este profissional ainda conta com um conselho federal (COFECI) que fiscaliza e orienta a atuação de profissionais e imobiliárias.

Lei nº 6.530/78 Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências.

É com base nestes conhecimentos como direito das obrigações, das coisas, registros públicos, legislação elementar pertinente e contratos, fazem parte do universo deste profissional que os usa como ferramentas de trabalho em sua atividade, garantindo assim bons negócios a seus clientes, sem dores de cabeça. Para isto é preciso um estudo aprofundado do fenômeno para uma atuação segura do corretor de imóveis, que precisa, antes de tudo, ter a informação sobre os sujeitos de direito Art. 2º Código Civil, capacidades Art. 3º e 4º Código Civil, pessoa natural, pessoa jurídica, objetos da relação jurídica, coisas e bens e todas as suas denominações. E neste caminho, dominar os negócios jurídicos tem importância crucial, pois é por meio da manifestação da vontade de um sujeito de direito, que irá produzir vantagens e desvantagens patrimoniais.

Um bom profissional corretor de imóveis tem intimidade com o direito das coisas, que compreende as relações jurídicas entre pessoas e bens materiais suscetíveis a apropriação. Este instituto prevê a aquisição, o exercício, a conservação e a perda deste bem, que pode ser corpóreo e incorpóreo (Art. 1.196 CC a 1.1510 CC).

Os negócios jurídicos (Art. 104 a 184 do CC), relativos a imóveis têm uma importância expressiva na vida de um cidadão, uma vez que versam sobre erro, dolo, lesão, fraude, simulação, coação, ilicitude e invalidade dependendo do caso. E a obrigação de dar coisa certa, nada mais é do que vender um imóvel e neste sentido conhecer bem os artigos 233 a 251CC, se faz necessário para o corretor que quer trabalhar sem problemas.

A lei dos registros públicos (Lei nº 6.015/73) tem grande importância no mercado que o corretor atua, pois versam sobre registro de pessoas naturais, pessoas jurídicas, títulos, documentos e imóveis (inciso IV do art. 1º) que é o seu escopo. Nos cartórios de registro de imóveis ficam as escrituras que devem ser consultadas a cada negócio jurídico e nos demais o registro de documentação pertinente.

O contrato analisado teve intermediação de um corretor de imóveis que responde civil e criminalmente por qualquer dolo ao adquirente, uma vez que não cumpra com o informe das reais condições do imóvel, sendo passível de danos morais.

2.1.7 Financiamento Imobiliário

A preocupação com a habitação surge no contexto da entrada das políticas sociais na agenda do governo nos anos 30. Em 1964 foi criado o banco Nacional de Habitação, para garantir as fontes de financiamento, o BNH tinha como base o sistema financeiro habitacional, que captava recursos de poupança compulsória, pelo FGTS e voluntária por meio do Sistema Brasileiro de Poupança e empréstimo. Os depósitos do FGTS eram constituídos por 8% dos salários dos trabalhadores formais.

Já o SBPE destinava-se ao financiamento das classes médias e altas (AZEVEDO, 1988; BONDUKI, 2009; LOUREIRO; MACÁRIO; GUERRA, 2013).

O BNH obteve relativo sucesso, mas seus resultados sociais foram pífios, pois favoreceu as classes de maior poder aquisitivo e fracassando em proporcionar o acesso à população mais pobre. No governo FHC foi criado o sistema financeiro imobiliário, que tinha por objetivo financiar programas de habitação por meio de recursos de caderneta de poupança. Neste sistema as taxas de juros e prazos são fixadas por meio de contrato sem a presença do Estado. O problema ocorre quando mais uma vez as pessoas de baixa renda não são inclusas. No ano de 2005, o conselho monetário nacional obriga os bancos a investirem em financiamento habitacional a partir de uma percentagem de seus recursos em poupança. Resolução número 460/2005. Devido à crise financeira em 2008, foi criado o PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA (PMCMV), que oferece condições de pagamento e taxas de juros de acordo com a renda da família. Conseguindo assim, beneficiar milhares de famílias de baixa renda. No seu primeiro ano de existência o PMCMV financiou 408.674 imóveis, mantendo essa média anual até 2019. De maio de 2009 a julho de 2019 o programa apresenta: contrato para construção de 5, 7 milhões de unidades; 4,3 milhões de unidades entregues; 222 mil unidades em construção (MaxpressNet-SP).

