

# INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E ENTREGA DA OBRA: ANÁLISE DA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE DO INCORPORADOR EM RAZÃO DOS EFEITOS DA PANDEMIA

*Fábio Machado Baldissera<sup>1</sup>*  
*Bernardo Borchardt<sup>2</sup>*

**Resumo:** O presente artigo visa a analisar os efeitos da postergação da entrega da obra pelo incorporador, à luz do prazo de tolerância do artigo 43-A da Lei 4.591/1964 e das excludentes de caso fortuito e força maior em face da pandemia. Para tanto, recorre-se a uma análise sistemática, analisando-se os dispositivos legais do nosso ordenamento de forma integrada.

**Palavras-chave:** Incorporação imobiliária. Prazo de tolerância. Caso fortuito e força maior. Pandemia.

**Sumário.** Introdução. 1 Prazo de tolerância do artigo 43-A da Lei 4.591/1964. 2 Caso fortuito e força maior em tempos de pandemia – conceito e aplicação. 3 Interpretação do prazo de tolerância à luz do Código Civil – o necessário diálogo entre o artigo 43-A da Lei 4.591/1964 e o artigo 393 do Código Civil. 4 Incorporação imobiliária e caso fortuito e força maior – conduta exigida do incorporador. Conclusões. Referências Bibliográficas.

<sup>1</sup> Advogado. Doutor em Direito pela *Universidad de Burgos* (Espanha), com título reconhecido no Brasil pela UFGRS. Especialista em Direito Imobiliário pela FADISP. Diretor Estadual do Ibradim -RS, Membro do Conselho Consultivo da Associação Gaúcha do Advogados do Direito Empresarial (AGADIE), tendo presidido a entidade no biênio 2016/2018. Professor de Cursos de Pós-Graduação e Extensão em Direito Imobiliário. Autor de livros e artigos voltados ao Direito Imobiliário. Reconhecido por publicações internacionais e nacionais, tais como *The Legal 500*, *Leaders League*, *Análise 500*, como advogado de referência na área de *Real Estate*.

<sup>2</sup> Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS.

## INTRODUÇÃO

Quando tudo parecia estar se recuperando, após longos anos de crise econômica, que trouxe reflexos agudos, sobretudo, ao mercado imobiliário brasileiro<sup>3</sup>, a pandemia da Covid-19 deu azo a um novo ciclo de incertezas, dessa vez a nível global.

Visando a evitar a propagação do vírus, diversas medidas restritivas inéditas – ao menos nos últimos 100 anos – foram impostas pelo Poder Público, determinando a suspensão de atividades consideradas “não essenciais” ou mesmo o caso de cidades que decretaram *lockdown*, a fim de impedir por completo a circulação de pessoas ou de veículos particulares<sup>4</sup>. Além disso, observamos que a própria população, ainda que em certos casos sem ordem expressa para tanto, optou por acatar uma rotina de distanciamento social.

O mercado imobiliário não foi poupado desse cenário: canteiros de obra completamente parados, mão de obra escassa, fornecedores impossibilitados de suprir às necessidades de grandes empreendimentos. Essa é apenas uma parcela dos inúmeros abalos decorrentes da proliferação da Covid-19 suportados pelas incorporadoras e pelo mercado da construção civil como um todo. Os impactos sociais e econômicos trazidos pela pandemia são de notória constatação e sequer, até a presente data<sup>5</sup>, são passíveis de mensuração, pois parece-nos que ainda temos um certo caminho a trilhar no combate ao coronavírus.

De outro lado, coube a nós, nessas breves linhas, abordar as consequências jurídicas dessa realidade pandêmica. Nesse sentido, elegemos um tema de relevância às incorporações imobiliárias, que vem a ser a possibilidade de que a obra possa ser entregue, respeitadas certas circunstâncias e sem a configuração de mora e/ou inadimplemento do incorporador, após o prazo de tolerância, previsto no artigo 43-A da Lei 4.591/64, norma que regula as incorporações imobiliárias no Brasil, diante da comprovada configuração das hipóteses de caso fortuito e força maior. Para tanto, realizaremos uma análise sistêmica, de forma a considerar cada dispositivo legal não de forma isolada, mas, sim, como parte integrante de um ordenamento jurídico, em que as normas se comunicam entre si.

