

Da Resolução dos Contratos de Promessa de Compra e Venda de Imóveis na Planta: Comentários Acerca da Lei nº 13.786/2018

Bruno Magalhães de Mattos

Doutor e Mestre em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Membro do Fórum Permanente de Direito Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade apresentar as principais inovações trazidas pela Lei nº 13.786/18, que disciplinou a resolução dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta firmados com incorporadoras imobiliárias. A lei em questão, que entrou em vigor no final de 2018, apresenta pontos polêmicos, uma vez que se mostra contrária à jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, e pontos nebulosos, tendo em vista diversas lacunas surgidas a partir do texto legal. Assim sendo, o trabalho tem ainda por finalidade apontar os pontos polêmicos e, sem querer ser definitivo, oferecer soluções para as lacunas apresentadas.

Palavra-chave: Resolução; compra e venda; imóveis na planta; Lei nº 13.786/18

Abstract: Abstract: This study has the purpose to show the major innovations introduced by the Law No. 13.786/18, which disciplines the dissolution of Preliminary Sale and Purchase Agreement in cases where the purchase of properties happens with real estate development on the Project stage.

Despite the fact that the law came in to force at the end of last year, it presents some points that are controversial to the judicial precedent of Brazilian Superior Justice Courte and has unclear topics, emerged after several shortcomings in the law.

Therefore, the study also has the purpose to discuss sticking points trying not to be definitive providing solutions to the presented gaps.

Keywords: Dissolution; Sale and Purchase; properties on the project stage; Law n° 13.786/18

INTRODUÇÃO:

No final do ano de 2018, entrou em vigor a Lei n° 13.786, que, dentre outros temas, disciplinou a resolução de contratos de promessa de compra e venda de imóveis submetidos à incorporação imobiliária.

Diante de diversos pedidos extrajudiciais ou judiciais de extinção desses contratos, a lei veio à baila, segundo os seus idealizadores, para trazer segurança jurídica ao mercado imobiliário, que precisava de critérios claros (tanto econômicos como jurídicos) para extinguir uma promessa de compra e venda de imóvel na planta.

Conforme é sabido, a crise financeira que assolou o país no meio da presente década fez com que diversos consumidores não mais conseguissem honrar os contratos de promessa de compra e venda assinados com incorporadoras e com construtoras imobiliárias, sendo certo que o consumidor, ao expressar a vontade de pôr fim ao contrato, pleiteava junto ao promitente alienante a devolução dos valores pagos, com o que o mesmo não concordava.

A consequência dessa desavença, como dito, foi um elevado número de demandas processuais que bateram à porta do Judiciário nacional. Em razão da instabilidade jurídica provocada por essas demandas, o Superior Tribunal de Justiça, com base no Código de Defesa do Consumidor, passou a entender que a irretroatividade da promessa de compra e venda, nesses contratos,

seria cláusula abusiva, assim como a cláusula de decaimento. Para tanto, editou a Súmula nº 543, que assim dispõe:

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. (Súmula 543, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 26/08/2015, DJe 31/08/2015).

E, a partir do entendimento sumulado, o STJ alinhou a jurisprudência e passou a determinar também que o montante de retenção máximo pelas construtoras e incorporadoras seria de 25% (vinte e cinco por cento) do total despendido pelo adquirente.

Ocorre que as construtoras e as incorporadoras, por infinitas razões, sempre se colocaram contrárias ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça e se recusavam a distratar as promessas até então em vigor, inviabilizando a paz social querida pela jurisprudência.

O cenário ainda hoje é de incerteza econômica e jurídica para todos os envolvidos, com um número cada vez maior de demandas judiciais, o que, além de onerar ainda mais o Judiciário já sobrecarregado por outras questões jurídicas, mantém a insegurança a respeito do tema.

O legislador, ciente desse imbróglio jurídico, econômico e social, resolveu então regulamentar a questão, com o intuito, como dito, de pacificá-la. Todavia, o que se observa, a princípio, da Lei nº 13.876/18, que inseriu alguns dispositivos na Lei nº 4.591/64, é que ela não se mostra apta, por si só, a apresentar uma solução definitiva para tal insegurança que se observa, sendo certo que parte da doutrina acredita que essa insegurança tende a se intensificar, principalmente em razão das lacunas que a lei apresenta, e que serão nesse estudo abordadas.

1. DA ABRANGÊNCIA DA LEI

Antes de avançar para os comentários acerca dos principais dispositivos da Lei nº 13.786/18, é preciso entender o universo jurídico que lei disciplina e no qual atua.

E, com base no artigo primeiro da lei, pode-se afirmar que ela regulamenta os contratos firmados em sede de incorporação imobiliária, cujas unidades autônomas são vendidas na planta.

Segundo o artigo 28, parágrafo único, da Lei nº 4.591/64, considera-se incorporação imobiliária “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações ou conjunto de edificações compostas de unidades autônomas.”

A atividade em questão somente pode ser desenvolvida pelo incorporador, seja ela “pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que, embora não efetuando a construção, compromissse ou efetive a venda de frações ideais de terreno, objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas.”

Logo, pode-se afirmar, a partir do dispositivo em questão, que os imóveis que se sujeitam à presente lei são futuros e de responsabilidade do incorporador, e que vão integrar um condomínio edilício.

Portanto, se uma pessoa natural deseja vender seu imóvel por meio de uma promessa de compra e venda para um terceiro, cujo pagamento será parcelado no tempo, o rompimento desse contrato não passa pela tutela da Lei nº 13.786/18, mas sim do Código Civil de 2002.

Ou ainda, se uma construtora, sem a qualidade de incorporadora, resolve construir um imóvel futuro para, posteriormente, vender suas unidades autônomas em parcelas diferidas no tempo, o contrato firmado entre as partes também não se submete

à presente lei, mas, igualmente, ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor.

E não é só, além da necessidade de haver um incorporador para operar esse contrato, a lei somente é aplicável aos contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão, ou promessa de cessão de unidades autônomas em condomínio edilício e cuja resolução ocorra na via judicial.

Assim sendo, a presente lei não se aplica aos contratos de compra de unidades autônomas submetidos ao regime de alienação fiduciária em garantia (Lei nº 9514/17), uma vez que, para esse contrato, há procedimento específico de extinção regulado por legislação própria.

Note-se também que, além da restrição legal quanto à espécie contratual e aos sujeitos do contrato, a nova lei somente se aplica às hipóteses de resolução contratual, espécie do gênero extinção dos contratos, o que, conseqüentemente, restringe demasiadamente seu campo de abrangência.

Dessa forma, seria oportuno o legislador ter feito menção à extinção do contrato e não à espécie de cessação, isto porque um dos temas mais nebulosos do direito contratual é o da nomenclatura correta para as hipóteses de extinção do vínculo jurídico, em que a lei e a doutrina não são uníssonas quanto a essas terminologias.

Nesse sentido adverte Marco Aurélio Bezerra de Melo que

Grassa insuperável controvérsia doutrinária no que se refere à nomenclatura utilizada para determinadas situações que acarretam o desfazimento do contrato. Há renomados autores que chamam de rescisão o que a lei chama de resolução e até de rescisão, assim como esse termo, por vezes, é utilizado no lugar de revogação. Existindo, ainda, quem afirma ser este último termo o mesmo que invalidade. (MELO, 2018, p. 272)

Apesar da notória controvérsia sobre o tema, pode-se afirmar que, segundo os ensinamentos doutrinários e a partir do que

dispõe o Código Civil, a extinção dos contratos pode se submeter à resilição bilateral, conhecida também como distrato, e que se dá quando as partes de comum acordo resolvem extinguir o vínculo jurídico. Nessa hipótese, há vontade de ambas as partes de pôr fim ao contrato por meio de um acordo de vontades, na forma do artigo 472 do CC.