Em 2020, o governo federal aprovou mudanças no PMCMV, que passou a ser chamado de Casa Verde e Amarela. Na prática, as alterações impactam as famílias que possuem renda abaixo de R\$ 1.800,00, pois essas, não conseguiram mais financiar sem taxas de juros. Enfim, as principais alterações foram feitas nos grupos de renda. Há ainda mudança

no limite de renda para receber subsídios do governo federal, as taxas de juros reduzidas e a diferenciação entre regiões do País.

Outra mudança ocorrida deu-se pelo cenário de incertezas causado pela pandemia de covid-19, onde a caixa econômica federal ofereceu flexibilizações em seus pagamentos, sendo elas: 90 dias de pausa em financiamentos habitacionais; 90 dias de pausa no pagamento não coberto pelo FGTS; 90 dias para pagar parcialmente as parcelas de financiamento; 6 meses de carência para contratos de financiamentos imobiliários de imóveis novos; clientes com pagamento atrasado entre 61 e 180 dias, terão a possibilidade de renegociar o contrato, pausar pagamentos ou pagar parcelas parcialmente.

2.1.8 Distrato de Contrato de Imóvel na Planta

O distrato de compromisso é uma ação disponível ao comprador em caso de arrependimento posterior a celebração do contrato de compromisso de compra e venda, está previsto nos art. 472 e 473 do Código Civil e tem por finalidade extinguir com as obrigações estipuladas no contrato, salientando desde que ainda não tenha ocorrido a sua totalidade. Para se obter um distrato deve haver sempre concordância tanto do promissário-comprador como do promitente-vendedor. Também existe possibilidade de distrato através de notificação extrajudicial onde uma das partes contratantes apresenta motivos pelas quais a compra e venda se torna impossível, e o contrato se torna impossível e deve ser encerrado pela parte notificante.

Sobre o contrato de compromisso de compra e venda, cabe transcrever o seguinte:

[...]se o contrato de compromisso de venda e compra de imóvel na planta tiver sido confeccionado por Instrumento Particular, o Distrato Contratual deverá ser feito nos moldes e se tiver sido confeccionado através de Escritura Pública, recomenda-se que o Distrato seja feito em Cartório de Notas, igualmente através de Escritura Pública, como regra de formação dos contratos e por observância ao previsto pelo art 472 do CC (MERCANDANTE, 2015, p5)

2.1.9 Distrato Causas Possíveis

Evidentemente seja qualquer tipo de contrato de compra e venda não há como recuperar todos os valores pagos, o que se pode fazer é permitir que o vendedor retenha algum percentual sobre as quantias adimplidas como forma de compensação pelo desfazimento do negócio. Motivos: falta de recursos financeiros para quitação do saldo devedor para quitação das parcelas finais do contrato perante o financiamento bancário; perda de emprego; fim de relacionamento com o cônjuge afetando a capacidade econômica de continuar a aquisição; descontentamento

com a finalização da obra. Distrato provocado quando a culpa vem do vendedor: atraso na entrega do imóvel cujo já se ultrapassando o prazo limite em contrato; erro na metragem do imóvel acima do legalmente permitido; erro no memorial descritivo do imóvel, desistência da incorporação imobiliária vendedora, caracterização de propaganda enganosa por parte do vendedor. Formas e tempo para solicitação do distrato: deve ser sempre solicitado por escrito, e o momento para a solicitação sempre será antes do efetivo recebimento das chaves do referente imóvel, pois se caso o comprador já tenha as chaves e tome posse do imóvel, não mais será possível o distrato sustentado por Mercadante (2015).

2.1.10 Cláusula Penal

Em toda celebração de um contrato é de extrema importância a presença de uma cláusula que estabeleça uma forma de penalidade em caso de descumprimento parcial ou total da obrigação compactuada. À parte do contrato que prevê esse tipo de penalidade é chamada cláusula penal, prevista nos artigos 408 a 416 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, do Código Civil.