<sup>3</sup> Vide matéria intitulada “Mercado de fundo imobiliário vive pânico do coronavírus”, publicada no *Valor Econômico* em 27/03/2020: <<https://valor.globo.com/financas/noticia/2020/03/27/mercado-de-fundo-imobiliario-vive-penico-do-coronavirus.ghtml>>. Acesso em 17 de set. de 2020.

<sup>4</sup> Esse foi o caso da cidade de Pelotas, no Estado do Rio Grande do Sul, cujo Decreto Municipal 6.300/2020 foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade interposta pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul. Vide: <<https://www.mprs.mp.br/noticias/51653/>>. Acesso em 17 de set. de 2020.

<sup>5</sup> Tomamos como base o dia 17/08/2020, data em que esse artigo foi submetido à publicação.

## 1 PRAZO DE TOLERÂNCIA DO ARTIGO 43-A DA LEI 4.591/1964

O dispositivo central de análise desse estudo é o artigo 43-A da Lei 4.591/1964<sup>6</sup>, cujo prazo contemplado no seu *caput* se popularizou no mercado imobiliário e no Poder Judiciário como “prazo de tolerância”.

Por meio dessa inovação legal, restou autorizada a inclusão de cláusula contratual, no âmbito dos contratos de alienação de unidades autônomas sujeitas ao regime da incorporação imobiliária, que estabeleça um período de tolerância de até 180 dias para entrega da unidade, podendo ser estabelecido, logicamente, um prazo menor do que os 180 dias, que é o prazo limite. Esse prazo é contado a partir da data estipulada contratualmente como a prevista para conclusão do empreendimento. Nesse caso, se a entrega da unidade ocorrer dentro do referido prazo, o incorporador não incorrerá em mora, nem em hipótese de inadimplemento contratual, não se sujeitando, portanto, ao pagamento de qualquer penalidade e/ou indenização ao adquirente.

De outro lado, de acordo com artigo 43-A da Lei 4.591/1964, uma vez findo o período de 180 dias sem que o empreendimento seja concluído, o adquirente estará autorizado a resolver o contrato, sem prejuízo do recebimento da integralidade dos valores desembolsados pela unidade imobiliária e das penalidades estabelecidas<sup>7</sup>. Alternativamente, o adquirente poderá optar por não buscar a resolução contratual por inadimplemento, sujeitando o incorporador à multa moratória equivalente a 1% (um por cento) dos valores despendidos pelo adquirente, em razão de cada mês de postergação da entrega da unidade que exceder o prazo de tolerância<sup>8</sup>. Nessa hipótese, o adquirente também não poderá sujeitar o incorporador a outra penalidade, conforme dicção trazida pelo § 3º do referido artigo.

O artigo 43-A foi incluído na Lei 4.591/1964 apenas em 2018, com a edição da Lei 13.786. A “Lei dos Distratos”, como ficou popularmente conhecida, tem por objeto central a regulação das hipóteses e consequências do inadimplemento do contrato de

<sup>6</sup> Artigo 43-A, *caput*, da Lei 4.591/1964: “A entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta) dias corridos da data estipulada contratualmente como data prevista para conclusão do empreendimento, desde que expressamente pactuado, de forma clara e destacada, não dará causa à resolução do contrato por parte do adquirente nem ensejará o pagamento de qualquer penalidade pelo incorporador.”

<sup>7</sup> Artigo 43-A, § 1º, da Lei 4.591/1964: “Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido no *caput* deste artigo, desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato, sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até 60 (sessenta) dias corridos contados da resolução, corrigidos nos termos do § 8º do art. 67-A desta Lei.”

<sup>8</sup> Artigo 43-A, § 2º, da Lei 4.591/1964: “Na hipótese de a entrega do imóvel estender-se por prazo superior àquele previsto no *caput* deste artigo, e não se tratar de resolução do contrato, será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato.”



compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, sendo a hipótese de distrato apenas de conteúdo residual.