Já a resilição unilateral, prevista no artigo 473 do CC, como o próprio nome sugere, se dá quando a vontade de por fim ao contrato é manifestada por apenas uma das partes contratantes, quando, então, se examina também culpa e a possibilidade de incidência de perdas e danos ou de cláusula penal prevista em contrato. Nas hipóteses em que não há culpa dos contratantes, o contrato se extingue por falta de objeto ou de interesse, e as partes retornam ao *status quo ante*.

Ainda na forma do Código Civil, há a hipótese de extinção do contrato pela cláusula resolutiva, que pode ser expressa ou tácita, e que é arguida a partir do inadimplemento contratual provocado por uma das partes.

Quanto a essa terminologia, ensina Flávio Tartuce que

A partir dos entendimentos doutrinários referenciados no início do capítulo, pode-se afirmar que a rescisão (que é o gênero) possui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e resilição (dissolução por vontade bilateral ou unilateral, quando admissível por lei, de forma expressa ou implícita, pelo reconhecimento de um direito potestativo). Todas as situações envolvem o plano da eficácia do contrato, ou seja, o terceiro degrau da Escada Ponteaniana. (TARTUCE, 2018, p. 256)

Logo, nas hipóteses em que o consumidor não está inadimplente, mas busca a extinção do contrato por não ter mais capacidade financeira de honrar com os valores pactuados, esse consumidor não poderia buscar resguardo na lei em comento e evitar prejuízos futuros, uma vez que a mesma somente se aplicaria às hipóteses de inadimplemento culposo da obrigação.

Por isso é que não se deve trabalhar com a restrição aparentemente imposta pela lei, pois, seguindo a interpretação sugerida por esta, os consumidores se manteriam inertes e, conseqüentemente, inadimplentes, esperando o fornecedor de produtos ou serviços ingressar com a demanda de extinção contratual por resolução contratual, quando então esses consumidores teriam a proteção da lei e o direito de devolução parcial do montante pago.

Com efeito, ao reconhecer a limitação terminológica legal, seria possível defender a cláusula de decaimento, uma vez que a lei nova não abarcaria as hipóteses de rescisão unilateral requerida pelo promitente comprador.

Hipoteticamente, o consumidor tenta extrajudicialmente o distrato, o que não é aceito pela incorporadora; logo, precisa ingressar com demanda de extinção contratual, e, como não está inadimplente, mas visa a mitigar seus próprios prejuízos, propõe uma demanda de rescisão unilateral, e a consequência dessa arguição pode vir na linha acima aduzida (da perda integral dos valores pagos), o que é inclusive defendido judicialmente pelas incorporadoras quando o consumidor busca em juízo a proteção dos seus interesses na Súmula 543 do STJ.

Todavia, o que deve ser examinado, a partir da Lei e da própria Súmula nº 543 do STJ, embrionária da vontade legislativa e que também se refere ao termo resolução, é simplesmente a culpa dos contratantes. Se a culpa para a extinção do contrato for do consumidor, a devolução é parcial, se do fornecedor, a devolução é integral.

Note-se que, no caso presente, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor e, conseqüentemente, o disposto no artigo 53 do aludido diploma legal, que trata a cláusula de decaimento como abusiva. Ademais, o contrato em questão é de adesão, o que autoriza a rescisão unilateral, tendo em vista a hipossuficiência do consumidor.

Quanto aos contratos celebrados à luz do Código de Defesa do Consumidor, acrescenta Sylvio Capanema que:

Também já se reconhece o direito de o promitente comprador, havendo relação de consumo, pedir a resolução do contrato, diante de sua onerosidade excessiva, quando verificado que não mais pode ele adimplir as prestações, por causas supervenientes, reclamando, em decorrência, a devolução das parcelas já pagas. (SOUZA; 2018, p. 392)

Ou seja, a resolução do contrato também poderia ser arguida por aquele que se encontra inadimplente, à luz dos princípios inseridos no Código de Defesa do Consumidor, da vedação ao enriquecimento sem causa e do direito da parte de reduzir seus próprios prejuízos.

O próprio Superior Tribunal de Justiça, editor da Súmula nº 543, não entra na celeuma dos termos técnicos para a extinção dos contratos quando o assunto é a devolução dos valores pagos, senão vejamos o Recurso Especial nº 1.300.418/SC:

É antiga a jurisprudência da Segunda Seção no sentido de que o promitente comprador de imóvel pode pedir a resolução do contrato sob alegação de insuportabilidade da prestação devida:

PROMESSA DE VENDA E COMPRA. RESILIÇÃO. DENÚNCIA PELO COMPROMISSÁRIO COMPRADOR EM FACE DA INSUPORTABILIDADE NO PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES. RESTITUIÇÃO.

- O compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas. Embargos de divergência conhecidos e recebidos, em parte. (EResp. 59870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002, p. 281)

Na verdade, a questão relativa à culpa pelo desfazimento da pactuação resolve-se na calibragem do valor

a ser restituído ao comprador e não pela forma ou prazo de devolução.

É assente o entendimento de que a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel por culpa (ou por pedido imotivado) do consumidor gera o direito de retenção, pelo fornecedor, de parte do valor pago, isso para recompor eventuais perdas e custos inerentes ao empreendimento, sem prejuízo de outros valores decorrentes, por exemplo, da prévia ocupação do imóvel pelo consumidor.¹

Portanto, pode-se afirmar que a Lei nº 13.786/18 aplica-se às hipóteses de extinção contratual *lato sensu*, pois o que se observa para a devolução de percentual do montante pago é a natureza do contrato convencionado, a vedação ao enriquecimento sem causa e a vedação à cláusula de decaimento, sendo certo que a culpa é o fato determinante para sopesar os valores que serão retidos na forma da nova lei.

2. DAS REGRAS PREVISTAS NA LEI Nº 13.786/18 PARA O CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEIS NA PLANTA

O artigo 2º da nova Lei, que interessa ao presente trabalho, introduziu na Lei nº 4591/64 os artigos 35-A, 43-A, 67-A sem, contudo, extinguir as dúvidas e lacunas que se faziam presentes ao tema antes da sua entrada em vigor. É mais, teve o “mérito” de introduzir outras lacunas até então inimagináveis, o que impõe, nesse momento, um exame cuidadoso sobre elas.

2.1 Do quadro resumo

No que tange ao artigo 35-A, o legislador impôs que todos os contratos de compra e venda de imóvel na planta, negociados por incorporadoras imobiliárias, deverão ser iniciados por um quadro-resumo.

¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.300.418/SC, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Data do Julgamento: 13/11/2013. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp> > Acesso em: 15/08/2019

Já era prática no mercado imobiliário introduzir no contrato esse quadro-resumo; todavia, ante a falta de legislação específica sobre o tema, cada incorporadora introduzia o quadro-resumo conforme as suas necessidades, ou seja, não havia uniformidade quanto a tal elaboração. Com a nova lei, a ausência de quaisquer das informações arroladas nos incisos do artigo 35-A caracterizará justa causa para a rescisão contratual por parte do adquirente; para tanto, deverá o adquirente ,primeiro, identificá-las e ,a partir de então ,conceder ao alienante um prazo de 30 (trinta) dias para o aditamento do contrato e saneamento das omissões.

Apesar da lacuna legislativa, essa comunicação ao alienante deverá ser realizada via notificação extrajudicial, inclusive por meios eletrônicos, por analogia ao entendimento do STJ, que já manifestou a regularidade desse meio de comunicação em outros contratos privados.

A função do quadro-resumo é informar ao adquirente do imóvel, de maneira mais dinâmica, os principais direitos e obrigações contraídas pelo mesmo, o que ,na visão do legislador, gera maior transparência e segurança para os envolvidos no processo aquisitivo, até porque o adquirente está diante de um contrato de adesão e não tem a plena liberdade de discutir as cláusulas contratuais já previamente estabelecidas pelo incorporador.