A cláusula penal, também é conhecida como pena convencional ou multa contratual. Luiz Carlos Branco leciona:

A cláusula penal, também chamada de pena convencional, é o pacto acessório pelo qual as partes de um contrato fixam, de antemão, o valor das perdas e danos que por acaso se verificarem em consequência da inexecução culposa de obrigação. Sua função é pré-liquidar danos. [...] A cláusula penal decorre de um acordo de vontade estabelecido pelas partes contratantes, estabelecendo uma indenização por perdas e danos no caso de inadimplemento contratual das quais é sucedânea. Por meio da cláusula penal, as partes prefixam e pré-avaliam o montante dos prejuízos que possam sofrer com a inexecução ou retardamento no cumprimento de alguma prestação omissiva ou comissiva, pactuada pelas partes no contrato. Desse modo, a cláusula penal determina a prévia indenização de perdas e danos, pelo não cumprimento integral ou parcial da obrigação, ou pela mora. Consiste, em síntese, em uma prestação convencional, como pena pelo inadimplemento incompleto ou impontual pela inexecução de uma promessa ou prestação. (BRANCO, LUIZ CARLOS. Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena. 2010. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, BRANCO, 2010, p.157)

Para um melhor entendimento, menciona-se o artigo 389 do Código Civil, que prevê que no caso de não cumprida à obrigação o devedor vai responder por perdas e danos, juros, atualização monetária e honorários de advogados.

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Ao se tratar de perdas e danos, deve existir a imposição que já pode estar prevista no contrato na cláusula penal, essa estabelecerá uma multa ou uma forma de indenização, desde que, o devedor culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou constitua mora, como está previsto no artigo 408, do Código Civil.

Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

Percebe-se, que a principal função da cláusula penal é de preestabelecer as perdas e danos, ou seja, estabelecer antes as punições para parte que deixar de cumprir a(s) obrigação(ões). Exemplo: As partes já irão combinar em contrato que se houver o descumprimento de A com B, ou de B com A, mesmo que parcialmente, a parte culpada pagará perdas e danos para a parte inocente, sem a exigência de comprovação de prejuízo.

Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Como bem esclarece, Caio Mário da Silva Pereira:

O efeito fundamental da pena convencional, e que pode ser assinalado como determinação cardeal, é a sua exigibilidade pleno iure (Código Civil de 2002, art. 408), no sentido de que independe da indagação se o credor foi ou não prejudicado pela inexecução do obrigado (Código Civil de 2002, art. 416). Daí autorizar à boa hermenêutica do princípio a declaração de que o credor não está obrigado a alegar e provar o prejuízo que do inadimplemento lhe resulte. O que tem a demonstrar, e isto é o pressuposto da pena convencional, é a ocorrência da inexecução [...]. Mesmo que o devedor produza a prova incontroversa da ausência de prejuízo em razão do inadimplemento, mesmo assim a penal é devida (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 2010 páginas 161-162).

Pode se dizer que as principais funções da Clausula Penal, são de características: Coercitiva (garante o cumprimento do contrato impondo sanção/pena) e Ressarcitória (prefixar possíveis prejuízos que a outra parte possa sofrer no caso de inadimplemento absoluto da obrigação).

2.1.11 Cláusula Penal Compensatória e Moratória

Considera-se Cláusula Penal Compensatória, aquela que a parte descumprir na totalidade sua obrigação. Já a Cláusula Penal Moratória, é quando a parte realiza parcialmente o que foi convencionado. Como leciona o professor e desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo Hamid CharafBdine Jr., em obra coordenada pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Cezar Peluso:

