

NATUREZA EMPRESARIAL DO
COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA
DE UNIDADES AUTÔNOMAS PARA
CONSTITUIÇÃO DE CONDOMÍNIO-
HOTEL E O CARÁTER VINCULANTE DA
CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E
IRREVOGABILIDADE

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

**NATUREZA EMPRESARIAL DO COMPROMISSO DE COMPRA E
VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS PARA CONSTITUIÇÃO DE
CONDOMÍNIO-HOTEL E O CARÁTER VINCULANTE DA CLÁUSULA DE
IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE***

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

RESUMO

O objetivo do artigo é demonstrar a natureza empresarial do compromisso de compra e venda que compõe o conjunto de contratos coligados que constituem um condomínio-hotel a partir de uma operação de incorporação imobiliária, além de ressaltar que a existência de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade impedem a rescisão unilateral imotivada do contrato.

Consequentemente, à luz da teoria finalista, o adquirente de unidades autônomas que compõem o condomínio-hotel não é considerado consumidor, uma vez que o imóvel adquirido obrigatoriamente integrará o estabelecimento hoteleiro, não sendo apta ao uso próprio do adquirente. Ademais, a compra foi efetivada com a finalidade do adquirente auferir renda com a exploração econômica do estabelecimento hoteleiro. Assim, o compromissário comprador não será jamais o destinatário final fático ou econômico do produto adquirido.

Portanto, como regra geral não há ensejo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao compromisso de compra e venda em condomínio hotel. Apenas excepcionalmente, através da aplicação da teoria finalista mitigada, desde que esteja devidamente comprovada a existência de vulnerabilidade do adquirente no caso concreto analisado, poderá haver a incidência da legislação consumerista.

*ARTIGO RECEBIDO EM MARÇO/2020 E APROVADO EM JULHO/2020.

O artigo ressalta que a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda das unidades autônomas não permite que as partes pleiteiem imotivadamente a rescisão unilateral do contrato, já que a estabilidade contratual é imprescindível para o adequado desempenho da operação econômica de prestação de serviços de hospedagem pelo condomínio hotel.

PALAVRAS-CHAVES: COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. CONDOMÍNIO-HOTEL. NATUREZA EMPRESARIAL. CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. O CONDOMÍNIO-HOTEL COMO UM CONJUNTO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS COLIGADOS. II.1. A BUSCA DE LUCRO COMO ELEMENTO ESTRUTURANTE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS. II.2. INTERPRETAÇÃO DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS: BOA-FÉ E ALOCAÇÃO DE RISCOS. III. DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONDOMÍNIO-HOTEL. IV. AS CLÁUSULAS DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONDOMÍNIO-HOTEL. IV.1. IMPOSSIBILIDADE DA DESISTÊNCIA IMOTIVADA. IV.2. A NECESSÁRIA RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 DO TJSP E DA SÚMULA 543 DO STJ. IV.3. O CARÁTER VINCULANTE DA CLÁUSULA DE IRRETRATABILIDADE E IRREVOGABILIDADE. V. CONCLUSÃO. VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO.

Os contratos coligados que estruturam a constituição de um condomínio-hotel a partir de incorporação imobiliária possuem natureza empresarial.

Neste contexto, não há em regra ensejo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos compromissos de compra e venda das unidades autônomas que compõem o condomínio-hotel, tanto em razão da finalidade lucrativa recíproca do comprador e do vendedor, como pela circunstância de que as unidades jamais serão destinadas a uso próprio do adquirente, pois obrigatoriamente integrarão o estabelecimento hoteleiro. Portanto, como o adquirente não é o destinatário final fático ou econômico do imóvel, não pode ser considerado consumidor à luz da teoria finalista.

Apenas excepcionalmente, caso especificamente demonstrada no caso concreto analisado a incidência de vulnerabilidade do comprador poderá ser aplicada a legislação de proteção do consumidor, de acordo com

a teoria finalista mitigada. Porém a análise da presença da vulnerabilidade no caso concreto deverá ser extremamente rigorosa, pois o adquirente, em regra, terá o perfil de investidor, diante da nítida finalidade lucrativa da compra efetivada.

O ensaio irá destacar que a cláusula de irretratabilidade existente nos compromissos de compra e venda das unidades autônomas não permite que as partes pleiteiem imotivadamente a rescisão unilateral do contrato, ressaltando que a estabilidade contratual é fundamental para o adequado desenvolvimento da operação econômica de prestação de serviços de hospedagem pela sociedade em conta de participação na qual são sócios tanto os compradores das unidades autônomas quanto a empresa administradora do hotel.

Por tal motivo, o artigo defende a tese de que deve prevalecer a interpretação que resguarde a validade e eficácia da cláusula de irretratabilidade, não se admitindo a desistência imotivada do adquirente ou do vendedor no compromisso de compra e venda de unidade autônoma de condomínio-hotel.

O ensaio é finalizado com estudo de caso no qual se analisa a estruturação contratual que culminou na criação do condomínio-hotel denominado Complexo Madeira na cidade de Barueri.

II. O CONDOMÍNIO HOTELEIRO COMO UM CONJUNTO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS COLIGADOS.

A partir da década de 2010 o condomínio-hotel passou a ser utilizado para viabilizar a construção de empreendimentos hoteleiros com investimento pulverizado, permitindo a participação de diversos investidores no proveito econômico advindo do desenvolvimento da atividade hoteleira¹.

¹ Ver: MARINO NETO, José Ernesto. Condo-hotel hoje: responsabilidades, riscos e consequências. *Revista Hotéis*, 03.10.2013. Disponível em: <https://www.revistahoteis.com.br/condo-hotel-hoje-responsabilidades-riscos-e-consequencias-artigo-de-jose-ernesto-marino-neto/>. Acesso em 11.04.2019. O autor define o condo hotel como o “hotel organizado em imóvel em condomínio, empreendimento no qual os proprietários obrigatoriamente participam do negócio hoteleiro”.

No presente artigo destaco a modalidade de condomínio-hotel construído a partir da incorporação imobiliária, ocorrendo a alienação de unidades autônomas destinadas exclusivamente a compor um empreendimento hoteleiro. A convenção de condomínio estipula que o imóvel objeto de incorporação será destinado especificamente para abrigar um empreendimento hoteleiro. Por seu turno, o adquirente da unidade autônoma compromete-se a destinar a sua unidade para compor o estabelecimento do hotel, aderindo a *pool* formado entre os condôminos e concomitantemente firmando contrato de sociedade em conta de participação com a administradora do empreendimento.