Todavia, não se pode negar que o artigo 35-A trouxe para o quadro-resumo um rol acentuado de informações que dele deverão constar, o que pode gerar certo entrave na hora de redigir o contrato, ou seja, aquilo que era para ser resumido, na verdade engloba praticamente quase todo o contrato , e a informação que era para ser dinâmica acaba perdendo tal finalidade.

2.2. Do período de tolerância

Já o artigo 43-A confere ao alienante a possibilidade de atrasar a entrega da coisa em até 180 dias, a contar da data pactuada para a entrega do imóvel, desde que assim seja expressamente pactuado, de forma clara e destacada no contrato. Valendo-se o alienante do prazo legal e cumprido os requisitos para tanto, não

poderá o adquirente buscar a resolução contratual nem eventual indenização por perdas e danos que, por ventura, venha a experimentar dentro do prazo dilatatório.

Na verdade, o artigo em questão nada mais é do que a regulamentação do posicionamento pacificado do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema.

O STJ entendeu que a previsão do prazo dilatatório de 180 dias previstos antecipadamente no contrato não configura cláusula abusiva, por mais que se postergasse unilateralmente a entrega da coisa ao adquirente e cuja previsão estivesse em um contrato de adesão².

Na visão do tribunal da cidadania, o contrato em questão é extremamente complexo e depende de fatores autônomos para a sua realização e conclusão, o que transcende a vontade do alienante, uma vez que esses fatores não são manejáveis pela incorporadora justamente por envolver fornecedores externos de produtos e serviços para o empreendimento, fatores naturais (climáticos), econômicos (crise financeira) e sociais (falta de mão de obra qualificada). Assim sendo, o prazo de tolerância de 180 dias seria totalmente razoável para essa espécie contratual.

Agora, se a entrega ultrapassar o prazo de 180 dias previstos em lei, não tendo o adquirente dado causa ao atraso, poderá ser promovida a resolução do contrato sem prejuízo da devolução da integralidade de todos os valores pagos e da multa estabelecida, em até sessenta dias corridos da resolução, corrigidos nos termos do §8º do art. 67-A da Lei.

2 AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. LUCROS CESSANTES. FIXAÇÃO DE VALOR DO PREJUÍZO PELA NÃO FRUIÇÃO. VALOR DO LOCATIVO. CLÁUSULA DE TOLERÂNCIA. VALIDADE. INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA DURANTE A MORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83 DO STJ. 1. A conclusão do acórdão recorrido acerca do critério para se chegar ao real valor do locativo observou a jurisprudência adotada neste Superior Tribunal de Justiça. 2. A jurisprudência desta Corte reconhece a validade da cláusula de tolerância, desde que observado o direito de informação ao consumidor. 3. É devida a incidência de correção monetária sobre o saldo devedor de imóvel comprado na planta durante a mora da construtora, porque apenas recompõe o valor da moeda, sem representar vantagem à parte inadimplente. 4. Agravo interno a que se nega provimento. AgInt no REsp 1698519/SP AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2017/0237058-0, Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Órgão Julgador: QUARTA TURMA, Data do Julgamento: 20/09/2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1698519&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em: 15/08/2019

Entretanto, se o adquirente ainda tiver interesse no imóvel, poderá renunciar à cláusula resolutiva e aguardar a entrega da coisa, mas será devido ao mesmo uma indenização de 1% (um por cento), calculada sobre o valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, *pro rata die*, corrigido monetariamente conforme o índice estipulado em contrato.

Note-se que a multa em questão se dá em favor do adquirente do imóvel. Dessa forma, defende-se, independentemente de previsão contratual, por estarmos em um contrato de adesão, que, além da multa legalmente estabelecida, o comprador teria o direito de buscar indenização suplementar por perdas e danos, mesmo porque pode acontecer, dependendo do montante até então pago, que a multa não se mostre compatível com os prejuízos até então experimentados, analogia que se extrai do artigo 416 do Código Civil.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, firmou tese no sentido de não ser possível cumular a cláusula penal moratória com pedido posterior de lucros cessantes para os casos de atraso na entrega do imóvel por parte da construtora, sob o seguinte fundamento:

A tese, portanto, do recurso repetitivo, é a seguinte: A cláusula penal moratória tem a finalidade de indenizar pelo adimplemento tardio da obrigação, e, em regra, estabelecida em valor equivalente ao locativo, afasta-se sua cumulação com lucros cessantes.³

Com efeito, a tese em questão se firmou para os casos em que os valores previstos na cláusula penal moratória se mostrarem compatíveis com o valor locativo do imóvel adquirido.

Todavia, o art. 43-A, §2º da nova Lei, que estabelece a cláusula penal moratória para as hipóteses de atraso na entrega da coisa, utiliza como base de cálculo não o valor do contrato, ou seja, o valor da obrigação principal, mas sim o montante até então pago pelo adquirente, o que, como acima salientado, pode

³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.498.484/DF, Relator(a): Ministro Luis Felipe Salomão. Segunda Seção. Data do Julgamento: 22/05/2019. Disponível em; < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=93462552&num_registro=201403066349&data=20190625&tipo=91&formato=PDF > acesso em: 14/08/2019

não ter um caráter significativo, o que, conseqüentemente, influenciará negativamente no valor da multa.

Verifica-se que a tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a cumulação da cláusula penal moratória com os lucros cessantes observou o valor do imóvel, e não os valores pagos pelo adquirente, donde pode-se concluir que, em razão do disposto na nova Lei, a cumulação da cláusula penal com os lucros cessantes deverá ser examinada caso a caso.

No caso concreto, a cláusula penal moratória avençada pelas partes prevê a incidência de multa no percentual de 1% do preço do imóvel (estabelecido no contrato) por mês de mora, a toda evidência suficiente à reparação dos danos patrimoniais, razão pela qual nego provimento ao recurso especial.⁴

2.3 Do direito de retenção dos valores pagos pelo promitente comprador

2.3.1 Da Comissão de corretagem

No caso de desfazimento do contrato, mediante distrato ou resolução por inadimplemento absoluto da obrigação pelo adquirente, dispõe o artigo 67-A da Lei que este fará *jus* à restituição das quantias quitadas que tiver pago diretamente ao incorporador, atualizadas com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, delas sendo deduzidas cumulativamente a integralidade da comissão de corretagem e a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga, além de outras verbas que serão mais a frente estudadas.

No que tange à comissão de corretagem, o legislador atendeu ao pleito das incorporadoras, que defendiam em sede judicial que tal verba deveria ser de responsabilidade do adquirente. O fundamento aduzido pelas incorporadoras estava no fato de a

⁴ Idem.

ruptura contratual decorrer da culpa do promitente comprador que, unilateralmente, deixava de arcar com as parcelas previstas no contrato, bem como por ser a verba tão somente remuneratória do serviço de corretagem, sem, contudo, integrar o patrimônio das incorporadoras ou o patrimônio de afetação do empreendimento.

As alegações que sensibilizaram o legislador são razoáveis, mas ferem as normas de defesa do consumidor, isto porque o contrato de corretagem é pactuado entre a incorporadora e a empresa de corretagem, inclusive quanto aos valores a serem pagos, e beneficia exclusivamente a incorporadora, uma vez que otimiza o processo de vendas das unidades. Conforme é sabido, no local do empreendimento é montado um espaço de vendas, onde o corretor recebe potenciais compradores e os incentivam a adquirir as unidades. Não há qualquer contraprestação desse serviço em favor do consumidor, que acredita, inclusive, estar lidando com preposto da própria alienante. Portanto, não há razão para exigir que o consumidor ou simplesmente o adquirente assumam o pagamento da corretagem, até porque não lhe é possibilitado (não se tem notícias disso) adquirir o imóvel diretamente da incorporadora, o que, conseqüentemente, remete à hipótese de venda casada⁵, pois, para comprar a unidade, é necessário adquirir o serviço de corretagem.