A cláusula penal poderá ser compensatória ou moratória. Compensatória é que se estipula para a hipótese de inadimplemento total da obrigação (art. 410). Cláusula penal moratória é a que se destina a assegurar o cumprimento de outra cláusula, ou a evitar o retardamento ou o imperfeito cumprimento da obrigação, preestabelecendo perdas e danos. A mora pode resultar do retardamento no cumprimento da obrigação, ou de seu cumprimento de modo diverso do estipulado, tal como disposto no art. 394 do Código Civil. Em qualquer desses casos, a cláusula penal estipulada é moratória. Nada impede que o mesmo contrato contenha três cláusulas penais. Uma de natureza compensatória e outras duas, de natureza moratória, para casos de atraso e de cumprimento imperfeito da obrigação. Em geral, o valor da multa compensatória é elevado, próximo do valor da obrigação principal. Se o valor da multa é reduzido, presume-se que tenha natureza moratória, pois os contratantes normalmente não fixam valor modesto para compensar perdas e danos decorrentes da inexecução total daquilo que ajustaram. (BDINE Jr, Hamid Charaf, et al. In: Código Civil comentado, 2015 p. 459)

Em relação aos efeitos de cada espécie de cláusula penal, a diferença substancial reside nas normas extraídas dos artigos 410 e 411 do Código Civil, que preveem:

Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

Art. 411. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal.

A mora está relacionada com a demora no pagamento de uma prestação (MIGLIOLI, 2014). Seu conceito está mais íntegro no artigo 394 do Código Civil de 2002: “Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2002).

No contrato, a impontualidade da devedora, resulta na multa automática de 2%, sobre o valor corrigido sobre o valor “*pro rata die*”, e mais juros de mora de 1% contados dia após dia, ou seja, devem ser aplicados 0,033333% por dia de atraso.

O valor da multa é previsto no Código de Defesa do Consumidor, artigo 52, parágrafo 1º, o qual diz que 2% sobre o valor da prestação é o máximo a ser cobrado (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1990).

Os juros moratórios, segundo o artigo 161, paragrafo 1º do Código Tributário Nacional, caso a lei não dispuser é fixado 1% ao mês (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1966).

A cotar dessa compressão, temos dois tipos de multa: a moratória e a compensatória. Sendo a multa moratória, por atraso na obrigação e a multa compensatória, aplicada para minimizar as perdas e danos que a parte credora venha a ter sofrido.

2.1.12 Reflexos da Covid-19 quanto aos prazos de entrega de obra

É inegável que estamos vivenciando uma situação assustadoramente imprevisível, devido a COVID-19. Uma pandemia sem precedentes, que coloca a população mundial em risco de morte, um verdadeiro caos que afetou não só a área da saúde, mas todas as outras.

Partindo dessa premissa, aborda-se o fato que as relações contratuais passaram a ser alvo de questionamento, porque em tese, a parte que não consegue cumprir suas obrigações em razão da pandemia, deixa de ter uma conduta culposa. Entre eles, o mais polêmico é quanto à possibilidade exclusão da responsabilidade da construtora e/ou incorporadora que exceder o prazo de tolerância, estabelecido no contrato.

2.1.13 Cláusula de Tolerância

O contrato prevê o prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias, a contar da referida data. O prazo de entrega pode ser prorrogado, caso haja atrasos no decorrer da obra, casos de fortuito, ou de força maior.

Sobre o prazo de tolerância, a jurisprudência brasileira consolidou um entendimento sobre esse assunto e fixou o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para a entrega do imóvel.

“Súmula 164 - É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível” (BRASIL, 2017).

Argumentos utilizados pelas construtoras para justificar o atraso, como por exemplo, casos de fortuito, ou de força maior, são derrubados pela súmula 161 do TJ-SP, que diz o seguinte:

Súmula 161: Não constitui hipótese de caso fortuito ou de força maior, a ocorrência de chuvas em excesso, falta de mão de obra, aquecimento do mercado, embargo do empreendimento ou, ainda, entraves administrativos. Essas justificativas encerram “*res inter alios acta*” em relação ao compromissário adquirente.

Caso haja atraso, a construtora deve pagar multa de 0,5% do valor integral do imóvel, por cada mês de atraso, mais danos materiais e morais (SALEM, 2019).

