LEI DO DISTRATO E INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA: A LÓGICA DA COLETIVIDADE NOS TEMAS 1.466 E 1.465 DO STJ

Rafaella Nogueira de Carvalho Corti

1 INTRODUÇÃO

A incorporação imobiliária é, por natureza, uma operação coletiva. O incorporador se obriga a entregar a cada adquirente uma unidade autônoma, mas a obrigação só pode ser cumprida de forma coletiva, o prédio inteiro precisa ser construído. Por isso a Lei 4.591/1964 estruturou o negócio como um conjunto de obrigações interdependentes, as de todos os adquirentes e a do incorporador: o prazo de carência (art. 34), a irretratabilidade dos contratos (art. 32, § 2º), a resolução por inadimplemento com leilão da unidade (art. 63) e, desde a Lei 10.931/2004, o patrimônio de afetação (arts. 31-A a 31-F) servem à mesma ideia, a de que a falha de uma das partes atinge todas.

A Lei 13.786/2018, conhecida como Lei do Distrato, não veio alterar essa lógica. Veio reconhecê-la e normatizá-la. Ao fixar, no art. 67-A da Lei 4.591/1964, o que o adquirente recebe de volta quando não consegue seguir com o contrato, o legislador admitiu pena convencional de até 25% da quantia paga (inciso II) e, quando a incorporação está submetida ao patrimônio de afetação, de até 50% (§ 5º), dispensando a prova de prejuízo (§ 1º). A razão é financeira e coletiva: manter o fluxo de caixa e os ativos alocados à conclusão do empreendimento, em favor de todos os que permanecem nele.

Em sessão virtual encerrada em 30 de junho de 2026, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça afetou ao rito dos recursos repetitivos (art. 1.036 do CPC), por unanimidade, controvérsias que alcançam esse tema, sob relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. O Tema 1.466 pergunta se, nos contratos de imóveis submetidos ao patrimônio de afetação e firmados após a Lei 13.786/2018, a rescisão por inadimplemento do comprador autoriza a retenção de até 50% das quantias pagas. O Tema 1.465 pergunta qual o percentual e a base de cálculo da retenção nos contratos firmados antes da lei. O acórdão de afetação foi publicado em 4 de agosto de 2026, e os recursos em tramitação no STJ que discutem a matéria (notadamente, recursos especiais e agravos) estão suspensos.[1] O Tema 1.464, que trata de lotes e de outra lei (a Lei 6.766/1979), não será abordado neste artigo pois trataremos exclusivamente das regras de Incorporação imobiliária, mas certamente muitos dos argumentos poderiam ser aplicados também a este tema.

[1]STJ, Segunda Seção, ProAfR no REsp 2.258.565/SP (Tema 1.466) e no REsp 2.255.054/MA (Tema 1.465), Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, sessão virtual de 24 a 30/06/2026, acórdão publicado no DJEN em 04/08/2026, com suspensão do processamento nos termos do art. 256-L do RISTJ. Paradigmas do Tema 1.466: REsp 2.258.565/SP, 2.258.822/SP e 2.259.135/SP; do Tema 1.465: REsp 2.255.054/MA e 2.255.393/MA.

Defende-se aqui que a mesma lógica deve orientar a resposta aos dois temas. Para os contratos posteriores à lei, o Judiciário deve respeitar o percentual contratado, desde que dentro dos limites que o legislador estabeleceu. Para os contratos anteriores, em que a lei não incide diretamente, a estrutura da Lei 4.591/1964 já existia e a Lei do Distrato apenas a complementou, de modo que esses limites servem de parâmetro objetivo para aferir a razoabilidade da cláusula penal.

2 A LÓGICA DA LEI DE INCORPORAÇÕES E O LUGAR DA LEI DO DISTRATO

2.1 Uma obrigação que só se cumpre com a coletividade

A incorporação é a atividade de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas (art. 28, parágrafo único, da Lei 4.591/1964). O objeto do contrato de cada adquirente é uma unidade, mas o objeto da obrigação do incorporador é o empreendimento. A unidade só existe se o prédio for concluído, e o prédio só é concluído se os recursos de todos os adquirentes, somados, chegarem à obra no ritmo do cronograma. O vínculo entre as obrigações é, portanto, estrutural, e não acidental.