Ademais, no cálculo da corretagem, se considera o valor integral do imóvel e, muitas das vezes em que há ruptura contratual, o promitente comprador ainda não efetuou sequer o pagamento da metade do preço total. Dessa forma, assumindo integralmente a corretagem, o promitente adquirente pode ficar sem receber o percentual legal de restituição dos valores pagos e, dependendo do contexto, pode se manter devedor da empresa de corretagem, o que novamente fere, diretamente, o Código de Defesa do Consumidor.

Malgrado o acima relatado, a retenção da comissão de corretagem prevista na nova lei é, tão somente, a regulamentação

⁵ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; (...) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> Acesso em: 09/07/2018.

do posicionamento jurisprudencial que já vinha sendo adotado pelos tribunais superiores. Isto porque o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento no sentido de ser legítima a cobrança da comissão de corretagem do promitente adquirente desde que haja prévia informação acerca do preço total da aquisição da unidade autônoma e destaque do valor da comissão de corretagem no contrato.⁶

Como, pela nova Lei, o valor referente à corretagem, suas condições de pagamento e a indicação do seu beneficiário devem constar do quadro-resumo do contrato, esta poderá ser exigida do promitente comprador do imóvel que, por outro lado, continuará a ter a liberdade de firmar ou não o negócio jurídico.

Entretanto, defende-se a possibilidade de o comprador adquirir a unidade autônoma diretamente da incorporadora, sem ter que se submeter às consequências do contrato de corretagem, uma vez que essa aquisição não necessita peremptoriamente de tal serviço para produzir efeitos, bem como também em razão dos princípios básicos do direito do consumidor, que inadmitte venda casada. A possibilidade de se adquirir diretamente da incorporadora deve ser informada ao comprador, que decidirá sobre a aquisição, se de forma direta ou assistida pelo corretor.

Não obstante a previsibilidade do pagamento da comissão de corretagem, outras verbas, como, por exemplo, as arras, o seguro prestamista e custos com o leilão, que eram questionadas pelas incorporadoras como não devolutivas, não poderão mais ser retidas pelas empresas, pois não integram o rol previsto no artigo 67-A da nova Lei. Desse modo, tal artigo deve ser interpretado como taxativo, uma vez que tutela direitos básicos dos consumidores, redigidos em um contrato de adesão.

6 RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. VENDA DE UNIDADES AUTÔNOMAS EM ESTANDE DE VENDAS. CORRETAGEM. CLÁUSULA DE TRANSFERÊNCIA DA OBRIGAÇÃO AO CONSUMIDOR. VALIDADE. PREÇO TOTAL. DEVER DE INFORMAÇÃO. SERVIÇO DE ASSESSORIA TÉCNICO-IMOBILIÁRIA (SATT). ABUSIVIDADE DA COBRANÇA. I - TESE PARA OS FINS DO ART. 1.040 DO CPC/2015: 1.1. Validade da cláusula contratual que transfere ao promitente-comprador a obrigação de pagar a comissão de corretagem nos contratos de promessa de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que previamente informado o preço total da aquisição da unidade autônoma, com o destaque do valor da comissão de corretagem.(...) REsp 1599511 SP. Relator(a): Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, S2 - SEGUNDA SEÇÃO. Data do Julgamento: 24/08/2016

2.3.2. Da Cláusula Penal legal

No que tange à penalidade legal de 25% (vinte e cinco por cento) de retenção sobre os valores pagos para as hipóteses de resolução do contrato por inadimplemento do adquirente, o legislador da Lei nº 13.786/18, novamente, utiliza como base para a sua fixação o posicionamento jurisprudencial que já estava consolidado no Superior Tribunal de Justiça.

Por se tratar de uma cláusula penal compensatória, não há necessidade de a incorporadora demonstrar o prejuízo; todavia, diferentemente do que estipulava a jurisprudência do STJ, que previa a restituição imediata dos valores pagos, no caso 75% (setenta e cinco por cento) do total pago, a Lei nº 13.786/2018 autoriza a incorporadora a devolver os valores, tão somente, 180 (cento e oitenta) dias após a extinção do contrato, o que é amplamente prejudicial ao adquirente, pois, além de não ter a disponibilidade do dinheiro para dar azo a outras finalidades econômicas, não incidem durante o período de carência juros e correção monetária.

Note-se que a nova Lei também concedeu prazo para as hipóteses de culpa da incorporadora pelo rompimento contratual, o que gera uma dupla penalidade para o adquirente que não deu azo ao inadimplemento, quais sejam: ficar sem o imóvel e só receber os valores pagos após sessenta dias da extinção do vínculo jurídico.

Ou seja, tanto em um caso como em outro, a Lei nº 13.786/18 protege demasiadamente o patrimônio da incorporadora, esquecendo-se que do outro lado da relação há um ser humano frustrado e sem recursos financeiros para dar continuidade aos seus projetos de vida.

O prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto na Lei para a devolução dos valores pagos será reduzido para 30 (trinta) dias quando ocorrer a revenda da unidade dentro do prazo de tolerância, e, nessa hipótese, o valor remanescente será atualizado com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel.

Contudo, apesar de a norma aparentemente proteger o adquirente da unidade imóvel, esta necessita ser interpretada à luz da boa-fé objetiva e da função social dos contratos para não lhe gerar prejuízos futuros.

Ou seja, deve-se entender que o prazo máximo para o pagamento não deve ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias, tenha ocorrido ou não a venda da coisa ao terceiro adquirente nesse interregno de tempo.

Assim, se defende o adquirente, tendo em vista que poderia surgir o posicionamento no sentido de que se a revenda, por exemplo, ocorresse no centésimo septuagésimo dia, a incorporadora ainda teria 30 (trinta) dias para efetuar a devolução dos valores pagos. Em tal hipótese, seriam contabilizados um total de 200 (duzentos) dias contados da extinção do contrato para a efetuação do pagamento, o que, além de ser contrário aos prazos legais, não se mostra nem um pouco razoável.

Ainda no que diz respeito aos percentuais de retenção, aduz o legislador que, nas hipóteses em que a incorporação estiver submetida ao regime do patrimônio de afetação, o incorporador restituirá os valores pagos pelo adquirente, deduzidos os valores descritos no artigo 67-A da Lei e atualizados com base no índice contratualmente estabelecido para a correção monetária das parcelas do preço do imóvel, no prazo máximo de 30 (trinta) dias após o habite-se ou documento equivalente expedido pelo órgão público municipal competente, admitindo-se, nesse caso, que a pena convencional prevista em lei seja majorada em até o limite de 50% (cinquenta por cento) da quantia paga.

Por patrimônio de afetação pode-se entender aquele que se manterá apartado do patrimônio do incorporador, destinando-se à consecução da incorporação correspondente e à entrega das unidades imobiliárias aos respectivos adquirentes. Assim sendo, o patrimônio de afetação não se comunica com os outros bens, com os direitos e com as obrigações do patrimônio geral do incorporador e só responde por dívidas e obrigações vinculadas à incorporação respectiva.

De uma maneira geral, pode-se afirmar que o ponto positivo da previsibilidade do patrimônio de afetação está no fato de que os efeitos da decretação da falência ou da insolvência civil do incorporador não atingem os patrimônios de afetação constituídos, não integrando a massa concursal, por exemplo: o terreno, as acessões e demais bens, direitos creditórios, obrigações e encargos objeto da incorporação – ou seja, há uma proteção maior ao patrimônio dos adquirentes de unidades em condomínio edilício, o que gera segurança jurídica quanto a entrega das unidades, evitando-se prejuízos reais.⁷

Todavia, esse é o dispositivo legal que mais sofre críticas (e com razão) por parte daqueles que enxergam na presente norma uma violação direta aos princípios e direitos norteadores do Código de Defesa do Consumidor, da boa-fé e da função social dos contratos. Primeiramente, porque o percentual previsto em lei se afasta completamente daquele pacificado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, que, independentemente da qualidade da incorporação desenvolvida, atribuía uma retenção máxima de 25% (vinte e cinco por cento) do total pago pelo adquirente. Em segundo lugar, a crítica se faz pertinente por incluir o legislador nesse cálculo a comissão de corretagem e a taxa de ocupação, o que provavelmente fulminará qualquer direito de devolução pelos valores pagos, o que, por vias transversas, legitima a cláusula de decaimento proibida pelo próprio CDC. Em terceiro lugar, se existir alguma quantia a ser restituída ao adquirente, esta somente será paga após o habite-se, ou seja, se estabelece um prazo indeterminado, que muitas das vezes escapa do poder de coordenação da própria incorporadora, gerando uma incompreensível insegurança jurídica e econômica para o adquirente. E por fim, o patamar estabelecido é fonte de enriquecimento sem causa, uma vez o imóvel será alienado em leilão pela incorporadora e pelo preço de mercado.