Portanto, a operação econômica de condomínio-hotel é viabilizada pela coexistência de diversos contratos², dentre eles o compromisso de compra e venda das unidades autônomas, a sociedade em conta de participação (na qual os condôminos figuram como sócios ocultos e a administradora como sócia ostensiva) e o termo de adesão ao *pool* de unidades componentes do estabelecimento hoteleiro.

Os contratos coligados formam uma rede contratual que objetiva viabilizar uma operação econômica³. Assim, devem ser compreendidos em conjunto e não isoladamente, sob pena de uma interpretação descontextualizada dos seus preceitos colocar em xeque o programa econômico por eles estruturado e as consequências jurídicas almejadas⁴.

² A definição de contrato como a vestimenta jurídica de uma operação econômica é efetivada por ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 7. O autor destaca que: “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de operação econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica”.

³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21. O autor define os contratos coligados como aqueles “estruturalmente diferenciados, todavia, unidos por um nexó funcional-econômico que implica consequências jurídicas”.

⁴ Ver, a propósito: ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos: grupos e redes de contratos*. Santa fé: Rubinzal Culzoni Editores, 1998. p. 9. Destaca o autor que: “El individualismo contractual viene dejando paso a la contratación grupal. Y ello no resulta caprichoso, puesto que lo perseguido es ahora un resultado negocial, una operación económica global, buscada a través de un ‘programa’ que una o varias empresas se proponen. Se trata ahora de contratos entrelazados en un conjunto económico, persiguiendo lo que se ha dado en llamar una ‘misma prestación esencial’, un ‘todo’ contractual para un mismo y único negocio”.

Com efeito, há uma relação de dependência recíproca entre os diversos contratos⁵, sem os quais não será possível a estruturação do condomínio-hotel. O compromisso de compra e venda permite a alienação de unidades autônomas construídas a partir de incorporação imobiliária, viabilizando o acesso de investidores que não teriam condições de arcar individualmente com os custos do empreendimento. A convenção de condomínio vincula a destinação do imóvel à atividade hoteleira. A operação é completada com a adesão ao *pool* de unidades destinadas ao estabelecimento hoteleiro e a celebração de uma sociedade em conta de participação entre os proprietários e a empresa que irá administrar o hotel, disciplinando as obrigações e direitos das partes, bem como a repartição dos benefícios econômicos que vierem a ser apurados em razão da atividade econômica empreendida pelo esforço conjugado dos sócios.

Nesse contexto, deve ser realçado que o compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas a compor condomínio-hotel apresenta características próprias que o diferencia de instrumentos contratuais congêneres. Com efeito, ao contrário da maioria dos compromissos de compra e venda existentes, o instrumento analisado no presente artigo não constitui uma avença isolada, mas compõe um conjunto de contratos coligados necessários para a estruturação de uma específica operação econômica: a exploração da atividade hoteleira. As suas disposições devem assim ser necessariamente interpretadas no contexto da operação econômica em que se inserem e em conjunto com os demais contratos, em especial a sociedade em conta de participação.

II.1. A busca de lucro como elemento estruturante dos contratos empresariais.

Os contratos coligados que estruturam o condomínio-hotel, em especial o compromisso de compra e venda das unidades autônomas e o

⁵ O liame entre os contratos é a principal característica destacada por MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009: “Contratos coligados podem ser conceituados como contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito, encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca)”.

contrato que cria a sociedade em conta de participação possuem natureza empresarial e não de consumo.

Os contratos empresariais são aqueles em que as partes da relação jurídico-contratual têm sua atividade movida por finalidade econômica, ou seja, a obtenção de lucro. Na hipótese de estruturação do condomínio-hotel, o desiderato de todas as partes envolvidas é o de alcançar proveito econômico. O incorporador almeja alcançar o lucro consistente na diferença entre o valor investido na incorporação e a receita líquida advinda da alienação das unidades autônomas. E tanto o adquirente (sócio participante) como a empresa especializada em administração hoteleira (sócia ostensiva) visam obter o lucro consistente nos rendimentos advindos da exploração conjunta do condomínio-hotel. Adicionalmente, o adquirente almeja, também, como efeito reflexo, a valorização da unidade autônoma, na eventualidade de efetivar uma futura alienação.

Paula Forgioni destaca que “o estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram”. Ressalta, ainda, que “a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função”⁶.

Assim, a análise conjugada dos contratos que dão base ao condomínio-hotel demonstra cabalmente o caráter empresarial das duas avenças (o compromisso de compra e venda e a sociedade em conta de participação).

E mesmo que se efetive uma análise isolada do compromisso de compra e venda da unidade autônoma (o que não reputo a metodologia mais adequada), é fácil constatar a presença do escopo de lucro, desempenho de uma função econômica e alocação de riscos⁷, que são elementos característicos do contrato empresarial. Como já destacado,

⁶ FORGIONI, Paula Andrea. A interpretação nos negócios empresariais no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil*, v. 130, 2003, p. 10.

⁷ A propósito das características essenciais dos contratos empresariais ver: FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

com a venda da unidade o incorporador visa auferir receita superior às despesas que teve com a sua construção, enquanto o comprador adquire o imóvel para auferir renda com a destinação que a ele irá conferir: compor o estabelecimento destinado à exploração de negócio hoteleiro, no qual ele figurará como sócio da administradora do hotel, além de ter a expectativa de que o imóvel valorize.

O caráter empresarial do compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas ao condomínio-hotel é ainda mais realçado a partir da distinção efetivada por António Junqueira de Azevedo entre contratos existenciais e contratos de lucro. Os primeiros seriam os necessários para suprir a subsistência das pessoas naturais, enquanto os segundos seriam os firmados entre agentes econômicos que visam auferir proveito através do desenvolvimento da atividade econômica pactuada.⁸

Não há qualquer dúvida quanto ao enquadramento do compromisso de compra e venda de unidades de condomínio-hotel na categoria de contrato de lucro, já que as duas partes objetivam obter proveito econômico através do contrato. O compromissário vendedor objetiva o superávit entre as despesas auferidas com a incorporação e o valor líquido obtido com a venda da unidade autônoma. O comprador não utilizará para um fim próprio a unidade, mas sim a destinará como um “insumo”: compor o estabelecimento hoteleiro que explorará em conjunto com o sócio ostensivo da sociedade em conta de participação. Não há, assim, qualquer característica “existencial” em tal contrato, sendo nítida a presença do escopo de lucro.

⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008. O autor destaca que: “Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Ora, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender às suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões”.

II.2. Interpretação dos contratos empresariais: a importância da boa-fé e alocação de riscos.

Sem ser exaustivo, indicarei princípios hermenêuticos característicos dos contratos empresariais que auxiliam a interpretação do alcance e importância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel.