A promessa de compra e venda na incorporação cumpre, por isso, dupla função: transmite direitos ao adquirente e, ao mesmo tempo, capta os recursos que formam o capital do empreendimento.

É por isso que o magistrado, ao decidir sobre o pedido de desfazimento do compromisso por um adquirente, deve considerar as consequências práticas da decisão para a continuidade do empreendimento como um todo. Essa é a inteligência da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ao vedar decisões com base em valores jurídicos abstratos sem que esses efeitos sejam considerados (art. 20). A exigência pesa ainda mais em um precedente vinculante (art. 927, III, do CPC), como o dos recursos especiais repetitivos, cujos efeitos se projetam sobre todos os contratos e todos os empreendimentos do país. Reduzir por equidade a retenção de um adquirente, sem examinar o que isso significa para o caixa da obra e para os demais adquirentes, é decidir à luz de um valor abstrato e ignorar o efeito sobre a coletividade.

Essa foi, aliás, a premissa do processo legislativo. Como advertiu o relator do projeto que resultou na Lei 13.786/2018 (PL 1.220/2015) na Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, “não se pode numa suposta defesa de um interesse individual do comprador de unidades colocar em risco o direito coletivo daqueles consumidores que pretendem de fato se manter no empreendimento”.

Não se pode objetar que, faltando vendas ou saindo adquirentes, o contrato de financiamento à produção celebrado com a instituição financeira supriria os recursos da obra. Em regra, os pagamentos dos adquirentes durante a obra representam apenas uma parcela do preço, em torno de 20% a 30%, e por isso o financiamento é liberado por etapas, à medida que a obra avança.

Esse financiamento, porém, não substitui o fluxo dos adquirentes, e sim depende dele. Os recebíveis das unidades vendidas são oferecidos em garantia ao financiador, em regra por cessão fiduciária, e a liberação das parcelas do crédito está condicionada à manutenção de um índice saudável de vendas e de recebíveis, além do avanço físico da obra. A regulamentação do Conselho Monetário Nacional reforça o vínculo: o financiamento à produção só pode ser concedido a empreendimento submetido ao regime de afetação, e os direitos creditórios dados em garantia devem ser registrados antes da liberação dos recursos.[2] Cada distrato reduz a carteira que sustenta a garantia, compromete esse índice e pode suspender os desembolsos, atingindo o cronograma de todos os adquirentes. O financiamento é, portanto, mais um elo da cadeia de interdependência, e não uma alternativa a ela.

2.2 O prazo de carência e a reciprocidade das obrigações

O art. 34 da Lei 4.591/1964 permite que o incorporador fixe prazo de carência, de até 180 dias contados do registro da incorporação, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento, nas condições previamente declaradas no memorial (art. 32, alínea "n"). O prazo é improrrogável (art. 34, § 6º). A lei reconhece, com isso, que a viabilidade do projeto depende de um mínimo de adesão, e dá ao incorporador uma janela para verificar se a venda das unidades sustenta a obra.

O outro lado dessa regra é a reciprocidade. Decorrido o prazo de carência, o incorporador deixa de poder desistir e fica obrigado a concluir o empreendimento perante todos. Quem comprou, de sua parte, também fica comprometido com a coletividade. A desistência individual compromete o equilíbrio sobre o qual a obra foi lançada.

2.3 Irretratabilidade e resolução

É nessa lógica que o art. 32, § 2º, da Lei 4.591/1964 estabeleceu, na redação original, que os contratos de compra e venda e as promessas de venda de unidades autônomas são irretratáveis. A irretratabilidade não foi um capricho. Se cada adquirente pudesse sair sem custo, o incorporador não poderia prosseguir com a obra, e os que permanecem arcariam com o vazio deixado.

O legislador, porém, sempre soube que o adquirente pode se tornar incapaz de pagar. Para esse caso, o art. 63 da Lei 4.591/1964 prevê a resolução por falta de pagamento, depois de notificação, com leilão da unidade, de modo que o ativo retorne ao circuito da obra e a coletividade recupere o que foi desfalcado. O que a lei não normatizava era o custo da saída quando o próprio adquirente desiste ou não consegue seguir.

[2]Resolução CMN 4.676/2018, art. 7º-A e art. 7º-C (este incluído pela Resolução CMN 5.055/2022); Lei 9.514/1997, arts. 18 a 20.