No que toca ao prazo de 180 dias de tolerância, a “Lei dos Distratos” positivou o entendimento jurisprudencial, o qual, mesmo que dividido, parecia caminhar para a consolidação da validade de cláusula de tolerância para conclusão da obra, desde que expressamente previsto nos contratos de incorporação imobiliária<sup>9</sup>. Foi oportuna a regulação, na medida em que trouxe segurança jurídica ao mercado imobiliário como um todo.

O artigo 43-A da Lei 4.591/1964 sedimentou o entendimento de diversos tribunais estaduais, com destaque ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>10</sup>, bem como ao entendimento que vinha sendo consagrado pelo STJ desde 2017, quando do julgamento do Recurso Especial 1.582.318/RJ<sup>11</sup>. Ao nosso sentir, tanto a fundamentação do STJ na decisão sobre a matéria, quanto a positivação do prazo de tolerância na Lei 4.591/1964 foram acertadas. Isso porque a lei não pode ser avessa à realidade, devendo o legislador – e o aplicador do direito – considerar a realidade para bem aplicar a lei.

No caso das incorporações imobiliárias, a complexidade desses empreendimentos – que envolvem a articulação de diversos fatores de produção sujeitos à imprevisibilidade – impossibilita, em parcela considerável dos casos, precisar uma data exata para a entrega das unidades aos adquirentes. Diante dessa realidade e da enxurrada de ações judiciais sobre o tema, a jurisprudência e, posteriormente, o legislador, pacificaram a validade da cláusula de tolerância. Isso não significa que o incorporador não deverá aplicar toda a diligência possível a fim de não exceder o prazo de 180 dias pois, nesse caso, sofrerá as consequências cabíveis na hipótese de verificação do descumprimento contratual e legal.

Assim resta claro que a cláusula de tolerância foi necessária em razão da considerável complexidade e imprevisibilidade envolvida na viabilização das incorporações imobiliárias em território nacional. Aqui, chama-se a atenção a sujeição dos empreendimentos à liberação da carta de habitação por Prefeituras de Municípios que não estão aparelhadas para dar o retorno dentro de um prazo razoável.

De outro lado, uma vez entendida a necessidade da existência do prazo de tolerância no âmbito das incorporações imobiliárias, surge o debate em relação a quais seriam os efeitos caso ultrapassado esse prazo. Isto é, mesmo com a aplicação do prazo

<sup>9</sup> CHALHUB, Melhim Namen. A Lei do Distrato. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/01/09/a-lei-do-distrato.ghtml>>. Acesso em 07 mai. 2020.

<sup>10</sup> Nesse sentido: TJSP, Apelação 0275522-40.2009.8.26.00, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Álvaro Passos, j. 07/10/2014; TJSP, Apelação 0159707-78.2012.8.26.0100, 2ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. José Carlos Ferreira Alves, j. 16/09/2014; TJSP, Apelação 1054148-81.2013.8.26.0100, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Mauro Conti Machado, j. 14/04/2015.

<sup>11</sup> STJ, REsp 1.582.318/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/09/2017, DJe 21/09/2017.

de tolerância de até 180 dias, poderia haver uma flexibilização, diante do caso concreto, de sorte que o incorporador não incorre em mora e/ou inadimplemento por entrega da obra após ultrapassado o prazo de tolerância? A celeuma foi intensificada em decorrência dos céleres e inesperados efeitos trazidos pela Covid-19, que acarretaram, em muitas localidades, a paralisação e/ou suspensão dos fatores de produção.

Buscamos responder à pergunta: O incorporador que atrasar a entrega das unidades imobiliárias em razão da pandemia, extrapolando o prazo estipulado na cláusula de tolerância, estará sujeito às consequências da mora e/ou do inadimplemento?

A resposta, ao nosso ver, deve ser extraída de uma análise sistemática do ordenamento jurídico, principalmente sob à luz dos institutos do caso fortuito e força maior, como veremos à continuação.