Entretanto, com esse cenário atual que estamos enfrentando, onde situações atípicas, como: lockdown, lojas de materiais de construção fechadas, por conta dos decretos municipais e estaduais, indústrias não trabalhando com toda sua capacidade, problemas com transportes e falta de insumos, etc. É que a pandemia se caracteriza como um caso fortuito ou força maior. E com isso, o atraso na obra é completamente possível e vai ser permitido durante esse período, sendo aplicado o artigo 393 do Código Civil.

O artigo 393 do Código Civil (CC) enuncia: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizados”. O caso fortuito e a força maior, nesse sentido, são considerados excludentes da responsabilidade do devedor.

É a partir deste artigo que poderá a construtora, incorporadora ou imobiliária, em conjunto com o comprador do imóvel, realizar uma recom pactuação quanto ao possível atraso da obra. Sendo imprescindível, ter um aditivo no contrato, que estabeleça uma nova data, levando em conta que não há a possibilidade de imprevisão de prazo em contrato.

2.1.14 Da Execução da Obra

Antes de receber as chaves o (a) comprador (a) não poderá executar qualquer serviço ou obra em sua unidade. A obra se caracterizará como realizada, na data de entrega das chaves. Nesta cláusula, consta também, que o (a) vendedor (a) responderá pela sua solidez pelo prazo de 5 anos e pelos vícios aparentes e ocultos pelo prazo de noventa dias, a contar da entrega das chaves.

Neste caso, o (a) vendedor (a), possui a obrigação de fazer, no qual o devedor (no caso a construtora) possui o dever de executar algum serviço (no caso a obra e a entrega do imóvel) (ASSIS NETO; JESUS; MELO, 2020).

Se, por ventura, o devedor se recusar a prestar o serviço, este deverá indenizar com perdas e danos é o que consta no artigo 247 do Código Civil (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2002).

2.1.15 Responsabilidade Penal

Uma empresa que se dedica a construir ou comercializar imóveis tem inúmeras responsabilidades, este compromisso recai ao subjetivo na medida em que a responsabilidade penal não pode alcançar a pessoa jurídica, mas a pessoa física.

“A responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva e individual. Nesse sentido manifesta-se René Ariel Dotti, afirmando que, “no sistema jurídico positivo brasileiro, a responsabilidade penal é atribuída, exclusivamente, às pessoas físicas. (BITTENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal Vol1, Parte Geral, 2020).

Posteriormente não encontramos nada acerca de uma culpabilidade à empresa, o que é correto e nos explica o artigo 173 do Código Civil, § 5º, que dispõe: A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade

desta, sujeitando-a as punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Desta forma, entendemos que não se pode confundir a responsabilidade pessoal, com a responsabilidade da pessoa jurídica, por outro lado, temos no contrato uma representante legal administradora que tem este papel (promitente vendedora), o que assegura o compromisso da empresa com o promitente comprador, onde temos como exemplo a qualidade do imóvel, elencado na cláusula décima oitava, que faz referência a solidez do produto em prazo de 5 anos e demais compromissos. Sob o mesmo ponto de vista, falta e seria interessante considerar a previsão de fraude no contrato, para assegurar mais direitos ao adquirente neste acordo formal, assim resguardando crimes comuns de estelionato, uma vez que são crimes crescentes nos dias atuais, situações em que a construtora, que após ter lançado um empreendimento no mercado, na modalidade de “imóvel na planta”, desaparece do cenário, por má fé ou falência, levando consigo o dinheiro dos seus clientes. Nesta situação, temos o artigo 171.

Art. 171 CP- Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento.

Da mesma forma, obras com defeito ou incompletas com falhas de projeto ou execução; material de qualidade duvidoso ou mal aplicado; terrenos incompatíveis com o empreendimento, são outros exemplos que além de lesar financeiramente o comprador do imóvel, ainda põem risco sua vida e de sua família por negligência, assumindo o risco de matar. Como exemplo, temos o crime de desabamento ou desmoronamento que é previsto no artigo 256 Código Penal. E a negligência, que é tutelada pelo Art.13 Código Penal que trata da omissão. Estas cláusulas protegendo o adquirente não estão presentes no contrato analisado

Art. 256 - Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Modalidade culposa. Parágrafo único - Se o crime é culposos: Pena - detenção, de seis meses a um ano. Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento.