Essa lacuna foi preenchida pela jurisprudência, com apoio no art. 53 do CDC e na Súmula 543/STJ[3], de modo variável e sem referência à lógica coletiva da incorporação. A solução produziu efeitos nefastos no mercado, tanto para as incorporadoras quanto para os adquirentes adimplentes. Com a possibilidade de desistir e receber de volta a quase totalidade do que pagou, o número de distratos cresceu de forma excessiva, e o fluxo de recursos que sustentava as obras deixou de ser previsível. Muitos projetos fracassaram, e muitas empresas chegaram à falência.

Quem arcou com as consequências foram também os adquirentes que cumpriram o contrato, que viram obras atrasadas ou paralisadas e unidades que não foram entregues. Foi esse cenário que levou o legislador a construir uma solução melhor, mais justa e mais condizente com a lógica do negócio de incorporação imobiliária.

2.4 O patrimônio de afetação

Necessário ainda falarmos do patrimônio de afetação, introduzido pela Lei 10.931/2004, cria um mecanismo efetivo para garantir que o terreno, as acessões e os recursos do empreendimento fiquem segregados do patrimônio do incorporador e sejam destinados exclusivamente à conclusão da obra, à entrega das unidades e quitação do financiamento à produção (arts. 31-A a 31-F).

Esse mecanismo jurídico e contábil foi concebido para dar mais segurança à coletividade de adquirentes, em resposta a episódios de insolvência de incorporadoras, como a crise da Encol (Teresa Arruda Alvim e Fernando Siqueira, Lei do Distrato: uma escolha do legislador que o STJ tem prestigiado, Revista Incorpora (Abrainc), 20/09/2026; Lei 10.931/2004). Na afetação, o incorporador não pode compensar o desfalque causado por um adquirente com recursos de outras obras ou de seu patrimônio geral. O custo do distrato individual recai diretamente sobre o patrimônio comum do empreendimento, ou seja, sobre os demais adquirentes.

A essa proteção material soma-se uma regra processual. O Código de Processo Civil de 2015 tornou impenhoráveis os créditos oriundos da alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra (art. 833, XII). Os recebíveis das vendas, que sustentam a obra, não podem ser alcançados por credores do incorporador por dívidas estranhas ao empreendimento. A consequência para o tema é direta. Se a lei protege os recursos das vendas contra qualquer desvio, inclusive o executivo, seria incoerente permitir que o desfazimento individual os esvaziasse sem a contrapartida de uma retenção que preserve o caixa destinado à obra.

[3]Súmula 543/STJ: na resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao CDC, a restituição das parcelas pagas deve ser imediata, integral se a culpa for exclusiva do promitente vendedor ou construtor, e parcial se o comprador der causa ao desfazimento.

2.5 A Lei do Distrato como normatização

É nesse contexto que se deve ler a Lei 13.786/2018. Ela não substituiu a lógica da lei de 1964, e sim a regulou. Manteve a irretratabilidade, com a única exceção do arrependimento em sete dias para contratos firmados fora da sede do incorporador, após o qual a regra retorna (art. 67-A, § 12). Admitiu a saída do adquirente, mas a um custo previsível e tarifado: restituição das quantias pagas com dedução da comissão de corretagem e da pena convencional, de até 25%, ou de até 50% na incorporação afetada. E facultou às partes, por instrumento específico de distrato, pactuar condições diferenciadas (art. 67-A, § 13).

Justamente por respeitar essa lógica, e as regras da própria lei e do CPC que destinam os recursos das vendas à execução da obra, a Lei do Distrato não se limitou a tarifar o percentual retido. Disciplinou também quando o saldo remanescente é devolvido. Na incorporação afetada, a restituição ocorre em até 30 dias após o habite-se (art. 67-A, § 5º), isto é, ao final da obra. Na incorporação não afetada, ocorre em parcela única, após 180 dias contados do desfazimento (§ 6º). Em ambos os casos, se a unidade for revendida antes desses prazos, o saldo é pago em até 30 dias da revenda (§ 7º), e a pena convencional sequer incide se o adquirente que deu causa ao desfazimento encontrar comprador substituto que o sub-rogue, com a anuência do incorporador e a aprovação do cadastro e da capacidade financeira do substituto (§ 9º). Assim, mesmo o valor que não é retido só sai do caixa da obra quando o adquirente é substituído por outro ou quando a obra termina. A regra impede que o distrato retire de uma só vez recursos que a lei destina à conclusão do empreendimento.