## 2 CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR EM TEMPOS DE PANDEMIA - CONCEITO E APLICAÇÃO

É notório que o coronavírus impactou diretamente as relações contratuais, principalmente aquelas celebradas antes de se conceberem os reflexos negativos que seriam sentidos na economia a nível mundial. Com isso, passou-se a discutir os efeitos jurídicos decorrentes da pandemia nos contratos, invocando-se, com uma frequência jamais vista, os institutos do caso fortuito e da força maior. Dessa forma, antes que passemos à análise da possibilidade da extensão do prazo de tolerância em tempos de Covid-19, imperioso tecer breves comentários acerca do artigo 393 do Código Civil<sup>12</sup>.

Dita previsão estabelece que o devedor em mora/inadimplente não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito e força maior, caso por eles não tenha expressamente se responsabilizado. Por essa razão, entende-se como fundamental que os contratos de incorporação regem essas hipóteses de excludente de responsabilidade. Quanto à distinção entre as duas figuras, tem-se que o fortuito é o evento completamente imprevisível, enquanto a força maior é o evento inevitável, ainda que previsível<sup>13</sup>. Contudo, ainda que essa diferenciação tenha relevância teórica, não nos deteremos a ela, tendo em vista que o tratamento jurídico dado pelo ordenamento jurídico pátrio é idêntico para ambos os institutos<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> Segundo o artigo 393, *caput*, do Código Civil: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado."

<sup>13</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução de acordo com o novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 99. Ainda nesse sentido: COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991. p. 914.

<sup>14</sup> NORONHA, Fernando. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. Responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil, vol. 1. São Paulo: RT, 2011. p. 145-195.



Enquanto o *caput* do artigo 393 do Código Civil delimita os efeitos do caso fortuito e força maior – isenção de responsabilidade do devedor pelos prejuízos dele resultantes (quebra do nexo de causalidade) – seu parágrafo único caracteriza sua ocorrência, afirmando que “o caso fortuito e de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. O que se extrai do texto legal, portanto, é que caso fortuito ou de força maior é aquele evento inevitável (necessário), cujos efeitos são irresistíveis ao devedor quando da sua ocorrência (não era possível evitar ou impedir)<sup>15</sup>.

Ressalte-se, ainda, que o devedor que argui a ocorrência de caso fortuito ou força maior só se exime de responsabilidade caso não tenha contribuído para o resultado danoso. Ou seja, o fortuito insere-se no âmbito dos eventos que exorbitam os deveres gerais de diligência que o devedor está adstrito<sup>16</sup>. A aplicação do instituto começa, portanto, onde a diligência se torna inútil para evitar o resultado<sup>17</sup>.

Contudo, não cumpre tratar sobre o artigo 393 do Código Civil de maneira exaustiva, mas apenas assentar sua aplicação – ou não – às obrigações impactadas pela pandemia do coronavírus. A pergunta que se faz, dessa forma, é: os efeitos trazidos pela Covid-19 configuram hipótese de excludente de responsabilidade do devedor em razão do caso fortuito ou força maior? A resposta, como quase tudo que circunda o mundo jurídico, é “depende”.

Conforme tratado anteriormente, o caso fortuito e a força maior restarão configurados<sup>18</sup> quando a obrigação for impactada por um evento imprevisível e que torne impossível seu cumprimento pelo devedor. Porém, não se pode ceder à tentação simplista e descolada da boa técnica jurídica de afirmar que o coronavírus repercutiu de maneira idêntica em todos os contratos<sup>19</sup>. Nem acontecimentos gravíssimos, como uma pandemia, causam impactos nos contratos como um todo, dependendo a sua caracterização<sup>20</sup>

<sup>15</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 653.

<sup>16</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 179.

<sup>17</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em geral*. vol. II. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995. p. 374.