Destaco, em primeiro lugar, a boa-fé objetiva, que em relação aos contratos e obrigações, encontra previsão tanto no art. 113 como no art. 422 do Código Civil. A aplicação conjunta dos dois artigos impõe aos contratantes a observância dos princípios de probidade e boa-fé na conclusão e execução dos contratos, a ser ponderada de acordo com os usos e costumes do local de sua celebração.

Segundo a doutrina, a boa-fé objetiva necessita ser interpretada à luz da natureza, característica e tipo de contrato estabelecido. A título de exemplo, é substancialmente distinta a interpretação do conteúdo da boa-fé em um contrato de consumo e em um contrato empresarial, presumindo-se, no último, um conhecimento mais amplo do objeto contratual, das obrigações contraídas e do risco envolvido⁹.

Um dos deveres inerentes à boa-fé objetiva é o das partes não se comportarem de modo oportunista. Um exemplo de conduta inadequada seria justamente provocar artificialmente a extinção de contrato empresarial de longa duração na hipótese de vislumbrar situação mais vantajosa com o rompimento contratual, ainda que isto implique em desvantagem para o outro contratante e prejudique ou mesmo inviabilize a operação econômica que está por trás do contrato¹⁰.

⁹ LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 162.

¹⁰ FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 65. Transcrevo a seguinte passagem da autora: “A parte, ao celebrar um contrato, gostaria de vincular o parceiro comercial, mas também de permanecer livre para deixar aquela relação e abraçar outra que eventualmente se apresente como mais interessante”.

Como será ressaltado adiante, uma das funções da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade em compromissos de compra e venda com previsão de pagamento do preço parcelado é justamente a de evitar comportamento oportunista das partes relacionado à variação do valor de mercado do imóvel.

Por exemplo, em períodos de grande crescimento econômico e dependendo da localização do imóvel, o seu preço de mercado pode ser objeto de significativo aumento durante o período do contrato. Seria oportunista o comportamento do vendedor rescindir o contrato caso vislumbrasse que em uma nova venda iria angariar diferença de preço superior ao da sanção pecuniária a ser paga ao comprador pela quebra contratual. O dispositivo contratual de irretratabilidade e irrevogabilidade visa justamente evitar comportamento disfuncional desta espécie. E tal cláusula possui uma mão dupla: objetiva também evitar que o adquirente insatisfeito com a renda menor do que aguardada no desenvolvimento da atividade do condomínio-hotel nos seu período inicial desistisse do contrato e pleiteasse a sua rescisão unilateral¹¹.

Outro fator determinante na interpretação dos contratos empresariais é o reconhecimento de que as partes assumem riscos, podendo ao invés de ter lucro (que é o objetivo almejado) suportar prejuízo com a operação econômica.

Por exemplo, um comerciante que adquire uma máquina para revenda, pode ter prejuízo caso a demanda pela mercadoria seja inferior à projetada e ele tenha que praticar um preço de revenda menor do que o da aquisição. Porém, tal hipótese não configura motivo que possa ensejar a desistência do contrato de compra e venda e a devolução da mercadoria ao produtor. Caso isso fosse possível o mercado não funcionaria adequadamente, pois todo o risco seria alocado a apenas um dos agentes econômicos.

¹¹ Ressalvo que tal situação é diferente do inadimplemento motivado por impossibilidade superveniente, que não enseja violação à boa-fé objetiva, mas sujeita o comprador às sanções contratuais caso haja a resolução do compromisso.

O mesmo raciocínio vale para o compromisso de compra e venda de unidade autônoma no condomínio-hotel. O adquirente não poderá pleitear a rescisão unilateral do contrato calcado exclusivamente no fato de que a unidade autônoma não valorizou na proporção almejada ou a operação do hotel não está gerando a renda por ele projetada. Admitir que houvesse desistência do comprador ou do vendedor por simples desinteresse superveniente poderia colocar em risco a operação do condomínio-hotel, diante de incertezas geradas quanto à credibilidade do empreendimento (na hipótese de rescisão oportunista do vendedor), de seu fluxo de caixa ou da disponibilização das unidades necessárias para permitir a o pleno desenvolvimento da atividade hoteleira (na hipótese de desistência imotivada do comprador).

Portanto, afastar a eficácia das cláusulas de irrevogabilidade e irrevogabilidade existentes em compromissos de compra e venda de unidades autônomas que constituirão condomínio-hotel é disfuncional para a operação econômica almejada: o adequado desenvolvimento da atividade hoteleira.

Cabe ressaltar que em se tratando de contratos empresariais, deve ser privilegiada a interpretação que permita o melhor desempenho da função econômica que origina e é estruturada pelo contrato¹².

Assim o mais relevante não é o interesse específico das partes, mas sim o modo mais adequado de funcionamento da atividade econômica. Tal perspectiva é harmônica com a concepção de que o centro das preocupações do direito empresarial é o adequado funcionamento do mercado e não o específico interesse das partes envolvidas na atividade econômica¹³.

¹² RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALAESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 33. Os autores destacam que: “No campo da função, os contratos empresariais instrumentalizam a circulação de riquezas indispensáveis à prática empresarial, ou seja, possibilitam-na. Atividade empresarial que precisará ser assegurada, otimizada e viabilizada pelo contrato e, conseqüentemente, pelo sistema jurídico aplicável aos contratos. Logo, a função direta dos contratos empresariais está associada aos negócios ali disciplinados, ao acerto dos interesses envolvidos nos contratos, de modo a colaborar para que a atividade empresarial se desenvolva eficazmente.”

¹³ FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

III. DA NÃO APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AO CONDOMÍNIO-HOTEL.

O caráter empresarial do compromisso de compra e venda seria a princípio suficiente para afastar a possibilidade de incidência de normas de proteção do consumidor. Porém, tendo em vista a existência de jurisprudência que aplica as disposições consumeristas a compromissos de compra e venda, é importante demonstrar que não há subsunção da operação de constituição do condomínio-hotel a tais normas.

Cabe, a propósito, mais uma vez ressaltar a finalidade exclusivamente instrumental e com escopo de lucro da aquisição das unidades autônomas, que por força do contrato e da convenção de condomínio serão necessariamente destinadas a compor o estabelecimento destinado à exploração da atividade hoteleira.

Portanto, como anteriormente referido, ao contrário do que se dá ordinariamente nas incorporações imobiliárias de unidades habitacionais, o comprador já adquire a unidade autônoma de condomínio-hotel com a plena consciência de que não a utilizará para fruição própria¹⁴.

