

A LEI DO DISTRATO (LEI Nº 13.786/2018) NOS CONTRATOS DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS EM INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Gisele Carolina MENDES¹
Ariane Fernandes de OLIVEIRA.

RESUMO: Recorrente são as ações que envolvem incorporação imobiliária e consumidor, e com a promulgação da Lei nº 13.786, em 27/12/2018, que foi intitulada a Lei dos Distratos, o presente artigo apresentou as consequências para o consumidor diante desta nova lei. Ao que se sabe, o consumidor é considerado vulnerável da relação contratual frente ao fornecedor, e detentor de proteção nos termos do Código de Defesa do Consumidor. Com isto, embasado em doutrinas, jurisprudência e artigos, apresentou os contratos sob a égide da legislação consumerista; além disso, fez uma comparação com a Lei nº 4.591/1964 e a Lei 13.786/2018; e dispôs sobre o distrato e a Lei nº 8.078/1990. Como resultado, encontrou que a nova lei, que até então não tratava sobre o distrato, trouxe condições em que a jurisprudência já vinha em sentido similar, mas demonstram que ela atende aos interesses do lado econômico mais forte da relação, ou seja, a incorporação imobiliária.

Palavras-chave: Lei dos Distratos; Código de Defesa do Consumidor; Incorporação Imobiliária; Contratos; Consumidor.

1 INTRODUÇÃO

Em 27 de dezembro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.786 que modifica as Leis 4.591/1964 e 6.766/1979 que respectivamente dispõe sobre condomínio em edificações e incorporações imobiliárias, e parcelamento do solo urbano.

A disposição da nova lei, intitulada Lei dos Distratos, que advém do Direito Civil, e subsidiariamente cita o Código de Defesa do Consumidor (CDC), visa disciplinar a rescisão bilateral e unilateral por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano.

E assim trouxe o presente artigo, cujo tema é a Lei dos Distratos (LEI nº 13.786/2018) nos contratos de unidades imobiliárias em incorporações imobiliárias,

¹Discente do 10º período do curso de Direito da UniSantaCruz Centro Universitário, de Curitiba-PR gisele.karol@gmail.com. Artigo protocolado no dia 19/11/2020, como Trabalho de Conclusão de Curso para o Curso de Direito da UniSantaCruz Centro Universitário, de Curitiba-PR, sob a orientação da Professora Ariane Fernandes de Oliveira.

que teve sua alteração necessária, uma vez que até então a Lei 4.591/1964 apenas instituía a profissão do incorporador, que no decorrer dos anos ela sofreu algumas alterações, mas ainda assim havia muitas lacunas sobre o tema. Diante disto, ocorreu a criação de diversa jurisprudência, sem um entendimento único, e baseado na análise do caso concreto para a resolução do conflito entre o vendedor e o comprador.

No campo prático a questão é de suma importância, visto que é recorrente nos tribunais ações envolvendo incorporações imobiliárias e consumidores. Sabe-se que, estes ao adquirirem imóveis na planta com pagamento parcelado, muitas vezes caem em inadimplência ou resilem unilateralmente o contrato, devido às parcelas se tornarem desproporcionais ao seu poder aquisitivo. Diante disto, é preciso encontrar um meio termo que não inviabilize o andamento da obra em prejuízo dos demais consumidores, em caso de desistência de um comprador, bem como não se pode permitir o enriquecimento ilícito do fornecedor.

Procurou-se verificar quais as consequências para o consumidor diante da extinção dos contratos de aquisição imobiliária em regime de incorporação frente a Lei nº 13.786/2018. E para demonstrar essas consequências, analisou-se os contratos sobre a égide do Código de Defesa do Consumidor, comparou-se a Lei nº 4.591/64 com a Lei nº 13.786/2018, verificou-se a aplicabilidade da Lei dos Distratos ante a Lei nº 8.078/1990, assim como analisou-se a quem a nova lei atende.

Neste trabalho a metodologia utilizada será de natureza aplicada, visto que a pesquisa está dentro do contexto da Lei nº 13.786/2018. Utilizando-se, dentre outras ferramentas, de: bibliografias, leis e jurisprudência sobre o tema; tem como o objetivo descritivo, que o autor Gil (2017, p. 26) conceitua:

As pesquisas descritivas têm como objetivo a descrição das características de determinada população ou fenômeno. Podem ser elaboradas também com a finalidade de identificar possíveis variáveis. São em grande número as pesquisas que podem ser classificadas como descritiva e a maioria das que são realizadas com objetivos profissionais provavelmente se enquadra nesta categoria.

Diante disso, o artigo terá como objetivo angariar informações sobre o assunto, visto que é uma lei recente, principalmente quanto às consequências que haverá para o consumidor, e assim define uma abordagem qualitativa para o tema.

2 DOS CONTRATOS SOB A ÉGIDE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

2.1 DO CONSUMIDOR E DO FORNECEDOR

Em uma relação contratual entre fornecedor e consumidor, nota-se que há superioridade daquele frente a este, visto que, quem detém o monopólio da matéria prima, oferece o produto ou presta o serviço tem uma posição imperativa frente àquele que apenas irá consumir.