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984). § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

É oportuno que quem comercialize algo com valor tão considerável, coloque o cliente numa melhor situação em relação a seus direitos e obrigações.

2.2 METODOLOGIA

Para a produção deste artigo, foi utilizada metodologia exploratória e pesquisa documental em primeiro momento, com propósito de a partir da análise das cláusulas de um contrato, criar um entendimento teórico a respeito do caso. Num segundo momento, o presente estudo baseou-se em bibliografia especializada e pesquisa descritiva para fundamentar o referencial teórico. O processo posterior deu-se sob forma de método qualitativo, com entrevista, na qual se podem entender mais na prática todos os trâmites deste acordo, ouvindo ambas as partes. Também foram utilizados artigos e livros sobre o assunto, na forma de fonte de pesquisa primária.

2.3 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Com a finalidade de analisar com maior objetividade os resultados deste artigo, de forma a contemplar as disciplinas propostas de Direito Penal, Direito Empresarial e Direito Civil, foi realizado um estudo de um contrato real de promessa de compra e venda de imóvel na planta. O contrato em questão foi firmado em 16 de agosto de 2017, na cidade de Bagé, onde o promitente comprador, é pessoa física, solteiro e brasileiro, e a promitente vendedora é de natureza jurídica, sendo uma Construtora e Incorporadora, também sediada na cidade de Bagé/RS, representada neste ato pela procurada da empresa.

Ao analisar as cláusulas do contrato, buscou-se averiguar se estavam de acordo com a lei, se contemplavam todos os direitos e obrigações de ambas as partes, quais os riscos e garantias que o instrumento contempla. Para tanto, foi feita uma breve conceitualização do que é um contrato, e sobre a modalidade imóvel na planta, que é um negócio jurídico de uma unidade futura, que ainda não existe fisicamente, por tanto com o contrato o comprador ainda não é dono, só terá posse após feito todo o pagamento, terá a escritura para registrar em seu nome.

O imóvel foi adquirido através de financiamento bancário, o que traz outras cláusulas com obrigações a uma terceira envolvida, que é a Caixa Econômica Federal. O que motivou a trazer a esse estudo, a questão do programa habitacional do governo federal, que viabilizou para que muitas famílias de baixa renda conseguissem adquirir a tão sonhada casa própria. Onde

também, foi analisado que além do pagamento da entrada o comprador, pagará encargos relativos a juros e atualização monetária, incidentes sobre valor da dívida apurada no mês somatório do valor das parcelas de seu financiamento, liberadas mensalmente para a construtora, que são devidas direto em sua conta, sendo necessário estar com esse saldo positivo, caso contrário será devidado na conta da vendedora, tendo o comprador que ressarcir a vendedora com prazo acordado no contrato, caso não cumpra, está previsto também os juros e multas. Outros encargos que o comprador fica responsável em arcar são de despesas com ITBI (Imposto Sobre a Transmissão de Bens Imóveis), Registro e Escritura.

Quanto à intermediação do corretor de imóveis, foi feita uma breve pesquisa, na lei que regulamenta a intermediação imobiliária e o processo de comissionamento, no presente contrato analisado, ficou ajustado que a vendedora arcará com as despesas de corretagem.

Se tratando da cláusula penal, foi feito um levantamento sobre as sanções previstas, quanto ao Pagamento, Prazo de Execução e Entrega da obra, se estariam de acordo com os percentuais e quanto à proporcionalidade das partes.

Outro apontamento, apresentado foi quanto ao tempo de pandemia, quais os reflexos que poderiam impactar nas obrigações das partes, tendo em vista que para a parte compradora, poderia ser flexibilizada o pagamento das parcelas de financiamento, tendo um prazo de carência de até seis meses e quanto a parte vendedora, poderia exceder o prazo de tolerância, por alegar caso fortuito ou força maior, prevista em lei.

Ainda foi levantada a questão quanto o distrato contratual, que é importante salientar que é uma ação disponível ao comprador em caso de arrependimento posterior a celebração do contrato de compromisso de compra e venda, está previsto nos art. 472 e 473 do código civil, porém para se obter um distrato deve haver sempre concordância tanto do comprador como da vendedora.