Com efeito, a operação econômica já está pré-formatada: todas as unidades necessariamente terão que compor o *pool*, pois o modelo depende da adesão de todos os condôminos, tanto pelo cálculo dos quartos disponíveis para oferta aos usuários do hotel, quanto pelo fato de que as áreas comuns comporão o estabelecimento hoteleiro, para o que é imprescindível a anuência de todos os condôminos.

¹⁴ Ver, por exemplo: FURTADO, Gabriel. Aspectos jurídicos dos investimentos em condo-hotéis . Disponível em: <https://cidadeverde.com/cadernojuridico/93558/aspectos-juridicos-dos-investimentos-em-condo-hotéis-i>. Acesso em 03.04.2019. O autor destaca que: “o promitente comprador celebra concomitantemente alguns contratos coligados – com prazos determinados – em que se obriga a, principalmente, (i) transferir a um mesmo operador, por todos contratada, a administração do serviço hoteleiro (hospedagens, restaurantes, eventos, etc.), que geralmente explora marca comercial bastante conhecida no mercado, e (ii) não usar ou fruir diretamente da sua unidade que, em concreto, será um quarto de hotel. Ou seja, ainda que seja o proprietário da unidade habitacional, haverá de pagar diária como qualquer outro hóspede, mesmo que venha a habitar a sua própria unidade.

Outro fator que demonstra a inaplicabilidade do CDC é a circunstância de que normalmente é firmado um contrato de constituição de sociedade em conta de participação entre os condôminos e a empresa que administrará o empreendimento e é titular da “bandeira” que será utilizada pelo estabelecimento hoteleiro. A sociedade constituída possui natureza empresarial, não incidindo relação de consumo - mas sim vínculo societário - entre as partes que a compõem.

Seria ilógico aplicar o Código de Defesa do Consumidor a uma operação econômica na qual o comprador adquire a unidade autônoma para auferir renda e que ocasionará inclusive a constituição de uma sociedade empresária entre o conjunto dos adquirentes e a empresa que irá administrar o estabelecimento.

O comprador não se encaixa na definição de consumidor, na medida em que não é o destinatário final da unidade adquirida e pratica após a aquisição uma série de atos necessários para auferir rendimentos lucrativos advindos da exploração empresarial do imóvel adquirido.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor adota em seu art. 2.º, *caput*, a seguinte definição: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Tal norma conceitua o *consumidor em sentido estrito*, do qual destaco três requisitos para a sua configuração: a) ser pessoa física ou jurídica; b) adquirir ou utilizar um produto ou serviço; c) ser o seu destinatário final.

No que tange ao primeiro requisito, o consumidor pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre em ordenamentos jurídicos de diversos outros países, que normalmente limitam o consumidor à pessoa natural¹⁵.

Quanto ao segundo requisito, o consumidor em sentido estrito é aquele que efetivamente estabelece a relação de consumo, ou seja, realmente consome produto ou serviço. No entanto, tal exigência não é absoluta, pois há possibilidade de extensão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os consumidores por equiparação.

¹⁵ BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.

Porém, é o terceiro requisito que mais suscitou polêmicas na doutrina e jurisprudência. Com efeito, a expressão “destinatário final” não explicita se a utilização do produto ou serviço deve ocorrer apenas para usufruto pessoal ou se pode ser efetivada no bojo de uma atividade econômica. Formaram-se três correntes sobre o tema, que passam a ser analisadas.

A teoria finalista preconiza que o consumidor é apenas o destinatário final econômico, ou seja, aquele que frui o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial¹⁶. Para a teoria finalista, a proteção do consumidor visa equilibrar a relação profundamente desigual estabelecida com o fornecedor. Neste contexto, não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua atividade produtiva, devendo, em consequência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial¹⁷.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores, após intenso e profícuo debate, inclinou-se no sentido da adoção da teoria finalista, permitindo, no entanto, a extensão da aplicação do CDC às hipóteses de incidência de vulnerabilidade em concreto (teoria finalista mitigada).

Com efeito, em dois relevantíssimos precedentes o Supremo Tribunal Federal perfilhou-se com a teoria finalista. O primeiro deles deu-se com o julgamento de uma ação de homologação de sentença estrangeira em que empresa de fabricação de toalha alegou existência de relação de consumo com fornecedora de algodão, tese esta rejeitada pelo STF¹⁸.

¹⁶ Sobre o conceito econômico de consumidor ver: VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

¹⁷ Tal aspecto é bastante salientado na doutrina finalista. Ver, especialmente: BENJAMIN, Antonio Herman. O Conceito jurídico de consumidor. In: Revista dos Tribunais, v. 628, São Paulo, RT, fev./1988, p. 77/78.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal - SEC 5847 - Relator: Min. Maurício Corrêa - Tribunal Pleno - DJ 17-12-1999. O julgamento foi objeto de inúmeros comentários, destacando-se o artigo de MARQUES, Cláudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso “T” vs. “A”: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. In: Revista de Direito do Consumidor, v. 36, out.-dez. 2000, São Paulo: RT, p. 221-240.

O segundo precedente importante é o histórico julgamento da ADI nº 2591, em que o STF, ao interpretar constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços¹⁹

Já a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o acatamento da teoria finalista, sendo que o principal precedente a ser citado no âmbito da Segunda Seção é o Recurso Especial nº 541867, cuja ementa é abaixo transcrita:

“COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.

- A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.

- Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca”.²⁰

Portanto, como regra geral, incide relação de consumo nas hipóteses em que a aquisição do produto ou serviço for para a satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar do adquirente. Nesse caso o

¹⁹ Supremo Tribunal Federal - ADI 2591 ED - Tribunal Pleno - Rel. Min. Eros Grau. Julgado em 14.12.2006. “2. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito”.

²⁰ Superior Tribunal de Justiça. REsp 541867. Rel. para o acórdão: Min. Barros Monteiro. Segunda Seção. DJ 16.05.2005 p. 227.

consumidor será o *destinatário final econômico e fático* do serviço ou produto.

Por outro lado, não incidirá relação de consumo nas hipóteses em que o adquirente não for o destinatário final fático, como por exemplo, nas aquisições para fins de revenda ou transformação. Igualmente, não haverá relação de consumo caso a aquisição do serviço ou do produto for instrumental ao desenvolvimento de atividade empresarial²¹.

É exatamente a hipótese do adquirente de unidade autônoma destinada a condomínio-hotel, na medida em que é estabelecido expressamente no compromisso de compra e venda e na convenção de condomínio que a unidade será destinada a compor o estabelecimento hoteleiro que resultará da incorporação imobiliária e que será operado a partir da formalização de sociedade em conta de participação na qual ele se obriga a destinar a unidade à exploração conjunta com o sócio aparente da operação hoteleira.