O percentual maior da incorporação afetada não é arbitrário. Explica-se pelo fato de que, sem outro patrimônio para absorver o desfalque, o custo do distrato é suportado integralmente pelo fluxo de caixa da obra. É uma regra de coerência com o sistema.

3 A CONTROVÉRSIA DOS TEMAS 1.466 E 1.465

3.1 As questões afetadas

Como antecipado neste artigo, o Tema 1.466 pergunta se, nos contratos de compra e venda de imóveis submetidos ao regime de patrimônio de afetação e firmados após a vigência da Lei 13.786/2018, a rescisão por inadimplemento do comprador autoriza o vendedor a reter até 50% das quantias pagas, nos termos do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591/1964. Já o Tema 1.465 pergunta qual é o percentual e a respectiva base de cálculo dos valores que o vendedor pode reter, por iniciativa e culpa do comprador, nos contratos de compra e venda de imóvel firmados anteriormente à vigência da lei.

3.2 Os casos paradigmas

Os três recursos do Tema 1.466 são de São Paulo e mostram que a controvérsia real não está na validade do percentual de 50% em abstrato. Está em saber até quando a afetação existe (Fratta e Patriani) e se o juiz pode reduzir, por equidade, o que a lei autoriza (Living Abaeté).

Os recursos paradigmas do Tema 1.465 tratam de lotes de loteamento, regido pela Lei 6.766/1979, e não de unidades de incorporação. A questão afetada, contudo, está formulada em termos gerais, sem restringir a espécie de imóvel. A tese que o STJ fixar pode, portanto, alcançar as incorporações anteriores à lei, que têm lógica própria, como se viu. Convém que o julgamento considere essa distinção, seja delimitando a tese, seja formulando-a de modo a preservar a estrutura da Lei 4.591/1964.

3.3 As posições em confronto

De um lado, sustenta-se que a Lei 13.786/2018 é lei especial e posterior, fruto de escolha deliberada do Congresso Nacional, que fixou tetos por regime. Nessa leitura, o percentual de 50% é compatível com o CDC porque a afetação segrega os recursos do empreendimento em favor da coletividade, e o custo do distrato individual recai sobre esse patrimônio comum. A cláusula penal, ademais, é exigível independentemente de prova de prejuízo (art. 416 do Código Civil e art. 67-A, § 1º). É a posição sustentada, entre outros, por Teresa Arruda Alvim e Fernando Siqueira (Revista Incorpora, 20/09/2026).

De outro lado, sustenta-se que nas relações de consumo o CDC prevalece sobre a lei especial, que o art. 413 do Código Civil e os arts. 47, 51 e 53 do CDC autorizam o juiz a reduzir a pena manifestamente excessiva, que o percentual da lei é um limite e não um piso, e que a afetação, cumprida sua função com o fim da obra, não pode justificar a retenção ampliada. É essa a linha dos acórdãos de origem do Tema 1.466.

4 O QUE O STJ JÁ DECIDIU

As Turmas de Direito Privado do STJ já enfrentaram a questão, e o quadro que resulta é o de uma jurisprudência dominante, com decisões, em menor número, em sentido contrário.

A Quarta Turma tem entendimento reiterado de que, em incorporação submetida ao patrimônio de afetação e em contrato posterior à Lei 13.786/2018, a retenção de até 50% é válida, nos termos do art. 67-A, II e § 5º, da Lei 4.591/1964. Em julgados recentes, a Terceira Turma também acolheu essa leitura, afastando decisões que haviam reduzido o percentual sem amparo na disciplina específica, com a ressalva de que a cláusula deve ter sido expressamente pactuada. Como sintetizou o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, relator dos Temas, "é assente no STJ o entendimento de que é válida, desde que expressamente pactuada, a cláusula que prevê a retenção de até 50% dos valores pagos, nos contratos de promessa de compra e venda de imóvel celebrados sob o regime de patrimônio de afetação sob a vigência da Lei n. 13.786/2018" (REsp

1.947.912/SP, Terceira Turma, julgado em 05/05/2025). É essa, hoje, a jurisprudência dominante da Corte.