<sup>18</sup> Segundo Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Com alguma frequência, constata-se na prática uma certa confusão entre CF/FM e ‘fato necessário’, como se qualquer fato necessário, alheio à vontade das partes e, sobretudo, do devedor, gerasse a liberação deste. Essa confusão é identificada em questões postas tais como: seria a pandemia de Covid-19 ‘um evento’ de CF/FM? A resposta inafastável só pode ser uma: depende. De um lado, depende da análise dos efeitos do fato, como se verá a seguir. De outro, depende da causação do evento. Neste âmbito, há conexão com a culpa”. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: o papel da culpa para a sua caracterização. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao>>. Acesso em 15 ago. 2020.

<sup>19</sup> PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>>. Acesso em 09 mai. 2020.

<sup>20</sup> SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos: Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>>. Acesso em 09 mai. 2020.



da verificação de causa e efeito da pandemia no negócio jurídico objeto de análise, bem como da impossibilidade do devedor de evitar tais consequências. Assim, compete à parte prejudicada a demonstração de que a obrigação foi, efetivamente, impossibilitada em razão da pandemia.

Em suma, para que o incorporador possa ter êxito ao invocar a excludente resultante da configuração de caso fortuito ou de força maior, prevista pelo artigo 393 do Código Civil, ele deverá demonstrar, com base em fatos concretos, que os efeitos da pandemia geraram consequências que o impediram de realizar a prestação em conformidade com aquilo que foi estabelecido. Como antes mencionado, a prestação devidamente cumprida pelo incorporador em face do adquirente reveste-se na conclusão do empreendimento dentro do prazo de tolerância estipulado pelas partes. Assim, percebe-se a importância da mensuração do elemento culpa do incorporador<sup>21</sup>, no sucesso ou insucesso na sua eventual pretensão de eximir-se, fundadamente, de penalidades advindas de caso fortuito ou força maior.

### **3 INTERPRETAÇÃO DO PRAZO DE TOLERÂNCIA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL - O NECESSÁRIO DIÁLOGO ENTRE O ARTIGO 43-A DA LEI 4.591/1964 E O ARTIGO 393 DO CÓDIGO CIVIL**

Assentadas as bases que tocam ao presente estudo, quais sejam, o prazo de tolerância previsto na Lei 4.591/1964 e o caso fortuito e a força maior, disciplinados pelo Código Civil, passamos ao questionamento que nos guiou até aqui: pode o prazo de 180 dias previsto no artigo 43-A da Lei 4.591/1964 ser estendido em razão de consequências oriundas da pandemia?

Para chegarmos a qualquer conclusão, parece-nos necessária a análise dos fundamentos que levaram a jurisprudência e, posteriormente, o legislador, a validar prazo de tolerância pelo atraso na entrega de unidades autônomas na esfera da incorporação imobiliária.

---

[com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boafe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional](http://com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boafe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional)>. Acesso em 09 mai. 2020.

<sup>21</sup> Jorge Cesa Ferreira da Silva, ao tratar da relação entre caso fortuito e força maior e culpa do devedor no âmbito da pandemia, ensina: "A pandemia de Covid-19 também serve de exemplo. Certos efeitos dela decorrentes são inevitáveis, mesmo depois de ela ter-se tornado realidade concreta. Outros, são afastáveis e, sobre estes, cabe discutir sobre a culpa do devedor. Se o devedor, podendo, não evitou os efeitos relacionados ao fato necessário, não há excludente, exatamente pela culpa do devedor." FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: o papel da culpa para a sua caracterização. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao>>. Acesso em 15 ago. 2020.

Já expusemos que o tema foi pacificado no STJ, ainda em 2017, tendo sido consignado pelo Ministro Relator, Ricardo Villas Bôas Cueva, que o prazo de 180 dias previsto contratualmente não era abusivo, tendo em vista que:

*existem no mercado diversos fatores de imprevisibilidade que podem afetar negativamente a construção de edificações e onerar excessivamente seus atores, tais como intempéries, chuvas, escassez de insumos, greves, falta de mão de obra, crise no setor, entre outros contratemplos.<sup>22</sup>*

Observa-se que os fatores considerados na decisão são aqueles que ordinariamente causam empecilhos aos empreendimentos dessa natureza. Em outras palavras, pode-se dizer que a cláusula que prevê prazo de tolerância de até 180 dias considera uma “imprevisibilidade genérica”. Não estão abarcados pela referida disposição, portanto, todos os eventos que possam atrasar o cronograma de obra, incluindo-se as hipóteses que podem ser trazidas em razão da configuração do caso fortuito e força maior.