A ausência da fruição individual ou familiar do bem, combinada com a inequívoca utilização da unidade autônoma para o desenvolvimento de atividade econômica pelo comprador, retira por completo a destinação final (fática ou econômica) do bem, o que não permite a sua inclusão na categoria de consumidor.

No entanto, é preciso destacar que mesmo na hipótese de a aquisição do produto ou serviço ocorrer no exercício da atividade empresarial a jurisprudência do STJ admite possa ser excepcionalmente aplicado o Código de Defesa do Consumidor caso esteja presente, em concreto, uma situação de vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica) e tal aquisição não se dê para fins de revenda ou transformação.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça desenvolveu a teoria finalista mitigada (ou para alguns autores aprofundada²²), que permite a

²¹ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²² MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016

aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao consumo intermediário (ou seja, à aquisição de produtos ou serviços no âmbito de uma atividade econômica) desde que seja demonstrada a vulnerabilidade no caso concreto.²³

Ressalto que a aplicação da teoria finalista mitigada sempre depende da análise de cada caso, já que a vulnerabilidade deve ser demonstrada em concreto e não em abstrato.

Deste modo, ainda que seja difícil estabelecer um padrão genérico para a sua aplicação, é possível destacar que dificilmente poderá ser aplicada na aquisição de unidade autônoma para condomínio-hotel, em razão de pelo menos três motivos relevantes. Em primeiro lugar porque a aquisição alcança somas normalmente vultuosas, revelando elevado padrão econômico do comprador. Em segundo lugar porque geralmente os adquirentes são investidores experientes que possuem informações e conhecimentos adequados da operação econômica a que estão se vinculando. Em terceiro lugar porque a atual regulação efetivada pela Comissão de Valores Mobiliários, por intermédio da Instrução CVM nº 602, de 27 de agosto de 2018, impõe elevados padrões acerca dos estudos, informações e material publicitário a oferta pública de distribuição de contratos de investimento coletivo - CIC hoteleiro devem cumprir, nas hipóteses em que o empreendimento for enquadrado em tal categoria. Tais fatores tornam menos provável a existência de casos nos quais haja prova específica de presença de vulnerabilidade em concreto envolvendo aquisições de unidades autônomas em condomínio-hotel.

Finalmente, deve ser levado em consideração que o compromisso de compra e venda é normalmente coligado à constituição de uma sociedade em conta de participação. Ainda que a relação societária só

²³ Transcrevo ementa de julgado representativo de tal entendimento: “Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação. - A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC”. Superior Tribunal de Justiça - AgRg no REsp 687239. Rel. Ministra Nancy Andrighi - Terceira Turma - DJ 02.05.2006, p. 307.

ocorra no segundo contrato, a coligação impõe uma interpretação conjunta das avenças, a fim de alcançar a hermenêutica que permita o melhor desenvolvimento da operação econômica que elas viabilizam. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, neste caso, seria desvirtuada, dado o caráter nitidamente empresarial da atividade hoteleira e o fato da aquisição da unidade autônoma ser o passo inicial para o ingresso do adquirente na sociedade que a explorará.

Destaco por fim a existência de precedente do Superior Tribunal de Justiça que corrobora o entendimento esposado no presente artigo ao adotar a interpretação da ausência de amparo da teoria finalista para aplicação do Código de Defesa do Consumidor na aquisição de unidade autônoma destinada a compor empreendimento de apart-hotel²⁴.

O acórdão da Superior Tribunal de Justiça esposou a interpretação de que não há como qualificar o adquirente como destinatário final, pois não irá utilizar a unidade para seu uso próprio, buscando auferir renda com a destinação do imóvel para o pool que compõe o estabelecimento de apart-hotel. Assim, não sendo destinatário final fático ou econômico do bem adquirido, não pode ser enquadrado como consumidor no âmbito da teoria finalista. Nesse particular, há coincidência com a tese defendida no presente artigo, como e observa no trecho abaixo transcrito:

“Como cediço, o apart-hotel (*flat services* ou *flats*) é um prédio de apartamentos com serviços de hotelaria. No caso, a partir dos contratos assinados pela autora e da oferta ao público, é incontroverso que o empreendimento seria destinado a alugueis temporários (a turistas e executivos, por exemplo). Ademais, como não é permitido aos condomínios praticarem atividade comercial, e para haver a exploração da locação hoteleira, os proprietários das unidades deveriam se juntar em uma nova entidade, constituída na forma de sociedade em conta de participação, apta a ratear as receitas e as despesas das operações, formando um *pool* hoteleiro, sob a coordenação da empresa de administração hoteleira (BTH).

²⁴ Superior Tribunal de Justiça - REsp 1785802 – Rel. Min. Ricardo Vilas Bôas Cueva - Terceira Turma - julgado em 19/02/2019.

Verifica-se, assim, que a autora adquiriu as unidades imobiliárias para investimento pessoal ou empresarial, não sendo, portanto, destinatária final dos bens, o que descaracterizaria, a princípio, a relação de consumo.²⁵

O acórdão do STJ reconheceu a possibilidade, em tese, de excepcionalmente haver a aplicação da teoria finalista mitigada, desde que comprovada a vulnerabilidade no caso concreto. Foi acentuado o rigor que o Poder Judiciário deve ter na averiguação da vulnerabilidade, dado o escopo lucrativo da aquisição e o fato de, em regra o adquirente ter o perfil de investidor. O trecho abaixo destacado dimensiona tal entendimento, que coincide com o esposado no presente ensaio:

“Na hipótese dos autos, a promissária compradora tinha ciência de que as unidades habitacionais não seriam destinadas ao próprio uso, visto que as entregou ao *pool* hoteleiro ao anuir ao Termo de Adesão e ao contratar a constituição da sociedade em conta de participação para exploração apart-hoteleira, em que integraria os sócios participantes (sócios ocultos), sendo a BTH a sócia ostensiva. Desse modo, é inegável que a autora era investidora (a conta em participação é melhor qualificada como um contrato de investimento conjunto do que um tipo societário), de forma que, pela Teoria Finalista mitigada, a Corte local deveria, ao menos, aferir a sua vulnerabilidade para fins de aplicação do CDC”²⁶.

Portanto, há amparo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à tese de inexistência de relação de consumo à luz da teoria finalista, pela circunstância do adquirente não ser o destinatário final fático ou econômico da unidade autônoma adquirida, bem como que a excepcional aplicação da teoria finalista mitigada deve ser efetivada com profundo rigor na averiguação da vulnerabilidade no caso concreto, devido ao perfil de investidor que em regra terá o adquirente.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça - REsp 1785802 – Rel. Min. Ricardo Vilas Bóas Cueva - Terceira Turma - julgado em 19/02/2019. Grifo nosso.