A intervenção estatal se faz necessária para dirimir este desequilíbrio, uma vez que o mercado por si só não consegue, sendo assim uma questão de ordem pública a proteção do consumidor. Para tanto, consta na Constituição Federal de 1988 (CF/88) como um direito fundamental, que traz no seu artigo 5º, inciso XXXII, que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. A saber que a finalidade é a proteção da sociedade vulnerável na relação de consumo.

A defesa do consumidor também é um princípio da ordem econômica e consta na CF/88 no artigo 170, inciso V. O inciso IV do referido artigo menciona a livre concorrência, e ao analisar em conjunto ambos os artigos, Bolzan (2014, p. 40) chega à conclusão que é “plenamente livre explorar a atividade econômica em nosso país, desde que de forma lícita — em respeito, por exemplo, aos demais princípios da ordem econômica”. Ou seja, cabe aos fornecedores ofertarem seus produtos ou serviços, concorrendo uns com os outros, porém não poderão violar os direitos dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC), Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, define consumidor em seu artigo 2º, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Há três teorias que interpretam este dispositivo. A primeira, utilizada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), é a teoria finalista, que analisa sobre a ótica fática e econômica, pois considera que para ser consumidor, independe se é pessoa física ou jurídica, mas necessariamente deverá utilizar o produto ou o serviço como destinatário final, pois para esta teoria não é possível incorporar o mesmo ao seu produto e colocá-lo novamente no mercado.

A segunda teoria é a maximalista, que utiliza da análise fática meramente. Para ela não importa o conceito econômico do bem ou da prestação de serviço, havendo

assim a distinção entre consumidor e fornecedor. Em síntese, o termo vulnerabilidade não se torna importante para esta teoria, pois CDC seria um código para todos os consumidores.

E por fim, a teoria do finalismo aprofundado, também utilizada pelo STJ, que acrescentou a teoria finalista a ideia de vulnerabilidade. Para esta teoria o consumidor é tanto pessoa física ou jurídica; e o produto ou o serviço adquirido devem ter fim de consumo final, sem o fim econômico, que constatado o desequilíbrio contratual na relação consumidor/fornecedor, será regulado pelo CDC. Por certo que a dificuldade em questão é com relação à pessoa jurídica, visto que a pessoa física já demonstra a vulnerabilidade na relação, enquanto a pessoa jurídica deverá demonstrar tal posição para ser detentora de proteção. Como ressalta Theodoro Júnior (2017, p. 8), há a obrigação de “dois elementos para a caracterização de consumidor: i) a destinação fática e econômica do bem adquirido; e ii) a vulnerabilidade de adquirente”.

No inciso I, do artigo 4º do CDC, o legislador reconheceu a vulnerabilidade do consumidor, por meio presunção legal absoluta, como garantia assim de uma relação contratual equilibrada entre as partes. Doutrinadores caracterizam a vulnerabilidade de algumas formas, como: técnica, jurídica ou científica, fática ou socioeconômica, e a informacional.

A vulnerabilidade técnica é quando o consumidor desconhece característica do produto ou serviço, e torna-se vulnerável quanto a ser ludibriado, no que tange às características do bem ou à sua utilidade.

Já a vulnerabilidade jurídica ou científica, falta ao consumidor conhecimento sobre áreas jurídicas, contábeis ou econômicas. Para tanto, a presunção dessa vulnerabilidade para o consumidor pessoa física, independente se profissional ou não, contudo para o consumidor pessoa jurídica, não há presunção, visto que este deve ter conhecimento, ou tem capacidade para consultar um profissional que lhe oriente. Ao menos esta é a presunção legal.

Outrossim, a vulnerabilidade fática ou socioeconômica é vista pelo outro lado da relação contratual, o fornecedor, que detém uma posição de monopólio de um bem ou serviço, e que lhe possibilita um grande poder econômico, e conseqüentemente superioridade frente ao consumidor.

E a vulnerabilidade informacional, é remetida a pouca informação que o consumidor tem sobre o produto ou serviço, ou seja, ele fica numa posição que facilmente é manipulado pelo fornecedor.

A teoria que será neste trabalho adotada é a vulnerabilidade jurídica ou científica diante da relação contratual, a saber, que como fornecedora está a incorporação imobiliária, com forte poder econômico, e do outro lado o consumidor final, que utilizará o bem adquirido para seu consumo, sem qualquer fim econômico, e com isso o vulnerável na relação.

Em consonância com a relação de consumo, está no outro polo o fornecedor, conforme já descrito, que tem uma definição disposta no art. 3º do CDC, que diz que ele

é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

Esta definição se mostra ampla, visto que o legislador englobou um grande número de pessoas neste polo. “Na verdade, o que interessa mesmo na caracterização do fornecedor ou prestador é o fato de ele desenvolver uma atividade, que vem a ser soma de atos coordenados para uma finalidade específica” (TARTUCE, 2020, p. 64).

A saber, que o fornecedor não precisa estar na figura do art. 966 do Código Civil de 2002 (CC), além de promover atividades profissionais que esteja abarcada para o fim que foi constituído, ele também tem a necessidade de desenvolver a atividade com certa habitualidade.

Posto isto, cabe mencionar a figura do fornecedor por equiparação, haja vista que, para a proteção do consumidor, há responsabilidade solidária de todos os fornecedores que participam da cadeia de fornecimento de produtos ou prestação de serviço, de acordo com o parágrafo único do art. 7º do CDC.