Com isso em mente, temos que não há qualquer conflito entre o artigo 43-A da Lei 4.591/1964 e o artigo 393 do Código Civil. Isso é, o prazo de tolerância e a excludente de responsabilidade trazida pelas hipóteses de caso fortuito e força maior coexistem em harmonia, sendo ambos institutos aplicáveis em diferentes contextos. Por essa razão, não podemos excluir a possibilidade de o incorporador que, comprovadamente, tiver o seu cronograma impactado pelos efeitos da pandemia, buscar a exclusão da sua responsabilidade em decorrência de fortuito que impediu a entrega das unidades aos adquirentes no prazo pactuado, por não incorrer o incorporador em mora<sup>23</sup>. Inclusive, essa é a dicção do artigo 396 do Código Civil, dispondo este que “[n]ão havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

Nesse particular, é de se ressaltar que o eventual postergação na entrega da obra, invariavelmente, tem o condão de prejudicar de forma igual, ou mesmo maior, o incorporador, que se vê cerceado de receber grande parte da parcela do preço, que costuma ocorrer após a expedição do habite-se, por meio de financiamento imobiliário aos adquirentes.

Pode-se arguir que, em determinados estados da federação, obras de construção civil foram apenas paralisadas por um certo período, eis que logo em seguida à parali-

<sup>22</sup> STJ, 3ª Turma, REsp 1.582.318/RJ, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 12/09/2017, DJe 21/09/2017.

<sup>23</sup> Corroborar com esse entendimento, André Abelha: “(...) suponhamos que um incorporador, em um específico empreendimento, tenha comprovado que a Covid-19 impactou aquela obra por 90 dias, e por conta disso, o imóvel somente ficou disponível para entrega 40 dias depois de vencido o prazo de tolerância. Leia-se: o termo pactuado se venceu, e não há mora do incorporador.” ABELHA, André. Quatro impactos da covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-seus-fundamentos-e-outras-figuras-precisamos-urgentemente-enxergar-a-floresta>>. Acessado em 17 de setembro de 2020.



sação generalizada das atividades, a construção civil foi incluída em muitos locais no rol das chamadas atividades “essenciais”. Contudo, para a incidência dos institutos do caso fortuito e da força maior, o prazo de paralização é apenas mais um elemento a se verificar. Isso porque o atraso na obra pode ser ocasionado por diversas razões além da expressa determinação de paralização das obras pelo Poder Público, como a falta de mão de obra ou de escassez de materiais de construção no mercado.

De outro lado, como já ressaltado, importante consignar que a arguição genérica de caso fortuito e força maior não é capaz de eximir a responsabilidade daquele incorporador inadimplente em razão de atrasos que lhe são imputáveis. Assim, passa-se à análise da conduta exigida do incorporador durante a ocorrência do eventual fortuito, para que seja possível a aplicação do instituto da excludente de responsabilidade do caso fortuito e força maior que, de certa forma, pode privilegiar os interesses de todos os agentes envolvidos.

#### **4 INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA E CASO FORTUITO E FORÇA MAIOR – CONDOTA EXIGIDA DO INCORPORADOR**

Primeiramente, ressalva-se que reconhecer a possibilidade de o incorporador invocar o artigo 393 do Código Civil em razão de eventual postergação da conclusão do empreendimento não significa acobertar a inércia deste. Mesmo diante de um fato dito irresistível, o nosso ordenamento jurídico exige uma conduta ativa do agente, decorrente dos deveres anexos à boa-fé objetiva, consagrada no artigo 422 do Código Civil<sup>24</sup>.