Também foi analisado o contrato sobre a eventual responsabilidade penal, conforme exposto no referencial teórico através de pesquisa bibliográfica, constatando-se que no contrato estudado não há repercussão nesse sentido.

Para finalizar foi realizada uma entrevista com ambas as partes, para saciar alguns apontamentos, que não foram sanados pela pesquisa bibliográfica.

2.3.1 Entrevista com jurídico da empresa:

Em entrevista concedida, o advogado André Machado, responsável pelo corpo jurídico da Dallé Construtora, falou sobre a cláusula penal que versa sobre atrasos nos pagamentos,

valor corrigido pelo INCC, no caso de parcelas em atraso durante a obra. Multa de 2% e juros de mora de 1% ao mês, por este inadimplemento de parcela. Também citou a cláusula que designou como “não arrependimento” ou irrevogabilidade, que está presente e trata sobre a desistência do negócio celebrado, que só pode ser resolvido de pleno direito, em dois casos específicos: quando o cliente não consegue o financiamento bancário e não possui outra forma de cumprir o acordo, ou por inadimplemento das parcelas a mais de 60 dias, o que resolve da mesma forma o contrato firmado. Informou que via de regra, ambas as partes não podem desistir do negócio.

Sob a óptica da responsabilidade penal, o advogado nos fala sobre garantias dadas aos clientes, segundo ABNT, que rege todas as áreas da construção civil e desta forma alegando que seria algo que correria na esfera civil, um caso a parte que não precisaria estar presente no contrato de compra e venda de um imóvel. Também nos fala sobre o tema ambiental e pontua que este sim, incorreria em crime, caso a empresa deixe de seguir normas reguladoras, quando da limpeza de áreas com corte de árvores, sem a devida licença ambiental e o tratamento de esgoto, caso seja feito de maneira incorreta.

Em relação ao tema pandemia, não houve acréscimo de valores ao contrato analisado, porém nos fala sobre um grande aumento de preços do material de construção por conta alta demanda e pouca oferta, criada pelo surto da doença que impactou nos mercados de forma bastante significativa. Valores de acréscimo que certamente serão repassados aos futuros contratos.

2.3.2 Entrevista com o comprador:

Segundo relato do comprador, não houve receio quanto a comprar um imóvel na planta da empresa em questão, em razão do cliente já ter conhecimento de outros produtos construídos pela empresa. Também foi feito questionamentos sobre vícios após a entrega, onde o adquirente relatou que apareceram rachaduras, no entanto fez questão de ressaltar que todos estes problemas foram atendidos de pronto pela construtora. Em relação ao prazo de entrega, para sua surpresa, foi feito antes da data prevista.

No tocante a escritura do imóvel, os clientes foram informados de que a mesma sairia automaticamente após juntada de todos os documentos necessários, procedimento todo feito pela imobiliária que comercializa os imóveis da construtora. Sobre o distrato, a orientação também partiu do corretor de imóveis, que apresentou as regras ao cliente, de mora e demais sanções.

A pandemia afetou todos os negócios jurídicos e neste sentido foi apresentada ao cliente uma opção, para que se quisesse, poderia mexer nas parcelas e fazer adequação ao novo momento, o que não foi aceito pelo cliente, que preferiu seguir normalmente o acordo. O acesso ao financiamento ocorreu de maneira tranquila, seguindo os ritos tradicionais, onde o comprador saiu satisfeito da negociação. O adquirente também elogiou a empresa pela transparência e comentou que não sentiu falta de numa garantia expressa no contrato.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos aqui pontuados, podemos entender criteriosamente um contrato de compra e venda de imóvel na planta, obrigação prevista no artigo 481 do Código Civil, que é o instrumento legal para assegurar a eficiência e legitimidade do negócio jurídico para as partes interessadas, elencando compromissos e sanções, onde dois ou mais interesses coadunem vantagem patrimonial.