2.2 DAS CLÁUSULAS ESPECIAIS DOS CONTRATOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A ideia de contrato em si vem sendo delineada desde a época de Roma, advindo de costumes, ética, bem como de uma imposição da economia, que se molda

a cada época, de acordo com as necessidades, e de uma eventual evolução da sociedade industrializada.

O autor Pereira (2018, p. 34) conceitua contrato como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos”. Deve o contrato ser formado entre duas ou mais pessoas, com expresse consentimento recíproco ou acordo de vontades. Além disso, deve conter os requisitos de validade de ordem geral, que são frequentes aos atos e negócios jurídicos, e constam no art. 104 do CC, como: agente capaz, a licitude do objeto, a possibilidade do mesmo, e que este seja determinado ou determinável. Lembrando que, caso não esteja expresse em lei, não há uma forma específica para convencionar um contrato.

Os contratos passaram pela concepção clássica, na qual eram determinados pela autonomia da vontade dos indivíduos, como era no Código Civil de 1916; para uma concepção mais igualitária, social, e com a consequente intervenção do Estado, que é a concepção atual do CC.

Em uma visão ainda mais social, de equilíbrio das relações entre consumidor e fornecedor, estão os contratos amparados pelo CDC, pois demandam proteção do Estado, que conforme já visto, regulam conflitos envolvendo uma parte considerada fraca e vulnerável, e outra que compõe o lado forte economicamente da relação. A legislação consumerista traz direitos aos consumidores e deveres aos fornecedores com o intuito de equilibrar a relação entre eles, “em especial dos deveres anexos de informar, de cooperar, de tratar com lealdade e com cuidado o consumidor no momento de formação dos contratos” (MARQUES, 2019, p. 812). Com isso, o resultado alcançado é de um consumidor consciente, racionalmente falando, para tonar o contrato válido, e assim passam a surtir seus efeitos.

Os contratos de consumo são regidos pelo princípio da transparência e o princípio da boa-fé, que influenciam desde o primeiro contato, o início da negociação, até a preparação do contrato.

De acordo com o STJ:

O direito à informação, no Código de Defesa do consumidor, é corolário das normas intervencionistas ligadas à função social e à boa-fé, em razão das quais a liberdade de contratar assume novel feição, impondo a necessidade de transparência em todas as fases da contratação: o momento pré-contratual, o de formação e o de execução do contrato e até mesmo o momento pós-contratual. (REsp 1.188.442/RJ, rel Min. Luis Felipe Salomão, 4.^a T., j. 06.11.2012, DJe 05.02.2013)

A transparência está estabelecida no art. 4º, *caput*, do CDC, e demonstra que o fornecedor tem o dever de informar o consumidor de forma precisa, demonstrando a verdade, com entendimento fácil, sem excessos, de simples compreensão, como também em língua nacional. Em síntese, toda a informação ou publicidade, que for disposta ao consumidor final sobre o produto ou serviço, e as condições do contrato, cabem ao fornecedor, sob pena de responsabilização de inconsistência de informação, que está regulado no art. 20 do referido código. Nesta situação, inclusive, tem o consumidor a opção exigir o cumprimento forçado da obrigação, em conformidade com o art. 35, inciso I, do CDC.

Ainda, em seu art. 46, ficam os consumidores desobrigados se previamente não lhes forem informados sobre o conteúdo dos contratos. Cabe ao fornecedor tal incumbência, que ao mesmo tempo é sancionado pela desinformação, tornando a relação contratual ineficaz; e em contrapartida o art. 30, continua a obrigá-lo, por força da oferta, haja vista, que ele deve oportunizar a informação. Esta, adequadamente repassada ao consumidor, supre suas expectativas e o torna apto a adentrar numa relação contratual.

O princípio da boa-fé nas relações de consumo está intrinsecamente no *caput* do art. 4º do CDC, quando este descreve “harmonia das relações de consumo”, a qual é fundamentada na boa-fé entre os participantes.

Os reflexos deste princípio nas relações entre consumidores e fornecedores na legislação consumerista, de acordo com Marques (2019, p. 905), se dão com a publicidade e as práticas comerciais, que vistas sob o prisma do contrato, advêm antes deste. E o direito ao arrependimento, que é um elemento do contrato pronto.

A publicidade está regulada na seção III do capítulo V, que se trata das práticas comerciais no CDC. Ela é entendida por este, como a influência direta ou indireta feita ao consumidor, com o fim que ele adquira o produto ou serviço através de informação ou comunicação. Cabe assim, ao fornecedor respeitar os princípios básicos da parte vulnerável da relação, visto que é um direito essencial do consumidor “a proteção

contra publicidade enganosa e abusiva”, conforme preceitua o art. 6º, inciso IV, do código em questão.

O CDC ainda diferencia publicidade enganosa da abusiva em seu art. 37. A enganosa, diz respeito ao fornecedor não poder levar ao erro a parte vulnerável da relação, ainda que por omissão. Já a abusiva, não poderá aquele ferir valores da coletividade, uma vez que não cabe apenas a proteção econômica, mas também a física e moral.

A legislação consumerista traz em seu art. 38, último artigo da seção em questão, que “O ônus da prova da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária cabe a quem as patrocina”. Por certo que o fornecedor poderá ser sancionado civilmente, administrativamente e penalmente, mas especificamente no CDC, as sanções de ilícitos com relação a publicidade estão dispostos nos art. 67, 68 e 69.