Nas decisões em sentido contrário, o ponto de distinção não está na existência de relação de consumo, que é a regra nesses contratos e foi igualmente considerada pela Quarta Turma, para a qual a retenção de 50% não é abusiva, por si só, mesmo sob a ótica do CDC, mas na força atribuída ao CDC sobre a lei especial. Parte delas faz alusão ao julgamento conjunto dos REsps 2.106.548/SP, 2.107.422/SP, 2.111.681/SP e 2.117.412/SP (DJEN 19/09/2025), no qual, por maioria, vencidos os Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva e Moura Ribeiro, se limitou a retenção a 25%, sob o fundamento da prevalência do CDC sobre a Lei do Distrato. Esses casos, contudo, versavam sobre o desfazimento de contrato de lote (art. 32-A da Lei 6.766/1979), e não de unidade em incorporação submetida ao patrimônio de afetação; ainda assim, a orientação foi transposta, em alguns julgados, para a incorporação afetada, sem o enfrentamento das particularidades desse regime.

Foi o que ocorreu, por exemplo, no REsp 2.207.712/SP, relatado pela Ministra Nancy Andrighi, julgado em dezembro de 2025, em que a Terceira Turma entendeu que o CDC funciona como limite à aplicação da lei especial e que, nas relações de consumo, a soma dos descontos deve respeitar o teto de 25% dos valores pagos, mesmo com afetação, ressalvada a taxa de fruição. E também nos EDcl no REsp 2.235.942/SP, em que o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, vencido, acompanhado pelo Ministro Moura Ribeiro, fez justamente essa distinção, destacando que, "ainda que ambos os dispositivos tenham sido incluídos pela Lei nº 13.786/2018 (Lei do Distrato), não se pode confundir o âmbito de aplicação de cada um deles". Contra esse acórdão foram opostos embargos de divergência, admitidos pela Ministra Maria Isabel Gallotti, que aguardam julgamento, sobrestados em razão da afetação. A orientação dominante, por sua vez, fundamenta o percentual de 50% na própria Lei de Incorporações. São esses julgados, ainda que minoritários, que justificam a uniformização pelo rito dos repetitivos, em prestígio à estabilidade, à integridade e à coerência da jurisprudência (art. 926 do CPC).

Registre-se que, no REsp 2.258.565/SP, um dos recursos afetados ao Tema 1.466, o Ministério Público Federal opinou pela validade da retenção de 50%, "porque a legislação especial visa à proteção do interesse coletivo dos demais adquirentes (finalidade legal do patrimônio de afetação)".

Quanto ao fim do patrimônio de afetação, a Quarta Turma do STJ, no REsp 1.862.274/PR (Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, julgado em 24/09/2024), entendeu, em caso de falência de incorporadora, que a expedição do habite-se não extingue, por si, o patrimônio de afetação, que exige o preenchimento dos requisitos cumulativos do art. 31-E da Lei 4.591/1964, inclusive a quitação das obrigações perante o financiador da obra. A orientação é diversa da dos acórdãos de origem do Tema 1.466, que tratam a conclusão da obra como causa suficiente de extinção.

Para os contratos anteriores à lei, a orientação é de irretroatividade. Aplica-se o regime jurisprudencial anterior, com a Súmula 543/STJ, retenção usualmente entre 10% e 25% das parcelas pagas e devolução imediata. Com o que eu peço licença para discordar pelos motivos que vou expor adiante, a regra é que a lei não retroage, mas aplicação de uma Súmula superada por legislação posterior justamente por seus efeitos nefastos não me parece ser a melhor solução.

O quadro, portanto, é este. Converge-se em que a Lei 13.786/2018 se aplica aos contratos posteriores a ela, e em que não retroage. Remanescem decisões minoritárias divergentes quanto à força do CDC sobre o percentual legal da incorporação afetada, e quanto ao momento em que a afetação deixa de justificar a retenção ampliada. Resta, para os contratos anteriores, definir se a lógica da Lei de Incorporações de 1964, que a Lei do Distrato de 2018 apenas explicitou, pode informar o controle da cláusula penal. São essas as questões que os Temas 1.466 e 1.465 deverão resolver.