²⁶ Ibidem.

IV. AS CLÁUSULAS DE IRREVOGABILIDADE E IRRETRATABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONDOMÍNIO-HOTEL.

Os compromissos de compra e venda de unidades autônomas para a constituição do condomínio-hotel contém cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, que visa garantir estabilidade ao contrato, gerando segurança jurídica tanto ao comprador quanto ao vendedor, pois veda a possibilidade de arrependimento como causa extintiva do contrato²⁷. Assim, uma vez firmado o contrato e iniciado o regular pagamento das parcelas pactuadas, ele somente poderá ser desfeito por comum acordo das partes (distrato consensual) ou por resilição unilateral motivada pelo descumprimento das obrigações da outra parte ou por impossibilidade superveniente no cumprimento do contrato.

Com efeito, a cláusula garante ao adquirente que após o cumprimento de seus deveres de pagamento do preço acordado, receberá em contrapartida a posse do bem e a transferência do domínio, mediante a outorga da escritura de compra e venda levada em registro imobiliário. Portanto, mesmo que haja uma valorização do imóvel que tornasse, hipoteticamente, mais vantajoso ao vendedor desfazer o negócio e o vender a terceiro, ele não poderá desistir da avença no curso do contrato. Consequentemente, o vendedor não pode recusar o recebimento das parcelas pactuadas e o comprador possui o direito de obter a escritura definitiva ou sua adjudicação compulsória ao pagar a totalidade do preço²⁸.

Por outro lado, a cláusula estipula estabilidade que é extremamente importante para o alienante da unidade autônoma. Com efeito, a incorporação imobiliária demanda investimento inicial vultuoso além de um contínuo fluxo de caixa para viabilizar a edificação do imóvel. Interromper de modo imotivado a estabilidade contratual causa sérios problemas para a manutenção do empreendimento.

²⁷ DINIZ, Maria H. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 340. A autora leciona que “irretratabilidade é a qualidade do ato jurídico que não pode ser desfeito pela vontade das partes, por não apresentar qualquer vício”.

²⁸ RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

E no caso do condomínio-hotel há um elemento adicional que demonstra a fundamental importância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Com efeito, a convenção de condomínio estabelece que a totalidade das unidades autônomas e das áreas comuns do empreendimento comporão o estabelecimento hoteleiro. Assim, a operação do condomínio-hotel conta que todas as unidades autônomas integrem a exploração da atividade, para o que é fundamental a assinatura do termo de adesão e do contrato em conta de participação. Ademais, para a unidade estar disponível para uso dos hóspedes uma série de medidas preparatórias de constituição do mobiliário e decoração necessitam ser efetivadas.

Imaginemos que o contrato estabeleça que é de responsabilidade do compromissário da unidade arcar com os custos necessários para decorar e mobiliar as unidades autônomas. Caso antes do desembolso de tal quantia ocorresse resilição unilateral imotivada e o incorporador demorasse para efetivar nova venda da unidade devolvida e estivesse com diminuto fluxo de caixa, poderia haver dificuldade de integração da unidade no estabelecimento hoteleiro, prejudicando a operação do condomínio-hotel como um todo. A ausência de disponibilização da totalidade das unidades, além de afetar o planejamento das atividades do hotel, traz prejuízos nos eventuais momentos em que há demanda para a ocupação total do estabelecimento, que deixará de auferir renda com a unidade eventualmente indisponível, prejudicando assim os sócios do empreendimento.

IV.1. Impossibilidade da desistência imotivada.

Assevere-se que há expresso amparo legal para a inclusão de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas na operação de incorporação imobiliária²⁹, na medida em que a estabilidade contratual é fundamental

²⁹ Dispõe, por exemplo, o art. 25 da Lei 6766/79 que: “são irretratáveis os compromissos de compra e venda, cessões e promessas de cessão, os que atribuam direito a adjudicação compulsória e, estando registrados, confirmam direito real oponível a terceiros”. Por seu turno estabelece o art. 32, § 2º da Lei 4591/64 que “Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas são irretratáveis e, uma vez registrados, conferem direito real oponível a terceiros, atribuindo direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra”.

para garantir segurança jurídica tanto ao adquirente como ao alienante. Elas possuem força cogente, impedindo assim a extinção unilateral do contrato sem motivação.

Portanto, o arrependimento não deveria ser admitido como causa de extinção de compromisso de compra e venda com cláusula de irretratabilidade ou irrevogabilidade. Com efeito, após o pagamento do sinal são restritas as hipóteses de desfazimento do contrato.

Destaco, inicialmente, a resolução do contrato por descumprimento de obrigação de uma das partes. Estabelece o art. 474 do Código Civil que “a cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”, estabelecendo, ainda, o art. 475 que “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

Um bom exemplo é a resolução do contrato em razão de inadimplemento do devedor. Nesta hipótese, pode o credor efetivar a cobrança das parcelas em atraso ou pleitear a resolução do compromisso de compra e venda, efetivando a devolução das parcelas pagas, com a retenção das verbas pactuadas na cláusula penal do contrato. Neste caso, tratando-se de compromisso de compra e venda submetido à incorporação imobiliária normalmente há a necessidade de ser pleiteado judicialmente, caso não haja prévio acordo entre as partes. Assim, é opção da parte lesada a resolução do contrato ou o cumprimento da obrigação em mora. E em qualquer das duas hipóteses terá direito à indenização por perdas e danos, na forma pactuada no contrato.

Há ainda, o distrato ou resilição bilateral³⁰, em que as partes expressamente concordam com a extinção do contrato, pactuando as consequências, que, inclusive, devem seguir as disposições previamente estipuladas no contrato original. O art. 472 do Código Civil estabelece, a

³⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. 26a edição atualizada por AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

propósito, que “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”, adotando o princípio da simetria das formas³¹.

Por isso, por exemplo, é perfeitamente natural e lícito que na hipótese de distrato seja pactuado que uma das partes indenize a outra por ter dado causa ou solicitado o desfazimento do contrato. É o que ocorre, por exemplo, com o distrato motivado por inadimplemento do comprador que preveja retenção de percentual do montante recebido de percentual do montante recebido, bem como das despesas com comissão de corretagem, de administração, publicidade, além de valor decorrente da fruição do imóvel, caso ela tenha ocorrido. Aliás, na hipótese de condomínio-hotel não há propriamente “fruição” da unidade autônoma, na medida em que ela é obrigatoriamente destinada ao estabelecimento, não sendo passível de uso próprio do adquirente. Porém, se o distrato ou a resolução ocorrem após o início das atividades do hotel, é lícito a inclusão de dispositivo contratual prevendo a retenção pelo vendedor do valor equivalente ao montante que foi distribuído ao comprador a título de percentual do lucro obtido com a prestação dos serviços de hospedagem, já que o Código Civil veda o enriquecimento sem causa em seu art. 884.