Seguindo, na próxima seção do CDC, estão as práticas abusivas, que por certo visam à proteção do consumidor. Há uma lista exemplificativa no art. 39, que vedam diversas práticas. Um exemplo, seria a venda casada, disciplinada pelo inciso I, da qual um consumidor que faz um financiamento habitacional e o fornecedor impõe que o seguro, decorrente de cláusula contratual, seja contratado por seguradora do mesmo grupo que este pertence. É inegável que na situação há desvantagem nas condições de negociação, porque mesmo sendo necessária a aquisição do seguro, pode ele ser contratado por outra seguradora e não a imposta. Para tanto, é resguardado a parte vulnerável reparação de danos patrimoniais e morais, como traz inciso VI, do art. 6º.

Ainda no sentido de assegurar a boa-fé, está o direito ao arrependimento, que é salvaguardado ao consumidor expressar sua vontade num prazo de sete dias à desistência do contrato que “ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”, de acordo com o art. 49 do CDC. O prazo contará da assinatura ou do recebimento do produto ou da prestação do serviço. Tal arrependimento é visto quando, por exemplo, o vendedor oferta um produto no domicílio do comprador, que se encontra sozinho, e, portanto está numa posição de vulnerabilidade; bem como, a situação impossibilita a produção de provas em caso daquele aplicar técnicas persuasivas para efetivar a venda.

A rescisão unilateral do contrato desconstituirá o vínculo, e em consequência a relação contratual retornará ao *status* anterior, devendo o fornecedor devolver os

valores recebidos, corrigidos monetariamente, consoante ao parágrafo único do artigo em questão.

Tanto quanto a fase antecedente ao contrato é de suma importância, a fase da execução do contrato também cabe proteção ao consumidor pela legislação consumerista; e para esta cabe destaque aos princípios da equidade contratual e princípio da proteção de confiança.

o CDC não instituiu somente um novo controle formal dos contratos de consumo, controle da manifestação da vontade livre e refletida, mas instituiu também um controle do conteúdo dos contratos de consumo, controle da equidade de suas cláusulas de prestações e contraprestações, dos direitos e deveres dele resultantes, controle que será exercido pelo Poder Judiciário, com a ajuda do Ministério Público e das entidades de proteção ao consumidor. (MARQUES, 2019, p. 1005-1006)

O equilíbrio contratual pode ser verificado no CDC, quando nele, é determinado expressamente as cláusulas abusivas, porque elas são nulas de acordo com o art. 51, inciso IV, pois são opostas a boa-fé e a equidade.

Os contratos de consumo devem ser interpretados de acordo com o art. 47, ou melhor, em benefício ao consumidor, em consonância com o princípio da boa-fé. Para atingir este favorecimento impõe-se o emprego de diálogo de normas, com o intuito de suprimir lacunas na Lei, como também nos contratos, conforme preceitua o art. 7º.

O fornecedor pode não ter a intenção de praticar tais cláusulas, nem as redigi-las, e até mesmo ser aceitas pelo consumidor, quando assina o contrato, mas a simples ameaça do desequilíbrio contratual advindo de abusividade de direito, caberá interpretação, pelo Poder Judiciário, favorável ao consumidor. Como consequência do reequilíbrio da relação contratual poderá esta retornar ao estado anterior, visto que contraria as normas de ordem pública, protegidas pelo CDC.

Por fim, o princípio da proteção de confiança, protege as expectativas que o consumidor cria ao firmar o contrato junto ao fornecedor. Vale lembrar, que o Código de Defesa do Consumidor resguarda a relação contratual, ou melhor, adequa o contrato de acordo com as expectativas do consumidor, e bem como protege a confiança depositada na segurança do produto ou do serviço adquirido.

Em suma, com a massificação dos contratos, onde eles passaram a serem pré-elaborados unilateralmente, juntamente com a diferença de força econômica entre as partes do contrato, consumidores e fornecedores, teve-se a necessidade de aplicação de cláusulas especiais aos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor,

a saber, da proteção do Estado para com os fracos e vulneráveis da relação contratual.

2.3 DOS CONTRATOS DE ADESÃO

O contrato de adesão está contemplado em um artigo específico na Lei 8.078/1990. O art. 54, que traz a sua definição, e as regras que devem ser obedecidas. Ele visa proteger o vulnerável contratual, o consumidor, de cláusulas determinadas por quem oferece o bem ou o serviço, no caso o fornecedor, sem que aquele possa discuti-las ou modificá-las, seja este um órgão público ou privado.

Neste tipo de contrato não há plena negociação do conteúdo pelas partes, visto que o consumidor pela necessidade do bem ou do serviço, se submete as cláusulas já pré-definidas pela outra parte contrária da relação contratual. Ademais, em conformidade com o §1º do referido artigo, a incorporação de cláusulas, sejam elas manuscritas ou impressas, não o descaracteriza. Neste caso, prevalecerá à cláusula convencionada entre as partes, daquelas que apenas foram impostas.

Quanto à cláusula resolutória, exposta no §2º do art. 54, diz respeito ao fim do contrato de adesão. Nesta hipótese, uma vez pactuada, caberá ao consumidor exclusivamente a sua incidência ou não ao negócio. Além deste fator, a parte final do parágrafo obriga o fornecedor à devolução das parcelas já pagas, corrigidas monetariamente, com o desconto dos prejuízos que aquele causar, bem como a vantagem econômica obtida pelo uso da coisa.