5 A TESE PROPOSTA: O JUDICIÁRIO DEVE RESPEITAR O CONTRATADO DENTRO DOS LIMITES QUE O LEGISLADOR FIXOU

5.1 Tema 1.466: a retenção como instrumento de preservação do fluxo de caixa da coletividade

A resposta ao Tema 1.466 com a devida vênia deve decorrer da lógica descrita acima. Quando um adquirente deixa de cumprir sua parte, a falha não fica restrita a ele: os recursos que financiariam a fração da obra correspondente à sua unidade deixam de entrar, e alguém precisa cobrir o desfalque. Na incorporação sem afetação, o incorporador pode absorvê-lo com outros recursos. Na incorporação afetada, não pode, porque o patrimônio é segregado e destinado exclusivamente àquela obra. O custo recai sobre o caixa comum e, por consequência, sobre os demais adquirentes, que não deram causa ao problema.

É por isso que o legislador autorizou, justamente na incorporação afetada, a pena convencional de até 50% (art. 67-A, § 5º), e é por isso que a dispensou da prova de prejuízo (art. 67-A, § 1º; art. 416 do Código Civil). O dano do distrato em incorporação é difuso, pois se espalha pelo cronograma, pelo custo de financiamento e pela reposição da unidade, e dificilmente se mensura caso a caso. A tarifação cumpre essa função. Como observam Teresa Arruda Alvim e Fernando Siqueira, a retenção não é punição ao consumidor, e sim o mecanismo que impede que o custo do distrato individual seja transferido a quem permanece no empreendimento, comprometendo o fluxo de caixa da obra e a entrega das unidades (Arruda Alvim e Siqueira, cit.).

A tese a ser firmada deve, portanto, reconhecer que, nos contratos celebrados depois da Lei 13.786/2018, em incorporação submetida ao patrimônio de afetação, é válida a retenção de até 50% das quantias pagas, desde que expressamente pactuada. O percentual é um teto, e dentro dele vale o contratado.

5.2 O fim da afetação: o art. 31-E e a obra concluída

Os acórdãos de São Paulo, afetados ao Tema 1466, tratam a conclusão da obra como causa suficiente para extinguir a afetação, reservando o § 5º aos empreendimentos em construção. Essa solução cria um requisito que a lei não prevê.

O art. 31-E da Lei 4.591/1964 dispõe que o patrimônio de afetação se extingue pela averbação da construção, pelo registro dos títulos de domínio ou de direito de aquisição em nome dos respectivos adquirentes e, quando for o caso, pela extinção das obrigações do incorporador perante a instituição financiadora. O § 1º, restabelecido após a derrubada do veto, prevê que, averbada a construção, o registro de cada contrato, acompanhado do termo de quitação do financiador, importa a extinção da afetação em relação à respectiva unidade, e o § 3º esclarece que essa extinção não encerra o regime especial de tributação. A lei descreve, portanto, eventos registrais, apurados unidade a unidade e condicionados à quitação perante o financiador. O término físico da obra ou o habite-se, isoladamente, não os esgotam.

A distinção tem consequência prática, e não apenas formal. Enquanto não há registro dos títulos em nome dos adquirentes e quitação perante o financiador, o empreendimento ainda não foi liquidado: o financiador mantém a garantia e as obrigações perante ele subsistem, e o caixa comum continua a responder por elas. Na Fratta, a recorrente sustenta que o imóvel segue hipotecado em favor do financiador. No caso Patriani, o acórdão se apoia na averbação do habite-se, e não no registro dos títulos em nome dos adquirentes.

Mesmo quando esses eventos ocorrem, a extinção não esgota a função do patrimônio. A afetação é uma universalidade de direito, que só responde pelas obrigações da incorporação e que, como o espólio e as sociedades, só se extingue depois de liquidado o seu passivo (Código Civil, arts. 1.102 a 1.112). A legislação tributária confirma essa leitura, pois o regime especial de tributação, que pressupõe a afetação, perdura até o recebimento integral do valor das vendas de todas as unidades (Lei 10.931/2004, arts. 2º, II, e 11-A), isto é, depois do habite-se. As obrigações de restituição decorrentes de resoluções integram o passivo da afetação e devem ser satisfeitas por seu ativo, ainda que se tornem exigíveis após a conclusão da obra.