7 No Brasil, um dos motivos que levaram à criação do patrimônio de afetação foi a falência de uma das maiores empresas da construção civil nacional, a Encol. Em seu auge, a empresa fora a maior e mais importante construtora do país, faturava quase 2 bilhões de reais por ano (em valores atualizados), empregava 23 mil pessoas e construiu mais de 100 mil apartamentos. Sua falência foi o mais duro golpe na credibilidade do mercado imobiliário brasileiro devido a sua consequência mais sombria: o abandono a própria sorte de 42 mil clientes que estavam pagando e aguardando por seus apartamentos. Disponível em: <http://www.marketingimob.com/2012/02/o-caso-encol-grande-licao-para-o.html>. Acesso em: 29/07/2019.

Entretanto, apesar do patamar previsto em lei saltar aos olhos, a penalidade em questão nada mais é do que uma cláusula penal compensatória e que pode ser pactuada em até 50% (cinquenta por cento) sobre o valor pago, ou seja, o percentual é variável, e diante do dispõe o artigo 413 do Código Civil, a penalidade em questão deverá ser reduzida equitativamente pelo magistrado quando a obrigação principal tiver sido cumprida parcialmente, ou quando o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio jurídico.

Nesse sentido, defende Marco Aurélio Bezerra de Melo que

A nosso ver, enquanto não houver o reconhecimento da inconstitucionalidade sem redução de texto do artigo 67-A da Lei nº 4.591/64, com a redação conferida pela Lei nº 13.786/18, para esclarecer que a regra somente se aplica em incorporações imobiliárias, cujo adquirente não seja consumidor, o correto será a aplicação deste artigo com o tempero, no âmbito da legalidade, dos artigos 413 do Código Civil e do artigo 53 da Lei nº 8.078/90. (MELO, 2019, p. 402)

Dessa forma, por mais que o contrato faça a previsão da multa sobre 50% (cinquenta por cento) do montante pago, o magistrado, respeitado os critérios legais, poderá reduzir seu montante, cabendo à incorporadora provar o motivo que a levou a praticar, perante aquele adquirente, o teto da multa, sob pena de restar configurado o abuso do direito.

Com efeito, para que as multas previstas na lei possam ter eficácia, é necessário que estejam previstas de forma negritada no quadro-resumo do contrato e que ainda haja anuência prévia e específica do adquirente a seu respeito, mediante assinatura junto a essas cláusulas, que deverão ser redigidas conforme o disposto no §4º do art. 54 do CDC. Todavia, por mais que exista tal cautela legal, a aquisição se desenvolve por meio de um contrato de adesão e os vícios na manifestação de vontade poderão ser apurados pelo magistrado, ou seja, o fato de haver

a assinatura do adquirente ao lado da cláusula penal, isto, por si só, não gera presunção absoluta de concordância quanto aos seus termos.

As multas em questão também perderão efeito se o adquirente que deu causa ao desfazimento do contrato encontrar um comprador substituto que o sub-rogue nos direitos e obrigações originalmente assumidos, desde que haja a devida anuência do incorporador e a aprovação dos cadastros e da capacidade financeira e econômica do comprador substituto.

Apesar de haver o silêncio da lei, entende-se que, à luz dos princípios que cercam as relações contratuais, principalmente no que tange à boa-fé objetiva e à função social dos contratos, a recusa do incorporador ao novo adquirente deverá ser justificada, sob pena de novamente restar caracterizado o abuso do direito previsto no artigo 187 do Código Civil.

No caso de inércia ou recusa sem motivo, caberá ao magistrado suprir a outorga a partir de requerimento suscitado em juízo pelo comprador originário.

2.3.3. Da taxa de ocupação

Dando sequência às penalidades previstas em lei para a ruptura culposa do contrato, além da comissão de corretagem e da multa convencional, o legislador impõe ainda ao adquirente que romper o contrato a responsabilidade de arcar com a taxa de ocupação do imóvel, que será calculada levando-se em consideração o período em que o comprador esteve na posse direta da coisa. A responsabilidade do adquirente se estende ainda aos demais encargos incidentes sobre o imóvel e às despesas do contrato.

No que tange à taxa de ocupação, a lei estipula uma alíquota máxima a ser cobrada pelo incorporador. Segundo a lei, o valor correspondente à fruição do imóvel será equivalente a 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato *pro rata die*⁸.

⁸ Já a expressão *Pro Rata Die* tem o sentido de “proporcional ao dia”, como o caso de cobrança de juros expressa em valores diários, do tipo 0,5% ao dia, por exemplo. (...) Se em um serviço os juros por atraso no

Algumas questões precisam ser examinadas em razão da simplicidade legislativa, pois, enquanto estiver vigente o contrato, o adquirente é um possuidor justo e de boa-fé e, assim sendo, goza de proteção jurídica e social.

Note-se que, em razão do que dispõe o artigo 63 da Lei nº 4.591/64, o contrato somente poderá extinto por inadimplemento do adquirente quando este deixar de efetuar o pagamento de pelo menos três prestações do preço da construção e, após ser notificado, não purgar a mora, no prazo máximo de 10 dias.

Todavia, apesar do comando legal acima citado, para os contratos de promessa de compra e venda de bens imóveis, tendo em vista a repercussão socioeconômica que os mesmos produzem, o Superior Tribunal de Justiça se posiciona no sentido de que a cláusula resolutiva expressa não possui efeito automático com relação à posse derivada desse contrato, uma vez que deve ser observado o princípio da boa-fé objetiva. Logo, deve-se apurar se o inadimplemento do promitente comprador se deu por sua culpa exclusiva ou se foi resultado de alguma cláusula abusiva prevista no contrato de adesão, o que afastaria a culpa pelo inadimplemento.

Observa-se que o art. 67-A, §2º, III, da nova Lei dispõe que o percentual previsto no dispositivo em questão será aplicado levando-se em consideração o período de fruição sobre o imóvel. Entretanto, o dispositivo precisa ser interpretado à luz da vedação ao enriquecimento sem causa.

Defende-se que o taxa de fruição somente será exigível a partir do momento em que a posse do promitente comprador se tornar injusta e de má-fé, pois, durante o período adimplente, não há que se falar em tal cobrança, até porque as parcelas referentes à aquisição do imóvel estavam sendo adimplidas.

Pensar diferentemente é punir acentuadamente aquele que pagava as prestações do imóvel corretamente e, muita das vezes, ingressa com a demanda buscando a rescisão unilateral, por

pagamento são de 4,5% ao mês, é possível calcular os juros *pro rata die* fazendo: $4,5\% / 30 \text{ dias} = 0,15\%$ ao dia. Caso algum cliente atrase seu pagamento por 10 dias, deverá pagar, em multa por atraso, o proporcional de 1,5% da dívida em causa. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/o-que-e-pro-rata/>> Acesso em 11/07/2019

não ter mais condições financeiras de continuar a honrar com as prestações pactuadas, ou ainda aquele que pagou grande parte do contrato e veio a perder a coisa em razão de poucas parcelas do contrato em aberto.