Ainda, determina o CDC no §3º que “Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”. Os “termos claros” se remetem aos de fácil compreensão, sem palavras abreviadas, nem tão pouco com linguagem técnica e obscura. Já os “caracteres ostensivos” são com relação às letras pequenas, que atrapalham a leitura do contrato, e não devem ser menor que o tamanho doze. Além disso, o consumidor quando ler o contrato deve compreendê-lo, ou seja, ele deve ter cláusulas legíveis, em conformismo com os princípios do Código, como o princípio da legibilidade das cláusulas contratuais.

O último parágrafo descreve sobre as cláusulas limitativas dos direitos dos consumidores nos contratos de adesão. Não há, no entanto, uma definição de como estas cláusulas devem ser regidas, mas é responsabilidade do fornecedor que informe a parte vulnerável sobre elas, proporcionando acesso e evidência que lhe cabe, ou seja, deverá mostrá-la e explicá-la.

O fato de a cláusula restritiva estar no meio de outras, em negrito, não é suficiente para se atender à exigência do Art. 54, § 4º, do CDC. A lei não prevê - e nem o deveria - o modo como tais cláusulas deverão ser redigidas. Assim, a interpretação do Art. 54 deve ser feita com o espírito protecionista, buscando sua máxima efetividade. (REsp 774.035/MG, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, 3ª T., j. 21.11.2006, DJe 05.02.2007)

Ademais, importante frisar que a cláusula limitativa deverá ser informada antes do contrato ser celebrado, uma vez que mesmo que ela venha a ser imposta posteriormente, e do desconhecimento do consumidor, ela não será válida. Lembrando que é dever do fornecedor proporcionar ao consumidor a devida informação, bem como cumprir as devidas características do contrato de adesão.

Do exposto, ressaltasse que nem todo o contrato de consumo é de adesão, assim como, nem todo contrato de adesão é de consumo. Como exemplo, é possível verificar que um consumidor que vai até uma loja comprar um automóvel. Ele negocia, escolhe, pactua o valor, faz imposições, e discute os termos do contrato; nota-se que não é um contrato de adesão, mas é um contrato de consumo, visto que ele é consumidor para a legislação consumerista. Já o mesmo consumidor, que contrata um seguro para seu automóvel, que a faz por telefone, aceita a proposta de valores que recebeu por e-mail, e recebe o contrato após, juntamente com o boleto de quitação; mostra-se claramente um contrato de adesão.

3 A LEI Nº 4.591/1964 E A LEI Nº 13.786/2018

3.1 DA LEI Nº 4.591/1964

A Lei nº 4.591/1964 trata a respeito do condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias, a saber, que esta é o foco do presente artigo. Na Lei em questão, elas estão disciplinadas a partir do título II, que traz em seus capítulos, dentre as outras disposições, direitos e obrigações.

Segundo Aghiarian (2015, p. 273) a justificativa da criação da lei, é

em face da necessidade de regulamentar a atividade a que dá nome, estabelecer a personalização da pessoa a quem se incumbirá a qualificação de incorporador, assim como, após individualizá-lo ou personalizá-lo, poder definir o seu limite de responsabilidades, em face de diversos aderentes aos empreendimentos sob sua coordenação e iniciativa.

Nas disposições gerais da Lei consta a definição de incorporação imobiliária no parágrafo único do art. 28, que a considera como “a atividade exercida com o intuito de promover e realizar a construção, para a alienação total ou parcial, de edificações ou conjuntos de edificações compostas de unidades autônomas”. Para tanto, o art. 29 caracterizou o incorporador como sendo empresário, no entanto no art. 31 destinou a iniciativa e a responsabilidade ao proprietário do terreno, ao construtor, e ao corretor de imóveis. Outrossim, deve ocorrer o compromisso ou a venda em si das unidades imobiliárias, bem como a entrega destas devidamente regularizadas aos adquirentes, quando concluídas.

Os direitos e obrigações do incorporador estão descritos nos artigos 32 a 47, nos quais já ocorre obrigação por parte deste na fase pré-contratual. Nesta fase caberá a ele o devido registro do Memorial da Incorporação Imobiliária, no qual, em conformidade com o art. 32, deverá ser arquivada, no cartório Registro de Imóveis que pertence o imóvel, uma relação de documentos que é taxativa no artigo.

É certo que os documentos em apreço são relevantes, pois nortearam do contrato de compra e venda até o seu cumprimento. Ademais, o Memorial gera segurança jurídica ao promissário adquirente, porque na falta do registro da documentação poderá este solicitar a rescisão contratual, com a devida indenização.

Dos fatos até agora apresentados, cabe atenção à responsabilidade do Oficial de Registro de Imóveis, que analisará toda a documentação, sob pena de responder civil e criminalmente. Com o parecer favorável do Oficial, o incorporador receberá uma certidão com o registro da incorporação, que será válida por 180 (cento e oitenta dias). Embora, possa o prazo ser revalidado por igual período, em caso de não concretização da incorporação, caberá a apresentação da documentação atualizada ao mesmo cartório, passando pelo mesmo processo inicial, para então poder negociar as unidades que ainda não foram vendidas.