O próprio art. 67-A, § 5º, confirma essa conclusão, pois fixa a restituição em até 30 dias após o habite-se. A lei pressupõe, assim, que a afetação subsiste depois de concluída a obra. Atribuir à conclusão efeito extintivo automático retiraria a eficácia da disciplina que o legislador criou, justamente, para o desfazimento dos contratos de incorporações afetadas.

A tese proposta é a de que a afetação não se extingue pela conclusão física da obra nem pela expedição do habite-se, e subsiste enquanto não se verificarem os requisitos do art. 31-E e enquanto houver passivo a liquidar, o que a incorporadora comprova pela averbação na matrícula. Se, ao tempo da resolução, a afetação estiver extinta nos termos da lei, aplica-se o art. 67-A, II, com o teto de 25%.

5.3 O contratado, dentro dos limites legais

O acórdão do caso Living Abaeté afastou os 50% com base no art. 413 do Código Civil, no art. 47 do CDC e no art. 8º do CPC, sob o argumento de que o imóvel poderia ser revendido de imediato e de que os custos não teriam sido comprovados.

O art. 413 permite reduzir a pena manifestamente excessiva, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio. Na incorporação, essa natureza e essa finalidade são as da obra coletiva, e foram ponderadas pelo legislador ao fixar os tetos. Uma pena contida nos limites da lei não é, por esse só fato, manifestamente excessiva. A possibilidade de revenda da unidade também não elimina o desfalque do período em que o recurso deixou de chegar à obra, e a lei dispensa a prova do prejuízo.

Além disso, a prefixação das perdas e danos vincula as duas partes. Assim como o incorporador não pode exigir indenização suplementar sem convenção expressa e prova de prejuízo excedente, o adquirente não pode afastar a pena alegando que o prejuízo efetivo foi menor que o prefixado. Pelo critério da especialidade, o § 5º do art. 67-A prevalece sobre as normas gerais do inadimplemento. Por isso, o fato de a pena ter sido estipulada no limite de 50% não é, por si só, fundamento para reduzi-la, e a redução exige demonstração inequívoca de excesso no caso concreto.

Há, ainda, uma razão de simetria. Depois do prazo de carência, o incorporador não pode desistir do empreendimento e fica obrigado perante todos os adquirentes. A irretratabilidade que o vincula é a mesma que vincula o adquirente, com a única válvula de escape que a lei criou, que é a saída tarifada. Se o juiz puder substituir o percentual legal por outro, caso a caso, essa válvula perde a previsibilidade que a justifica. A revisão judicial permanece possível quando a cláusula excede o teto legal, ou quando se demonstra, em caráter excepcional e fundamentado, excesso manifesto. O que não se admite é a redução sistemática do percentual que a lei autoriza.

5.4 Tema 1.465: contratos anteriores à lei

Para os contratos celebrados antes de 28 de dezembro de 2018, a Lei 13.786/2018 não incide diretamente, em respeito ao ato jurídico perfeito (art. 5º, XXXVI, da Constituição e art. 6º da LINDB). Esta tese não pede retroação. A pergunta é outra: com que critério o juiz controla a cláusula penal dos contratos anteriores?

Antes da lei, esse controle se fazia pela Súmula 543/STJ, que fala em restituição parcial sem indicar percentual, e pelo art. 413 do Código Civil, que manda considerar a natureza e a finalidade do negócio. A natureza e a finalidade da incorporação, como se viu, não nasceram em 2018. A carência, a irretratabilidade, o leilão e a afetação já existiam. A Lei do Distrato não criou a interdependência entre as obrigações, e sim a explicitou em números.

Daí que os limites do art. 67-A possam servir, nos contratos anteriores, de parâmetro objetivo de razoabilidade. A cláusula penal que não ultrapasse o que o legislador reconheceu como compatível com a lógica da incorporação, ou seja, 25% da quantia paga, e até 50% quando a incorporação já estava submetida ao patrimônio de afetação e a cláusula era expressa, não deve ser considerada abusiva apenas por ser anterior à lei. Trata-se de usar a lei posterior como evidência do que é razoável, e não de aplicá-la retroativamente. A base de cálculo é a quantia paga, e a devolução segue a Súmula 543.