Ao comentar a incidência desse importante instituto às relações de consumo, Cláudia Lima Marques pondera que agir de boa-fé é sinônimo de “atuação refletida”, isso é, de agir pensando “no parceiro contratual, respeitando-o, respeitando seus interesses legítimos”<sup>25</sup>. Ora, o fato de o cronograma de obra ter sido prejudicado em razão dos deletérios efeitos decorrentes de uma pandemia não afasta o legítimo interesse do adquirente de ser adequadamente informado do avanço da obra objeto da incorporação imobiliária.

Bem se sabe que, em regra, a compra de uma unidade imobiliária na planta é acompanhada de um complexo planejamento pessoal e invariavelmente é um dos contratos mais importantes da vida de alguém. Em muitos casos, o adquirente depende da conclusão da obra e entrega da unidade para extinguir um contrato de locação vigente. Dessa forma, resta claro que o incorporador tem o dever de manter os adquirentes de-

<sup>24</sup> Artigo 422, *caput*, do Código Civil: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”

<sup>25</sup> MARQUES, Cláudia Lima. Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de novos direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2000. p. 87.

vidamente atualizados sobre o estado do empreendimento e de possíveis intempéries com a maior antecedência possível.

Frisa-se que a configuração de caso fortuito e força maior é, realmente, a exceção à regra. Assim, não se pode descartar que, em razão de um julgamento que considere o todo e os princípios que regem a relação contratual, o Poder Judiciário entenda por aplicar a exceção de responsabilidade de uma forma modulada, trazendo uma solução que não onere demasiadamente uma parte, ainda que se argumente que a excludente do caso fortuito ou da força maior não é o instituto para se buscar o equilíbrio contratual por si só<sup>26</sup>. A título de exemplo, poder-se-ia ventilar o pagamento de um aluguel mensal pelo incorporador ao adquirente, em caso de superação do prazo de tolerância, em valor entre 0,5% a 0,35% ao mês, faixas que são utilizadas atualmente e de modo geral para precificar o valor do aluguel mensal, em vez do percentual de 1% ao mês, previsto pelo artigo 43-A, § 1º da Lei 4.591/1964. A análise do elemento culpa do incorporador será crucial para essa quantificação.

Tendo em vista que a prova quanto à ocorrência de caso fortuito e força maior dependerá do incorporador em eventual judicialização posterior, é aconselhável que todos os eventos que atrasem o cronograma de entrega sejam devidamente documentados. Apenas para citar alguns exemplos, o incorporador deverá: (i) registrar no relatório diário de obra (conhecido como "RDO"), os atrasos, faltas e número de empregados disponíveis no canteiro de obra; (ii) reunir todos os decretos e outras regulações que impeçam ou suspendam atividades no canteiro de obras ou que impactem no fornecimento de matéria-prima; (iii) reunir e-mails e outras comunicações aos adquirentes em relação a anormalidades e eventuais atrasos como resultado direto dos efeitos da pandemia; (iv) fazer prova das paralisações dos órgãos públicos em relação à emissão da carta de habite-se como resultado direto da pandemia; e (v) fazer prova da conduta proativa para dirimir os efeitos do retardamento da obra, na medida do possível e da razoabilidade, entre várias outras comprovações.

Ditas ações poderão ser o passaporte não apenas para isentar a responsabilidade do incorporador efetivamente impactado pela pandemia, mas para afastar, também, a conduta oportunista daqueles que tentam se esquivar dos efeitos da mora ou mesmo do seu inadimplemento sem um respaldo jurídico, como pode ser o caso dos adquirentes, quando pretendem invocar a suspensão do pagamento das parcelas devidas ao incorporador alicerçado de forma maliciosa na pandemia.

<sup>26</sup> Corroboramos com o magistério de André Abelha ao salientar que: "Ordem é o começo de tudo. Saber que o sistema jurídico não elegeu o caso fortuito como gatilho para o reequilíbrio de um contrato é o primeiro passo para estudar e discutir questões mais profundas." ABELHA, André. Quatro impactos da covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-seus-fundamentos-e-outras-figuras-precisamos-urgentemente-enxergar-a-floresta>>. Acessado em 16 ago. 2020.