Além disso, na alínea “n” do referido artigo, o incorporador pode fixar um prazo de carência improrrogável também de 180 (cento e oitenta) dias que, poderá o

incorporador imobiliário desistir do empreendimento. Para tanto, na declaração deverá estar expresso às condições que autorizam a desistência; assim como, nas promessas de venda, por exemplo, obrigatoriamente, constarão a carência. A saber, que se a desistência ocorrer, deverá o incorporador denunciar ao respectivo cartório de Registro de Imóveis, e comunicar aos promissários adquirentes por escrito, visto que se não o fizer arcará com as devidas responsabilidades. Já as restituições dos valores já pagos pelos adquirentes, terá o incorporador 30 (trinta) dias da denúncia para fazê-las.

Quanto à celebração dos contratos com os adquirentes, passado o prazo de carência, quando o tiver, a Lei nº 4.591/64 no art. 35, define o prazo de 60 (sessenta) dias. Mesmo prazo também é utilizado para o contrato de construção e da Convenção do condomínio, que até então fora protocolado uma minuta. Em vistas desta obrigação, o incorporador sofre penalidade de uma multa de 50% sobre a quantia que recebeu do adquirente, em caso de descumprimento, que pode ser cobrada via ação executiva. Além deste fator, a lei obriga, no art. 67, o incorporador a arquivar no cartório de Registro de Imóveis o contrato-padrão autenticado, que conterà todas as cláusulas comuns a todos os adquirentes.

Ainda, com relação ao contrato de construção, deverá estar expresso quem são os responsáveis pela retribuição financeira pelos serviços prestados oriundos da construção. Para tanto, importante ressaltar, que as unidades que não tenham sido alienadas, são de responsabilidade do incorporador, prevenção que a Lei quis fazer para evitar o enriquecimento sem causa, pois se não fosse assim, as incorporadoras venderiam após certo tempo as unidades, por um valor maior, e ficando para si os lucros. Além desse fator, onera os adquirentes que já contribuem, e em consequência encarece estas unidades.

Segundo o art. 43, “Quando o incorporador contratar a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis, mesmo quando pessoa física”, o incorporador deverá seguir algumas normas, como: informar aos adquirentes de seis em seis meses do andamento da obra; o incorporador responderá civilmente, com a devida indenização pelo retardamento injustificado da obra; quando da falência do incorporador, os adquirentes serão credores privilegiados no processo de falência; não pode o incorporador alterar unilateralmente o projeto quanto às unidades adquiridas; salvo estipulado no contrato, o incorporador não pode modificar o que foi pactuado sobre condições de pagamento, nem tão pouco reajustar o preço das

unidades; e, em caso de paralisação da obra por mais de 30 (trinta) dias, sem a comprovação da causa, poderá o juiz, a requerimento de qualquer interessado, notificá-lo para continuar a mesma, inclusive ser destituído do cargo, quando da negativa.

Ainda cabe obrigação ao incorporador, em consonância com o art. 44, quando finalizar a obra, após a autoridade administrativa conceder o “habite-se”, requerer “a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades”. Caso não seja cumprida esta exigência, aquele arcará com perdas e danos frente ao adquirente, e ainda solidário o construtor nesta incumbência, sofrendo as mesmas penalidades. Entretanto, se ambos não cumprirem a averbação poderá ser reclamada pelos adquirentes.

Em concordância com as obrigações do incorporador, as infrações estão dispostas no Capítulo IV da Lei nº 4.591/64, além das já explanadas, as que forem contra os dispositivos constantes neste capítulo, sofrerão as devidas penalidades. Destas infrações destacam-se as “contravenções relativas à economia popular”, no qual o incorporador será punido “por afirmação falsa ou por omissão dolosa das condições econômicas do condomínio e fatos e circunstâncias do interesse dos adquirentes” (PEREIRA, 2018, p. 221).

Em suma, quis a Lei das incorporações imobiliárias instituir a profissão de incorporador, que até então não havia regulação, e este agia no mercado imobiliário conforme lhe fosse mais vantajoso. O legislador teceu vários artigos que regulou a profissão deste, mas pouco se falou do adquirente, contudo, subsidiariamente a Lei especial, está o Código Civil, no qual o contrato bilateral observa à obrigação de ambas as partes, portanto caberá ao adquirente cumprir todas as obrigações contratuais. E de igual forma, englobará o Código de Defesa do Consumidor quando preencher os seus requisitos.

3.2 DAS ALTERAÇÕES COM A LEI DO DISTRATO

A Lei nº 13.786 de 27 de dezembro de 2018, intitulada a Lei dos Distratos, alterou as Leis nº 4.591/1964 e 6.766/1979, que tem por objetivo principal “a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”. Para o presente artigo apenas a Lei

sobre incorporações imobiliárias, a Lei nº 4.591/64, que será estudada, visto que a Lei nº 6.766/79 dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Em conformidade com o §4º do art. 54 do CDC, o primeiro artigo adicionado na Lei nº 4.591/64 foi o nº 35-A, que dispõe que os contratos de compra e venda iniciarão com o quadro-resumo. Neste, em consonância com as cláusulas do contrato, deverá conter todas as disposições necessárias que facilite a compreensão do consumidor sobre a aquisição que está fazendo, dentre as quais as consequências em caso de inadimplemento são as de maior ocorrência.