Há duas ressalvas. A primeira é que essa leitura é mais exigente do que a faixa de 10% a 25% que a jurisprudência anterior costuma admitir, e deve ser defendida como parâmetro, e não como direito subjetivo ao percentual máximo. A segunda é que os recursos paradigmas do Tema 1.465 tratam de loteamento. Se o STJ fixar a tese a partir deles, convém que ressalve expressamente as incorporações, que têm lógica e regime distintos.

6 COMPATIBILIDADE COM O CDC

A solução proposta não contraria o CDC. O art. 53 comina de nulidade a cláusula que estabeleça a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleiteie a resolução do contrato e a retomada do produto alienado. O art. 51, IV, veda as cláusulas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada. A retenção de até 50% na incorporação afetada, ou de até 25% nas demais, não é perda total, e a restituição do saldo ao comprador é a regra em todas as hipóteses.

A mesma lógica já orientou o STJ no Tema 1.095[4], em que se reconheceu que o art. 53 do CDC enuncia um princípio, e que o sistema da lei especial o realiza por mecanismo próprio. A Lei do Distrato foi construída em debate expresso com o CDC, ao longo de um processo legislativo que durou de 2015 a 2018 (Arruda Alvim e Siqueira, cit.), fixou limites claros, dispensou a prova de prejuízo e preservou a restituição do saldo. Isso basta para afastar a alegação de desvantagem exagerada quando o percentual está dentro do teto legal, foi previsto com clareza no contrato e foi informado ao comprador no quadro-resumo.

O CDC continua a operar como parâmetro de controle. Cláusula que exceda o teto legal, retenção sem pactuação expressa ou afetação não comprovada podem e devem ser corrigidas. O que a proposta rejeita é a substituição do percentual legal por outro, fixado caso a caso, quando esses requisitos estão presentes. Essa substituição produz o efeito inverso ao que se pretende proteger, pois aumenta a insegurança e encarece o crédito de todo o empreendimento, em prejuízo dos adquirentes que permanecem nele.

[4]STJ, Segunda Seção, REsp 1.891.498/SP (Tema 1.095).

7 CONCLUSÃO

Os Temas 1.466 e 1.465 dão ao STJ a oportunidade de completar o que a Lei 13.786/2018 começou. A Lei de Incorporações organizou a atividade como uma obrigação cumprida com a coletividade, e a Lei do Distrato a normatizou. A jurisprudência dominante do STJ tem prestigiado essa escolha legislativa. A solução que se sugere assenta-se em um critério simples: o Judiciário deve respeitar o contratado, desde que dentro dos limites que o legislador estabeleceu, porque são esses limites que traduzem a interdependência entre as obrigações dos adquirentes e a do incorporador. Em termos de tese, propõe-se o seguinte:

I – Tema 1.466: nos contratos de compra e venda de unidade em incorporação submetida ao patrimônio de afetação, firmados depois da Lei 13.786/2018, é válida a retenção de até 50% das quantias pagas, nos termos do art. 67-A, § 5º, da Lei 4.591/1964, desde que expressamente pactuada, e é compatível com o CDC.

II – Extinção da afetação: o patrimônio de afetação não se extingue pela conclusão da obra nem pela expedição do habite-se, e subsiste enquanto não se verificarem os requisitos do art. 31-E da Lei 4.591/1964 e enquanto houver passivo a liquidar. Comprovada a extinção, aplica-se o limite de 25% do art. 67-A, II.

III – Tema 1.465: nos contratos de unidade em incorporação anteriores à Lei 13.786/2018, a lei não incide diretamente, mas os limites do art. 67-A servem de parâmetro objetivo para aferir a razoabilidade da cláusula penal pactuada, calculada sobre a quantia paga. A tese não deve alcançar a incorporação a partir de recursos paradigmas de loteamento sem ressalva expressa.

IV – Em qualquer dos casos, a revisão judicial do percentual é admitida quando a cláusula excede o teto legal ou, em caráter excepcional e fundamentado, quando se demonstra excesso manifesto (art. 413 do Código Civil), e não como redução sistemática do percentual autorizado.

Por fim, sendo a matéria objeto de julgamento sob o rito dos repetitivos, as conclusões aqui expostas devem ser reavaliadas à luz da tese que vier a ser fixada.