Podemos perceber que habitualmente ou tradicionalmente uma empresa construtora e incorporadora tem regras bem rígidas, que obrigam o adquirente a cumprir a obrigação sob pena de mora em quase todos os momentos deste negócio. Por sua vez, a empresa e instituição financeira se comprometem ao mínimo, prevendo todos os percalços que podem haver no decorrer da obra, abstendo-se de qualquer reponsabilidade em relação até mesmo a atrasos. Desta forma o negócio celebrado tem regras bem definidas e imputa as duas partes, obrigações, claro que mais a quem compra, do que a quem vende, principalmente pelos riscos existentes.

E deixa claro qual obrigação cada parte deve cumprir, sob pena de prejuízos a ambos os envolvidos que celebram tal negócio.

Foi constatado ainda que não se impute responsabilidade penal a pessoas jurídicas, apenas pessoas físicas, em outras palavras, é pessoal a responsabilidade penal de um negócio, porque a lei diz que não se confunde a responsabilidade de pessoa jurídica. A constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal e sim condicionou a mesma a aplicação de sanções compatíveis com sua natureza, como explica Cesar Roberto Bittencurt em seu Tratado do Direito.

Por fim, sob um olhar atento acerca do negócio jurídico, celebrado entre as partes, podemos saber mais sobre a elaboração do mesmo, seus ritos e especialmente quais são as responsabilidades de cada interessado no negócio.

REFERÊNCIAS:

ASSIS NETO, Sebastião de; JESUS, Marcelo de; MELO, Maria Izabel de. **Manual de Direito Civil**. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 657.

BITTENCOURT, CezarRoberto. **Tratado de Direito Penal**. Vol1. ParteGeral, 2020.

BDINE Jr, Hamid Charaf, et. al. In: **Código Civil comentado**, cit., p. 459

BRANCO, Luiz Carlos. **Cláusula penal: o valor da cominação e a redução equitativa da pena**. 2010. 157 f. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 161. **Força Maior e Atraso na Entrega de Imóvel**. São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <https://direitopaulistano.blogspot.com/2017/08/tjsp-sumula-161-forca-maior-e-atraso-na.html>. Acesso em: 28 mar. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Súmula nº 164. **Prazo de entrega de imóvel**. São Paulo, 04 ago. 2017. Disponível em: <https://direitopaulistano.blogspot.com/2017/08/tjsp-sumula-164-prazo-de-entrega-de.html>. Acesso em: 28 mar. 2021.

CAIXA. **Entenda como funciona o seu financiamento ao construir ou comprar um imóvel em construção**. Disponível em: https://www.caixa.gov.br/Downloads/habitacao-documentos-gerais/Cartilha_Juros_Fase_de_Obras.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.

ESTADÃO. **Taxa de evolução de obra: saiba o que é e por que ela é cobrada**. 2019. Disponível em: <https://imoveis.estadao.com.br/compra/o-que-e-a-taxa-de-evolucao-de-obra>. Acesso em: 07 abr. 2021.

FIORIO, Vinícius. **Contratos de compra e venda**. Jusbrasil, Porto Alegre, 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto - **Teoria geral das obrigações** / Carlos Roberto Gonçalves. - Coleção Direito civil brasileiro volume 2 – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MIGLIOLI, Marcio Asbahr. **Mora – conceito, formas e requisitos**. 2014. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/mora-conceito-formas-e-requisitos/>. Acesso em: 16 mar. 2021.

MARCANDANTE, Ivan. Distrato/rescisão: **de compromisso de venda e compra de imóvel na planta**. Jusbrasil, 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, v.2: **teoria geral das obrigações**, 29. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF, Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF, Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 de mar. 2021.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 28 de mar. 2021.

RIZZATTI, Juana; RODRIGUES, Daniel. Reflexos da **Covid nas Incorporações Imobiliárias**, 2020.

SALEM, Fabrizio. **Qual é o prazo de tolerância para entrega da obra?** 2019. Disponível em: <http://salemadvogados.com/prazo-de-tolerancia-para-entrega-da-obra/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

VASCOCELLOS, Iuri. **Lei do distrato dos imóveis comercializados na planta**, JUS.COM, 2019.