Segundo Chalhub (2019, p. 174), a exigência do quadro-resumo nos contratos em questão, é em cumprimento das obrigações ante “às relações de consumo, tendo sido justificada ‘para conferir mais transparência ao ambiente contratual e aumentar a segurança jurídica das relações obrigacionais’”. Nele deverá conter, de acordo com os incisos de I a V do art. 35-A: o preço do imóvel, a forma de pagamento, o valor e condições do corretor de imóveis, e os índices de correção monetária devidos no contrato.

Também deverá trazer “as consequências do desfazimento do contrato”, de acordo com o inciso VI, “com destaque negrito para as penalidades aplicáveis e para os prazos para devolução de valores ao adquirente”. Em complemento, o §2º do referido artigo obriga o vendedor, a redigir as cláusulas com relação ao desfazimento do contrato conforme o CDC, e nelas, em específico, deverá colher assinatura do comprador; para que assim as consequências, sejam do distrato, ou resolução, possam surtir seus efeitos.

Ainda, constarão no quadro-resumo as taxas de juros aplicadas aos contratos. E, mais uma vez menciona o CDC no inciso VIII, que traz a obrigatoriedade do adquirente poder exercer seu direito de arrependimento, quando o contrato é firmado “em estandes de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial”. O legislador deixou clara a condição resolutiva e especificou a forma em que ela se dará, como o art. 49 do CDC.

Nos incisos que se seguem trazem incumbência ao incorporador de trazer no quadro o prazo que o adquirente tem para quitar as obrigações “após a obtenção do auto de conclusão da obra” (IX). Além disso, “as informações acerca do ônus que recaiam sobre o imóvel” (X), os dados do registro do memorial da incorporação, e prazo de entrega do imóvel.

Por fim, o §1º do art. 35-A dispõe que, por iniciativa do comprador, se não forem cumpridas as exigências do quadro-resumo, terá o incorporador o prazo 30 (trinta) dias para sanar a omissão, e se não o fizer, dará justa causa para que o adquirente rescinda o contrato de compra e venda.

Outro artigo inserido pela lei nova é o nº 43-A, que trata do prazo de tolerância de 180 (cento e oitenta) dias pactuado para a entrega da obra após a data prevista no contrato. Já havia jurisprudência pacificada sobre o tema, como a edição da Súmula 164 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) que traz: “É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para a entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível”.

Após o prazo de tolerância, o adquirente, desde que não tenha dado causa, em conformidade com o §1º, poderá solicitar a resolução do contrato, na qual caberá ao incorporador devolver, no prazo de 60 (sessenta dias), a totalidade dos valores pagos, assim como a multa e a devida correção dos valores segundo os índices, pactuados no contrato.

Quando o comprador não quiser resolver o contrato, caberá a ele lucros cessantes de 1% (um por cento) sobre o valor que de fato foi pago ao incorporador, de acordo com o §2º. Até então, a jurisprudência era pacífica no sentido que a indenização deveria ser sobre o valor atualizado do contrato, e com a Lei dos Distratos impôs de forma diversa. Posição esta constante no REsp 1582318/RJ.

O último artigo inserido é o nº 67-A que trata dos efeitos do distrato ou quando da resolução por inadimplemento do adquirente do contrato pactuado com o incorporador. Aquele terá direito ao ressarcimento das quantias pagas a este atualizadas com os índices constantes no contrato, porém com a dedução da comissão de corretagem. A lembrar que para tanto ela deverá estar expressa no quadro-resumo, de acordo com o inciso III, do art. 35-A.

Além disso, será deduzido a pena convencional não superior a 25% (vinte e cinco por cento) do que foi pago, independente do incorporador alegar prejuízo, conforme traz o §1º. Até então a jurisprudência tratava como percentual de retenção e não pena convencional, e dependendo o caso concreto estipulava o percentual de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento).

Em concomitância com as deduções que serão impostas, se adicionará os impostos reais que incidiram sobre o objeto do contrato, bem como as demais taxas

e encargos que recaírem sobre imóvel, como a taxa de condomínio. Inclusive, um percentual de fruição de 0,5% (cinco décimos por cento). Este adicional se dará quando o adquirente efetivamente receber do incorporador a entrega das chaves e o adquirente tomar posse do imóvel, segundo o §2º e seus incisos.

Interessante destacar, que de acordo com o §9º, quando o adquirente encontrar um novo comprador ficará desincumbido da cláusula penal constante no contrato, desde que este se “sub-rogue nos direitos e obrigações” que aquele assumira.

Mesmo diante dos novos artigos, que alterou uma Lei de 4.591/1964, ainda caberá à jurisprudência direcionar sobre os assuntos que os envolvem, assim como dispor sobre algumas lacunas e verificar caso a caso. Já há algumas críticas doutrinárias, como o caso dos lucros cessantes, pois para Fioranelli *et al* (2019, p. 55) não há reparação total para o adquirente, pois se este é “indenizado apenas pelo que pagou – e mais não pagou porque não foi entregue o imóvel nem sua documentação para o financiamento – haverá reparação apenas parcial”.