Fala-se em punir acentuadamente porque o promitente comprador que já pagou parcela considerável do contrato sofrerá a perda de até 50% do montante pago com a resolução do mesmo, e ainda lhe impor taxa de ocupação pelo período em que estava adimplente é fomentar o enriquecimento sem causa e a possibilidade de transcender ao valor da obrigação principal, uma vez que a taxa é calculada sobre o valor do contrato atualizado e não sobre o valor de mercado do imóvel.

Por outro lado, ao se manter a cumulação da cobrança da cláusula penal compensatória, que incide sobre o montante adimplido pelo promitente comprador, e da taxa de ocupação pelo período de adimplência, restará homenageado tão somente o pretense adquirente que nada pagou pelo contrato. Isto porque, se nada ou quase nada pagou pelo imóvel, o montante de 50% de retenção incidirá sobre esse valor e a perda patrimonial desse devedor será irrisória, frente àquele que adimpliu parcelas consideráveis do contrato.

Adverte-se então que a taxa de ocupação somente se faz justa quando busca punir aquele que não arcou com as parcelas contratuais e exerceu posse graciosa até a resolução contratual. Ou seja, a taxa de ocupação, na verdade, compensa o período de inadimplência, período esse em que a multa contratual, em razão dos baixos valores pagos pelo então promitente comprador, não se fez coercitiva aos fins pelas quais foi idealizada.

Isto posto, a taxa de ocupação, apesar da omissão legislativa, não deve ser calculada sobre o período de adimplência contratual, mas tão somente sobre o período de caracterização da posse injusta e de má-fé, que se dá a partir do inadimplemento contratual.

Note-se ainda que a lei também não contempla as benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias introduzidas na coisa pelo

possuidor de boa-fé. Diante da omissão legislativa, deve-se aplicar, por analogia, a regra prevista para o possuidor autônomo de boa ou má-fé, prevista nos artigos 1219 e 1220 do Código Civil.

Assim sendo, no caso do possuidor de boa-fé, devem ser indenizadas as benfeitorias necessárias e úteis realizadas na coisa, bem como deve ser conferido ao possuidor o direito de levantar as voluptuárias. Caso não seja possível levantar as benfeitorias voluptuárias, a fim de se evitar o enriquecimento sem causa, deve o incorporador por elas pagar, sendo certo ainda que se estende ao possuidor de boa-fé o direito de retenção da coisa, enquanto não lhe forem pagas as benfeitorias úteis e necessárias nela introduzidas.

A título de exemplo, se o possuidor ainda adimplente introduziu na coisa móveis planejados e ar-condicionado central, o que valoriza consideravelmente o imóvel, os valores referentes a essas obras deverão ser indenizadas ao possuidor de boa-fé pela incorporadora.

Já no que tange ao possuidor de má-fé, compete a este tão somente ser indenizado pelas benfeitorias necessárias realizadas na coisa, contudo sem direito de retenção da mesma.

2.4. Do direito de arrependimento

A lei nova, seguindo regra disposta no Código de Defesa do Consumidor, confere ao comprador o direito ao arrependimento contratual. Isso será possível quando os contratos forem firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador; todavia, o adquirente deverá manifestar o arrependimento no prazo máximo e improrrogável de 7 (sete) dias, quando então serão devolvidos todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

Para tanto, caberá ao adquirente demonstrar o exercício tempestivo do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, sendo considerada a data da postagem como a data inicial da contagem do prazo a que se refere o §10º do artigo 67-A.

Apesar de o legislador impor o procedimento em questão para fins de segurança jurídica, acredita-se que, se por outros

meios lícitos se der ciência ao incorporador, não há porque o direito ao arrependimento não produzir efeitos.

No entanto, transcorrido o prazo de 7 (sete) dias a que se refere o § 10º em questão, sem que tenha sido exercido o direito de arrependimento, será observada a irretratabilidade do contrato de incorporação imobiliária, conforme o disposto no § 2º do artigo 32 da Lei nº 4591/64.

Portanto, a nova lei impõe a irretratabilidade da promessa de compra e venda quando ultrapassado o período de arrependimento e o faz com base no disposto na lei de condomínios e incorporação imobiliária.

Ocorre que, quando o promitente comprador for consumidor, deve ser aplicado ao caso o Código de Defesa do Consumidor, o qual considera a cláusula de irretratabilidade abusiva, tendo em vista ter sido ela elaborada em um contrato de adesão.

Ademais, à luz do disposto na Lei nº 4.591/64, a cláusula de irretratabilidade existe em benefício do comprador, e não do incorporador. Tal conclusão se extrai a partir da redação originária do artigo 32 da lei em comento⁹, que trazia enorme insegurança jurídica para aqueles que adquiriam imóveis cujo pagamento se dava de forma parcelada. Isto porque, independentemente do pagamento estar sendo efetuado e da averbação do contrato aquisitivo na matrícula do imóvel, o promitente alienante poderia extinguir o contrato a partir de um desejo unilateral, sendo certo que, para tanto, bastava o pagamento das perdas e danos ou da multa resolutória prevista no pacto, frustrando, consequentemente, os interesses do comprador.

Com efeito, a alteração legislativa ocorrida por meio da Medida Provisória nº 2.221/01 (e, posteriormente confirmada pela Lei nº 10.931/04), que trouxe à baila a cláusula de irretratabilidade, teve por finalidade impedir a alternativa potestativa que a redação originária do artigo 32 da Lei 4591/64 conferia ao alienante.

Outrossim, a modificação do texto originário também se fazia pertinente tendo em vista a mudança de paradigma pro-

⁹ Os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas, serão também averbáveis à margem do registro de que trata este artigo.

duzida pelos textos legais que entraram em vigor após a Constituição Federal de 1988, tais como o CDC e o próprio Código Civil de 2002, que não compartilhavam a ideia de ruptura unilateral imotivada da promessa de compra e venda pelo promitente alienante.¹⁰

Ademais, a partir da leitura da parte final do atual parágrafo segundo (que, frise-se, é de 2004), também se observa que a irretratabilidade é imposta ao incorporador, e não ao promitente comprador, quando a lei dispõe que, a partir da irretratabilidade e do registro da promessa, atribui-se “direito a adjudicação compulsória perante o incorporador ou a quem o suceder, inclusive na hipótese de insolvência posterior ao término da obra.”

Nesse sentido, explica Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves que

Com essa justa e ponderada inovação, a cláusula de retratação fica restrita às transações entre adquirentes dos imóveis incorporados e os futuros compradores das unidades imobiliárias, negócios jurídicos nos quais a assimetria das partes não é acentuada, e o princípio da autonomia privada prevalecerá sem maiores restrições. (DE FARIAS; ROSENVALD, 2014, p. 843)

Ora, a partir das palavras dos autores, pode-se afirmar que a cláusula de irretratabilidade beneficia o consumidor vulnerável, que não se encontra em condições paritárias junto ao incorporador.

Portanto, a cláusula de irretratabilidade prevista em um contrato de adesão submetido ao sistema do Código de Defesa do Consumidor e em benefício da incorporadora é cláusula abusiva, até porque o próprio CDC autoriza desistência unilateral do consumidor em contratos de adesão.

Na mesma linha está o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, conforme se observa do julgado proferido pela 23^a Câmara Cível

10 A Medida Provisória n 2221/01 foi revogada pela Lei 10.931/04, que manteve a mesma redação proposta pela medida de urgência.