## CONCLUSÕES

A seguir, indicamos aquelas conclusões que, ao nosso entender, melhor refletem as corretas soluções ao tema ora tratado:

- (i) Os reflexos da pandemia da Covid-19, como regra geral, não possuem o condão de isentar a responsabilidade do incorporador pela postergação na entrega da unidade autônoma, sobretudo, por prazo que exceda o prazo de tolerância contratado e respeitados os requisitos de clareza e de destaque de tal previsão, consoante o artigo 43-A, *caput* da Lei 4.591/1964;
- (ii) É recomendável e fundamental ao incorporador para que possa comprovar a configuração da excludente de caso fortuito e força maior, que produza farta documentação e outros meios factíveis de prova, da ocorrência de eventos que tenham causado interferência na execução e bom termo da obra. O incorporador deverá, para tanto, manter os adquirentes informados de tais circunstâncias, minimizando as consequências negativas para eles, bem como deverá atuar com condutas positivas para dirimir tais interferências no curso da obra, buscando evitar o atraso<sup>27</sup>; e
- (iii) O incorporador, dependendo das circunstâncias do caso concreto e de sua adequada comprovação, poderá isentar-se dos efeitos da mora e/ou do inadimplemento na entrega da unidade imobiliária em prazo adicional ao prazo de tolerância previsto no artigo 43-A, *caput* da Lei 4.591/1964.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABELHA, André. Quatro impactos da covid-19 sobre os contratos, seus fundamentos e outras figuras: precisamos, urgentemente, enxergar a floresta. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/325495/quatro-impactos-da-covid-19-sobre-os-contratos-seus-fundamentos-e-outras-figuras-precisamos-urgentemente-enxergar-a-floresta>>. Acessado em 17 set. 2020.
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução de acordo com o novo código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- CHALHUB, Melhim Namen. *A Lei do Distrato*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2019/01/09/a-lei-do-distrato.ghtml>>. Acessado em 07 mai. 2020.
- COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991.

<sup>27</sup> Nesse mesmo sentido: “Em qualquer circunstância, as medidas adotadas pelo devedor serão relevantíssimas para a aplicação da excludente. É o caso concreto que definirá tanto essa aplicação quanto os seus efeitos.” FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos. Ocorrência de caso fortuito e força maior como hipótese de isenção, mitigação e da execução de certos deveres. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020>>. Acesso em 16 ago. 2020.

- FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Caso fortuito e força maior: as questões em torno dos conceitos. Ocorrência de caso fortuito e força maior como hipótese de isenção, mitigação e da execução de certos deveres. <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/caso-fortuito-e-forca-maior-as-questoes-em-torno-dos-conceitos-20032020>>. Acessado em 16 ago. 2020.
- \_\_\_\_\_. Caso fortuito e força maior: o papel da culpa para a sua caracterização. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/331569/caso-fortuito-e-forca-maior-o-papel-da-culpa-para-a-sua-caracterizacao>>. Acessado em 15 ago. 2020.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil: Obrigações em geral*. vol. II. 6. ed. rev. e atual. por José Serpa Santa Maria, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.
- MARQUES, Cláudia Lima. Direitos Básicos do Consumidor na Sociedade Pós-moderna: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de novos direitos. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./set., 2000.
- NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade Civil: uma tentativa de ressystematização*. Responsabilidade civil em sentido estrito e responsabilidade negocial; responsabilidade subjetiva e objetiva; responsabilidade subjetiva comum ou normal, e restrita a dolo ou culpa grave; responsabilidade objetiva normal e agravada. *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil*, vol. 1. São Paulo: RT, 2011.
- PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A força obrigatória dos contratos nos tempos do coronavírus. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322653/a-forca-obrigatoria-dos-contratos-nos-tempos-do-coronavirus>>. Acessado em 09 mai. 2020.
- SCHREIBER, Anderson. Devagar com o andar: coronavírus e contratos: Importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>>. Acessado em 09 mai. 2020.