Já a rescisão unilateral³² desmotivada é incompatível com a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Deixa claro o art. 474 do Código Civil que apenas “nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte”.

A cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade, principalmente se impostas por lei como ocorre no caso de compromisso de compra e venda de unidades autônomas em incorporação imobiliária, é logicamente antagônica com a possibilidade de arrependimento ou desistência imotivada

³¹ Ver, a propósito: ASSIS, Araken de. Do distrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*, p. 58-61, jan./mar. 2004.

³² AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil* vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 187. O autor destaca que “a rescisão unilateral, é um negócio jurídico unilateral extintivo, que se expressa pela manifestação da vontade de uma das partes, diferentemente do distrato, que é um contrato (e, portanto, um negócio jurídico bilateral), a exigir consenso de ambas para o desfazimento da avença”.

de uma das partes. É o caso da lei de incorporação imobiliária, cujo art. 32, § 2º determina serem irretratáveis os compromissos de compra e venda de unidades autônomas, como já destacado.

Por outro lado, o direito de arrendimento é previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor exclusivamente para a hipótese de aquisição fora do estabelecimento empresarial e sete dias após a entrega do produto ou serviço.

Como já demonstrado anteriormente, especialmente no item IV do artigo, não há ensejo à aplicação do Código de Defesa do Consumidor no caso de compra de unidades por investidores em condomínio-hotel. E mesmo que em situações absolutamente excepcionais houvesse tal aplicação, a desistência teria que ocorrer apenas sete dias após a assinatura do contrato.

IV.2. A necessária relativização da Súmula nº 1 do TJSP e da Súmula 543 do STJ

Entendo, assim, que as cláusulas de irrevogabilidade e irretratabilidade impedem a rescisão unilateral imotivada do contrato como forma de extinção de compromisso de compra e venda de unidades autônomas destinadas a compor o condomínio-hotel.

Porém, como é de conhecimento amplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 1, que possui o seguinte teor: “O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”.

Com o devido respeito às posições contrárias, entendo que o teor literal da súmula não infirma a interpretação de que não deveria ser permitida a desistência do compromisso de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel que contenham cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade.

Em outras palavras, não me parece adequada a utilização da Súmula nº 01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo para afastar a eficácia de cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade existente nos compromissos de compra e venda de unidades autônomas em condomínio-hotel e conseqüentemente amparar o entendimento de que o adquirente possui o direito potestativo de imotivadamente extinguir o contrato, ainda que se sujeitando às suas cláusulas penais.

Conforme exposto em itens anteriores do presente artigo, a observância da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade é imposta pela lei de incorporação imobiliária, sendo de particular importância para o desenvolvimento do condomínio-hotel, concebido para ter a totalidade das unidades do imóvel e as respectiva área comum destinadas exclusivamente à atividade hoteleira. Uma eventual desistência de expressivo número de adquirentes acarretaria o risco de várias unidades não integrem o estabelecimento hoteleiro, dificultando o seu funcionamento, em prejuízo, inclusive, dos demais compradores.

Assim, a extinção do contrato antes do seu término somente pode ser amparada nas formas que não são logicamente incompatíveis com a cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade: distrato ou resolução por descumprimento das obrigações contratuais ou por onerosidade excessiva.

Portanto, entendo a súmula nº 01 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo *não deveria ser aplicada nas hipóteses em que o compromisso de compra e venda possuísse natureza empresarial e fosse dotado de cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade.*

Excepcionalmente, poderia, por exemplo, amparar situações pontuais em que houvesse a demonstração específica de impossibilidade superveniente³³ como, por exemplo, um desemprego ou doença grave que tornasse efetivamente inviável o pagamento das prestações.

³³ GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p 172.

Porém, o ônus da prova da efetiva impossibilidade de pagar as prestações caberia ao compromissário comprador, com análise minuciosa da demonstração da ocorrência do motivo alegado e submissão às cláusulas penais convencionadas no contrato³⁴.

Entendo, ainda, que a Súmula 543 do STJ não afasta a conclusão de que não pode o comprador efetivar a rescisão imotivada do compromisso de compra e venda de condomínio-hotel. O referido enunciado possui a seguinte redação: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento”.

Como demonstrado anteriormente, os compromissos de compra e venda de unidades autônomas para a constituição de condomínio-hotel não se submetem ao Código de Defesa do Consumidor, o que afasta, por consequência, a aplicação da Súmula 543 do STJ. Ademais, o verbete utiliza a expressão resolução e não rescisão. Portanto, o enunciado não infirma a validade das cláusulas de irretratabilidade e irrevogabilidade existentes nos compromissos de compra e venda relacionados com o condomínio-hotel.

Ressalto, por último, a existência de decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo interpretando que a cogência da cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade infirma inserta em contrato de natureza empresarial infirma a desistência imotivada ou amparada exclusivamente

³⁴ Disso decorre que não se tolera, por exemplo, que determinado promitente comprador, solvente e que reúna recursos para honrar com o pagamento do saldo devedor, simplesmente desista da execução do contrato e peça a sua resolução, porque o negócio deixou de ser economicamente atraente, em virtude da depreciação do preço de mercado atual do imóvel, em confronto com o preço convencionado no momento da celebração, devidamente atualizado. LOUREIRO, Francisco Eduardo Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Direito e a Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Editora sine nomine, 2016, p. 14.

no argumento de que não ocorreu o retorno financeiro aguardado pelo comprador. Destaco, a título de exemplo, as ementas de acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo a seguir transcritas:

“RESCISÃO CONTRATUAL Autor que adquiriu salas comerciais como investimento, visando à obtenção de lucro Inexistência de relação de consumo. Narrativa do autor e provas que demonstram que o desfazimento dos negócios, após dois anos na posse e uso dos imóveis, é amparado no arrependimento deste por não ter obtido o retorno esperado, não por modificação em sua situação financeira. Prevalência da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade que vedam o arrependimento da contratação, diante da especificidade deste caso Impossibilidade de se declarar a rescisão judicial dos contratos Ação improcedente³⁵.