Apelação cível. Contrato de promessa de compra e venda de imóvel firmado sob o regime de construção por administração. Empreendimento Frame Residence - vila da mídia. Pleito de rescisão em razão de falta de condições financeiras para arcar com as parcelas do contrato. Sentença que decretou a resolução do contrato e condenou a ré à devolução da quantia paga pela autora, com a dedução do percentual de 20%. Apelação exclusiva da ré. Regime de construção por administração, regido pela Lei n. 4.591/64, que restou descharacterizado. Administração da obra e recebimento de valores ficou ao encargo da ré. Aplicação do CDC ao caso concreto. Cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade. Abusividade. Art. 54 do CDC. A resolução contratual é direito subjetivo dos consumidores. Inadimplemento e desistência do negócio. Prerrogativa admitida de forma consolidada pela jurisprudência. Precedentes do STJ. Verbete sumular 543 do STJ. Arras de natureza confirmatória, utilizadas como princípio de pagamento, que passaram a incorporar o montante de quitação do saldo devedor, não havendo que se falar em sua retenção. Devolução de parcela significativa do valor pago que se impõe, sob pena de enriquecimento ilícito. Percentual de retenção fixado em 20% pelo juízo de primeiro grau que está em consonância com os valores arbitrados pelo STJ em casos análogos. Juros que devem incidir a contar do trânsito em julgado. Parcial provimento do recurso.¹¹

Portanto, o direito ao arrependimento é quanto ao contrato, quando então os valores serão integralmente devolvidos ao aderente. Ultrapassado o prazo de arrependimento, o contrato e as multas convencionais tornam-se plenamente eficazes e serão aplicadas para as hipóteses de inadimplemento contratual ou rescisão unilateral.

11 Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Civil nº 0004648-35.2016.8.19.0203, 23ª Câmara Civil. Des(a). Marcos André Chut. Julgamento: 03/07/2019. Disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.4.1>> Acesso em 15/08/2019

Logo, o § 14º do artigo 67-A da nova Lei deve ser interpretado no sentido acima aduzido, sob pena de burla ao Código de Defesa do Consumidor, aos princípios oriundos da boa-fé e da função social dos contratos.

3. DA APLICABILIDADE DA NOVA LEI

Por fim, uma última questão que merece destaque é saber sobre a aplicabilidade imediata ou não da nova lei sobre os contratos em vigor.

Supunha-se que, no caso de um adquirente cujo contrato foi firmado em 2017 e que vem a se tornar inadimplente nos dias de hoje, relativamente a um imóvel adquirido em um empreendimento sujeito ao patrimônio de afetação, poderia o incorporador, no caso de pedido judicial de resolução do aludido contrato, reter 50% dos valores pagos? Ou a esse contrato, assinado em 2017, aplicar-se-ia o posicionamento consolidado do STJ?

Segundo a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, XXXVI, “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.” No mesmo sentido dispõem as Normas de Introdução ao Direito Brasileiro, em seu artigo 6º, que “a Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.”

Assim sendo, pode-se afirmar, a princípio, que a lei civil no Brasil não retroage; logo, seus efeitos são futuros e não pretéritos.¹² Trata-se de direito fundamental do cidadão, que se traduz em segurança jurídica e respeito à manifestação da vontade das partes.

Todavia, há autores, como Paul Roubier, que defendem que a lei nova incide sobre os efeitos futuros do ato jurídico anterior, o que seria chamado de retroatividade mínima, que, na verdade, é tão somente a aplicação imediata da nova lei aos pactos em vigor.

Paulo Nader explica a posição de Paul Roubier

Diante da relação entre a lei nova e os fatos praticados sob a égide de lei anterior, o jurista pode adotar uma

12 Súmula 285 do STJ: Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista

das seguintes posições: a) a de atribuir efeito retroativo tanto ao negócio, ato ou situação, bem como em relação aos seus efeitos; b) a de negar, em termos absolutos, a retroatividade a qualquer uma daquelas hipóteses; c) a intermediária, “consistente em submeter à lei antiga os efeitos já adquiridos dos atos, fatos ou situações envolvidos e à lei nova seus efeitos vindouros”. Esta última opção foi acolhida por Paul Roubier em sua teoria do efeito imediato da nova lei.

Embora a repercussão alcançada pela concepção de Bonnecase, a teoria de Paul Roubier, entre as que consideram a situação jurídica, foi a que mais prestígio obteve. O jurista partiu da distinção fundamental entre efeito retroativo e efeito imediato da lei. Em face de uma situação jurídica já constituída antes da lei nova, os efeitos anteriores ao advento desta continuarão regidos pelas normas antigas. Todavia, se os efeitos se prolongarem durante a vigência da lei nova ficarão subordinados a esta última. Tal orientação foi aproveitada pelo ordenamento jurídico brasileiro, conforme referências neste capítulo. (NADER, 2018, p. 2018)

Quando essa controvérsia intertemporal recai na Lei nº 13.786/18, Marco Aurélio Bezerra de Melo sinaliza que

Por fim, entendemos que a lei nova não pode ser aplicada nos contratos celebrados anteriormente a ela, sob pena de vulneração do artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, critério que fora utilizado por ocasião da edição do verbete 285 do Superior Tribunal de Justiça, o qual estabeleceu que “nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.”. Ressalte-se que não se levaram em consideração os planos de abordagem do negócio jurídico com a ideia de que, como a mora se dá no momento da eficácia, a submissão do contrato à nova lei não representaria retroatividade proibida, mas sim

incidência imediata da norma jurídica (também chamada de retroatividade mínima). Entretanto, tal situação não nos parece de grande relevo, pois, como dito, na maioria das situações contratuais tratadas na lei, há tão somente uma positivação da orientação jurisprudencial já estabelecida com a exceção acima assinalada e criticada de penalidade abusiva.(MELO, op. cit., p. 403)

Para a ministra Nancy Andrighi, independentemente da lei em questão, não há que se falar em retroatividade de leis no tempo, senão vejamos

Desse modo, é cediço que, quando da entrada em vigor de uma lei que venha a revogar ou modificar outra, sua aplicação é para o presente e para o futuro, porque não seria compreensível que o legislador, ao instituir uma norma, fizesse-o com os olhos voltados para o pretérito e pretendesse ordenar o comportamento para o decorrido. Assim sendo, toda a matéria de direito intertemporal tem de partir de um conceito fundamentalmente estruturado na essência do próprio ordenamento jurídico, qual seja: o princípio da irretroatividade das leis. No Brasil, o princípio da não retroatividade é assentado com cunho notadamente rígido, porquanto revestido com o caráter cogente de uma norma de natureza constitucional. O art. 6º da LICC determina que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada. Nesse contexto, o ato jurídico perfeito é entendido como aquele já consumado segundo a norma vigente ao tempo em que se efetuou, produzindo seus efeitos jurídicos, uma vez que o direito gerado foi exercido. É, pois, o ato plenamente constituído, cujos requisitos se cumpriram na pendência da lei anterior. (ANDRIGHI, 2003, p. 3-4)

Recentemente, quanto aos contratos que estão sob exame judicial, o Superior Tribunal de Justiça proferiu a seguinte decisão em sede de recurso repetitivo, tema 970

Inicialmente cumpre salientar que a Lei n. 13.786/2018 não será aplicada para a solução dos casos em julgamento, de modo a trazer segurança e evitar que os jurisdicionados que firmaram contratos anteriores sejam surpreendidos, ao arrepio do direito adquirido e do ato jurídico perfeito.¹³

Abstraindo-se das correntes doutrinárias favoráveis ou não à retroatividade da lei civil, a Lei nº 13.786/18 é dotada de certas peculiaridades que afastam a celeuma em questão.

Isto porque, tomando como exemplo a multa de 50% (cinquenta por cento) prevista em lei, esta, necessariamente, para ser eficaz, deve ter a sua previsão no quadro-resumo do contrato, cuja redação deve obedecer ao disposto no artigo 54,§4º, do CDC e, ainda, ao lado da cláusula que a impôs, deve constar a assinatura do promitente adquirente.

Com efeito, o contrato redigido na forma da legislação pretérita não cumpre tais requisitos; logo, por inviabilidade formal, não se tem como exigir a multa de 50% de retenção sobre os valores pagos nesses contratos. Nesse caso, prevalece o ato jurídico perfeito e a multa contratual nele previsto, que, caso seja abusiva, ou na ausência de sua previsão, se submete à pacífica jurisprudência do STJ, que impõe uma retenção máxima de 25% dos valores pagos.

Por outro lado, se o contrato pretérito obedecer aos requisitos da atual legislação (o que é muito difícil) e possuir uma cláusula de retenção de valores pagos no patamar entre 25% e 50%, acredita-se que não haveria a incidência da Jurisprudência do STJ, que entende que tais percentuais seriam abusivos. Isso porque, na verdade, a Lei nova convalidou o vício até então apontado pela jurisprudência para esses contratos.

Por fim, ainda quanto ao direito intertemporal, entende-se que o disposto no artigo 43-A da nova Lei, que autoriza a prorrogação da entrega do imóvel em até 180 (cento e oitenta dias), pos-

¹³ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.498.484-DF, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção. Data do Julgamento: 22/05/2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/>> Acesso em: 14/08/2019.

sa incidir sobre os contratos pretéritos, por mais que não houvesse nesses contratos o período de tolerância. Isso porque, para os contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta, a jurisprudência consolidada do STJ já autorizava a prorrogação por até 180 (cento e oitenta) dias contados da data da entrega da coisa, por entender que não se tratava de cláusula abusiva, como acima já foi explicado. Assim sendo, tal discussão se torna inócua, o mesmo podendo ser dito para a taxa de ocupação (também reconhecida pela jurisprudência com cláusula válida), sendo certo que, nesse caso, o magistrado poderá utilizar o percentual da nova Lei como parâmetro para a fixação da aludida taxa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, apesar da jurisprudência consolidada acerca do desfazimento dos contratos de promessa de compra e venda de imóveis na planta, o legislador nacional entendeu por bem regulamentar a matéria em questão.

O projeto de lei do deputado federal de São Paulo Celso Russomanno, convertido na lei em exame, tinha por finalidade gerar segurança jurídica para o mercado imobiliário, uma vez que propunha um percentual definitivo de retenção dos valores pagos – que, na época da proposta do projeto, era de 10% (dez por cento) do valor total despendido.¹⁴

A regulamentação efetuada pela Lei nº 13.786/18 visou tão somente às hipóteses de resolução de contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas integrantes de incorporação imobiliária, bem como abrangeu ainda as resoluções referentes ao parcelamento do solo, regulado pela Lei nº 6.766/79, que não foi objeto de estudo do presente trabalho.

Todavia, como defendido neste texto, conclui-se que é possível estender os efeitos da presente lei às hipóteses de rescisão

14 Entretanto, foram pensados outros projetos de lei ao projeto do deputado Russomanno e o patamar proposto pelo Relator da Comissão de Defesa do Consumidor na Câmara dos Deputados, deputado José Stédile, foi de 25% (vinte e cinco por cento), que seguia o patamar até então praticado pela jurisprudência do STJ. Ocorre que, um ano após esse posicionamento, o relator, atendendo a outros substitutivos, elevou a multa para 50% quando o empreendimento estivesse submetido ao patrimônio de afetação.

unilateral, tendo em vista que, tanto para a jurisprudência sobre o tema como pelo conteúdo da própria lei, o que se examina para saber se a devolução dos valores pagos será integral ou não é a culpa das partes envolvidas quanto ao desfazimento do vínculo jurídico, e não as hipóteses de extinção contratual.

Pode-se também afirmar, apesar da omissão legislativa sobre os sujeitos do contrato, que a lei abrange apenas consumidores qualificados na forma da Lei n.º 8.078/90, e não potenciais investidores que encontram nessas aquisições de imóveis na planta um meio de enriquecimento patrimonial. Isso porque devem se submeter aos riscos do negócio, como ocorre em outras hipóteses de investimento no mercado nacional ou internacional. As razões para se chegar a essa conclusão estão nas origens da nova Lei, que é oriunda da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, e que não admitia a devolução dos valores pagos aos investidores profissionais¹⁵.

Cumpra mencionar que, embora a Lei em comento tenha tido por finalidade garantir a segurança jurídica dos consumidores e incorporadores, conforme se desenhou linhas acima, o texto aprovado e sancionado pelo Presidente da República apresenta diversas lacunas jurídicas que afastam a segurança pretendida, tendo se transformado em um instrumento de proteção exclusiva das incorporadoras do país, que, apesar do importante papel social que desenvolvem para a sociedade brasileira, não necessitavam de um texto tão protetor, com muitas elevadíssimas para o consumidor e prazos para pagamento do percentual a ser restituído a perder de vista para as incorporadoras.

¹⁵ Nesse sentido é o entendimento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n.º 1785802 de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, em julgamento proferido no dia 19/02/2019, senão vejamos: (...) O adquirente de unidade imobiliária, mesmo não sendo o destinatário final do bem e apenas possuindo o intuito de investir ou auferir lucro, poderá encontrar abrigo da legislação consumerista com base na teoria finalista mitigada se tiver agido de boa-fé e não detiver conhecimentos de mercado imobiliário nem expertise em incorporação, construção e venda de imóveis, sendo evidente a sua vulnerabilidade. Em outras palavras, o CDC poderá ser utilizado para amparar concretamente o investidor ocasional (figura do consumidor investidor), não abrangendo em seu âmbito de proteção aquele que desenvolve a atividade de investimento de maneira reiterada e profissional(...). Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=PROMESSA+E+COMPRA+E+VENDA+E+INVESTIDOR&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true> Acesso em 22/07/2019

Por outro lado, pode-se pensar que as lacunas apresentadas na lei e trabalhadas no presente artigo, por não imobilizarem o texto legal, tornam-se um importante instrumento de defesa dos consumidores, que ainda poderão buscar justiça e equidade por meio do Poder Judiciário, que terá a responsabilidade de sanar essas lacunas criadas pela nova Lei, aplicando-se aos casos o Código de Defesa do Consumidor, bem como os artigos 113, 422 e 423 do Código Civil.

Ademais, não apenas em razão das lacunas apontadas, o montante da penalidade imposta pela lei, e a critério da incorporadora, poderá também contribuir para um esvaziamento ainda maior do mercado imobiliário, pois o consumidor, ciente de que perderá, no caso de resolução do contrato por inadimplemento, 50% (cinquenta por cento) do valor pago, acrescido da comissão de corretagem e da taxa de ocupação, poderá vir a entender que é mais interessante alugar um imóvel ou ainda comprar, via financiamento direto, um imóvel já pronto.

Enfim, a lei é nova, os comentários embrionários dos doutrinadores e os apontamentos jurisprudenciais conclusivos sobre a nova lei ainda vão demorar a surgir. Para o momento (e somente o tempo poderá confirmar ou não), as previsões, no nosso sentir, são pessimistas quanto ao sucesso da Lei nº 13.786/18, seja pelo montante da multa ou pelas lacunas da lei, o que invariavelmente é muito ruim para o fomento à moradia, para a economia e para a geração de empregos – o que a nova Lei, na sua origem idealizada, buscou defender.

REFERÊNCIAS

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Aplicação do novo código civil: Direito Intertemporal*. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/9057-9056-1-PB.pdf>

DE FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Reais*. Salvador: Jus Podivm, 2014

MATTOS e SILVA, Bruno; DE OLIVEIRA, Carlos E. Elias. *A recente lei do distrato (Lei nº 13.786/2018): O novo cenário dos*

contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária ou de loteamento (parte 1). Disponível em: <http://www.genjuridico.com.br/2019/01/10/a-recente-lei-do-distrato-lei-no-13-786-2018-o-novo-cenario-juridico-dos-contratos-de-aquisicao-de-imoveis-em-regime-de-incorporacao-imobiliaria-ou-de-loteamento-parte-1/>

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense. 2018

_____. *Reais*. Rio de Janeiro: Forense. 2019

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

SOUZA, Sylvio Capanema de; VASI WERNER, José Guilherme; NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. *Direito do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2018

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em espécie*. Rio de Janeiro: Forense, 2018