“Apelação. Compra e venda de imóvel. Pleito de rescisão contratual com restituição de 90% do valor pago. Procedência. Inconformismo. Cabimento. Negócio jurídico celebrado entre empresas atuantes no ramo imobiliário, com intuito lucrativo. Inaplicabilidade do CDC, visto que a compradora não se enquadra no conceito de destinatário final. Análise da lide que deve ocorrer sob o prisma do Código Civil. Ausência de comprovação de quaisquer vícios de consentimento ou posterior desequilíbrio contratual. Impossibilidade de intervenção judicial sem que comprovados motivos para anulação (arts. 156 e 157 do CC), revisão (art. 317 do CC) ou resolução contratual (art. 478 do CC). Princípio do pacta sunt servanda preservado. Sentença reformada. Recurso provido.”³⁶

Portanto, as decisões acima destacadas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo deram o adequado valor à cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, reconhecendo a sua importância em contratos de

³⁵ TJSP. Apelação 1021894-87.2015.8.26.0002. 7ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Miguel Brandi. Julgado em 20/09/2017.

³⁶ TJSP. Apelação 1008505-61.2017.8.26.0100. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Rodolfo Pellizari. Julgado em 01/09/2017.

natureza empresarial, que não são disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor, ensejando assim maior rigor na manutenção das disposições contratuais, em razão do intuito lucrativo que as partes possuem na celebração do contrato, assumindo o risco do negócio não conferir o retorno almejado.

V. CONCLUSÃO.

Os contratos coligados que constituem um condomínio-hotel a partir de incorporação imobiliária possuem natureza empresarial. Assim, o compromisso de compra e venda da unidade autônoma não deve ser analisado isoladamente, mas sim no contexto da operação econômica que viabiliza, ou seja, o desenvolvimento da atividade hoteleira.

A aquisição da unidade autônoma dá-se com a finalidade de proveito econômico, consistente no objetivo de obter renda com as atividades do condomínio-hotel e valorização do preço do imóvel. Portanto, o compromisso de compra e venda não apresenta natureza existencial, enquadrando-se na categoria de contrato de lucro, possuindo, assim, inequívoca natureza empresarial.

Consequentemente, não há ensejo para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, tanto em razão da finalidade recíproca de lucro do comprador e do vendedor, como pela circunstância de que a unidade autônoma jamais será destinada a uso próprio ou familiar do adquirente, na medida em que obrigatoriamente irá compor o estabelecimento no qual serão desenvolvidas as atividades de prestação de serviços de hospedagem, executados através de sociedade em conta de participação da qual o adquirente figura como sócio.

A cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade possui uma função de extrema importância para o adequado desenvolvimento da operação econômica viabilizada pelos contratos coligados, já que o condomínio-hotel é destinado exclusivamente ao serviço de hospedagem, sendo essencial que a totalidade das unidades sejam destinadas a compor o estabelecimento hoteleiro para a adequada prestação da atividade econômica envolvida.

Assim, em regra, somente poderia haver a extinção do compromisso de compra e venda antes de cumpridas todas as obrigações das partes nas seguintes hipóteses: 1- por distrato, caso comprador e vendedor acordassem o desfazimento do contrato, estipulando as consequências; 2- por resolução em razão de descumprimento de obrigações contratuais de uma das partes ou por onerosidade excessiva.

Por seu turno, a mera insatisfação ou arrependimento não é causa apta a amparar a pretensão unilateral de extinção do compromisso de compra e venda com cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. O vendedor não pode pleitear a extinção do contrato caso haja valorização do imóvel que lhe permita alienar o imóvel a novo comprador por montante substancialmente superior ao do compromisso original. Da mesma forma, não pode o comprador pleitear a resilição unilateral do contrato com a alegação de que os rendimentos obtidos com o desenvolvimento da atividade hoteleira são inferiores à sua expectativa.

A resilição unilateral pleiteada pelo comprador somente seria excepcionalmente admissível na hipótese de demonstração de sua impossibilidade superveniente em arcar com as prestações, por causas como desemprego ou doença e ausência de patrimônio para fazer frente às despesas. Em tal hipótese, o ônus da prova de demonstrar a impossibilidade superveniente cabe ao adquirente, que se sujeita às consequências estabelecidas no contrato para a resolução por inadimplemento.

VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil* vol. VI, tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ASSIS, Araken de. Do distrato no novo Código Civil. *Revista CEJ*, p. 58-61, jan./mar. 2004.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*. v. 9, n. 34, p. 304-305. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2008.

BENJAMIN, António Herman. O Conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais* v. 628, fev./1988, p. 77-86.

BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.

DINIZ, Maria H. *Dicionário jurídico universitário*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FORGIONI, Paula Andrea. *A evolução do direito comercial brasileiro: da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

FORGIONI, Paula. A interpretação nos negócios empresariais no novo Código Civil. *Revista de direito mercantil*, v. 130, 2003, p. 9-38.

FORGIONI, Paula. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FURTADO, Gabriel. Aspectos jurídicos dos investimentos em condo-hotéis . Disponível em: <https://cidadeverde.com/cadernojuridico/93558/aspectos-juridicos-dos-investimentos-em-condo-hotéis-i>. Acesso em 03.04.2019.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26a edição atualizada por AZEVEDO, Antonio Junqueira de; MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Atualizada por BRITO, Edvaldo. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos Conexos: grupos e redes de contratos*. Santa fe: Rubinzal Culzoni Editores, 1998.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes Contratuais no Mercado Habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LOUREIRO, Francisco Eduardo Alguns aspectos dos contratos de compromisso de venda e compra de unidades autônomas futuras e o Código

de Defesa do Consumidor. In: AMORIM, José Roberto Neves; ELIAS FILHO, Rubens Carmo. *Direito e a Incorporação Imobiliária*. São Paulo: Editora sine nomine, 2016, p. 9-26.

LUPION, Ricardo. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MARINO NETO, José Ernesto. Condo-hotel hoje: responsabilidades, riscos e consequências. *Revista Hotéis*, 03.10.2013. Disponível em: <https://www.revistahoteis.com.br/condo-hotel-hoje-responsabilidades-riscos-e-consequencias-artigo-de-jose-ernesto-marino-neto/>.

MARINO, Francisco Paulo Crescenzo. *Contratos Coligados no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARQUES, Cláudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso “T” vs. “A”: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor* v. 36, out.-dez. 2000, São Paulo: RT, p. 221-240.

MARQUES. Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 2016.

PFEIFFER. Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALAESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria Geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RIZZARDO, Arnaldo. *Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano: Leis 6.766/79 e 9.785/99*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. In: Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor. São Paulo: ICBC, 1991, p. 5-27.

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP.

Doutor e Mestre pela USP.

Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.