Outra crítica é sobre a isonomia entre o inadimplemento do comprador e do vendedor. No caso deste, a indenização é sobre o que foi efetivamente pago caso ele não cumpra o prazo de entrega do imóvel após os 180 (cento e oitenta dias) estipulados. Já o comprador, em caso de inadimplemento e fruir do imóvel, lhe caberá um percentual sobre o valor do contrato atualizado. O que demonstra uma discrepância por parte do legislador ao dispor sobre a forma de indenização para o adquirente, visto que a jurisprudência já era pacífica no sentido que a indenização dos lucros cessantes seria sobre o valor do contrato atualizado.

Por fim, cabe ainda destacar, que a Lei nº 13.786/2018 alcançará apenas os contratos pactuados após 27/12/2018.

APELAÇÃO. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO CONTRATUAL. LEI DE REGÊNCIA. Irretroatividade da Lei 13.786/2018, cuja aplicação se restringe aos contratos celebrados após a sua vigência. RETENÇÃO DE VALORES. RESCISÃO CONTRATUAL. RETENÇÃO DE VALORES. Descabimento. (APL. 1017325-24.2017.8.26.0309/SP, rel Des. Rosângela Telles, 2.ª Câmara de Direito Privado, j. 20.03.2020, DJe 20.03.2020)

Este entendimento está em conformidade com o inciso XXXVI, art. 5º da Constituição Federal de 1988 e o art. 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, nos quais dispões que a nova lei, que tem eficácia imediata a todos, deve respeitar o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

4 O DISTRATO E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

4.1 DA NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 13.786/2018 ANTE AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Lei nº 13.786/2018 é expressa quanto à aplicação do CDC em alguns momentos no decorrer do seu texto, desta forma quis o legislador proteger o consumidor diante da relação com o incorporador. No entanto, Fioranelli *et al* diverge de alguns pontos e traz que a Lei dos Distratos não se aplica aos contratos que se enquadram ao CDC, porque ela

ofende não só a natureza da Cláusula Penal, mas a evolução do Direito Contratual, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, amputando o papel do Estado como mediador e juiz na resolução dos conflitos e desatende as determinações da Lei Complementar nº 95/98, além de violar os princípio constitucional da Defesa do Consumidor. (FIORANELLI *et al*, 2019, p. 59)

O primeiro apontamento feito pelo autor é da não incidência do direito ao arrependimento nos contratos de imóveis na planta, com fundamento num autor do anteprojeto do CDC, que exclui os bens imóveis deste direito; e um julgado de 1995 do STJ, que traz a mesma ideia.

Este direito está previsto no art. 35-A na Lei dos Distratos e remete ao art. 49 do CDC. Vale lembrar, que o direito ao arrependimento, junto ao CDC, dispõe sobre a possibilidade do consumidor não prosseguir com o contrato, num prazo de até 7 (sete) dias da sua assinatura ou do recebimento do produto ou serviço, “sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio”. Já a Lei nº 13.786/18 traz que “em todos os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador ou do estabelecimento comercial”.

Não obstante, as doutrinas atuais, que tratam sobre as relações de consumo, apenas refere-se ao fato de que os contratos devem ser firmados “fora do estabelecimento comercial”. De qualquer forma, sempre que presente os requisitos da relação de consumo, a regra é a aplicação do CDC. Em complemento Gomide, (2019, [s/p]) expõe que, embora a nova lei não faça distinção, as empresas deveriam

ficar de fora deste direito. Em concordância com a jurisprudência e a legislação, quanto à destinação final do bem.

Outra crítica do autor é com relação a prejudicial disposição sobre a corretagem, uma vez que esta é paga pelo comprador, e deveria ser absorvida pelo incorporador, porque é este quem contrata o corretor, em conformidade com o art. 724 do CC. Ao contrário disto, já era sedimentado na jurisprudência e a nova Lei veio em concordância com tal entendimento, e dispôs que quem deve arcar com o pagamento do corretor é o adquirente. A saber, que o fornecedor tem o dever de informação, e deve prestar todos os esclarecimentos ao consumidor.

Com relação à ofensa da Cláusula Penal, que decorre de uma estipulação contratual em caso de inadimplência; o fato é que não há disposição contrária quanto à aplicação da mesma, desde que esta não seja excessiva ao comprador. Ademais, o percentual disposto na Lei dos Distratos ultrapassa os dispostos no CC e o CDC, que estipulam cláusula penal moratória de até 2% (dois por cento).

Como já exposto, o percentual de retenção que vinha sendo estipulada de acordo com a jurisprudência era de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento), e com a nova Lei passou para um percentual fixo de até 25% (vinte e cinco por cento).

Para Fioranelli *et al* (2019, p. 63) é um retrocesso ao Direito Contratual, pois fere “os princípios da função social do contrato, da boa-fé e do equilíbrio do contratual”. Sabe-se que não estamos mais na concepção clássica, na qual os contratos eram determinados pela autonomia da vontade dos indivíduos. Por outro lado, cabe ressaltar que a fixação é de “até 25%”, e de acordo com o caso concreto, pode o juiz estipular o percentual devido. Além deste fator, o §13º, do art. 67-A da Lei dos Distratos, traz que as partes podem pactuar de maneira diversa, que em comum acordo, podem chegar a uma porcentagem até o teto fixado.

Fato este que também colide com a afirmação do autor quando diz que a Lei nº 13.786/2018 vai contra ao dispositivo do art. 5º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), que dispõe: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Segundo ele, a Lei está em desacordo com os direitos do consumidor e jurisprudência, além de limitar as decisões do Poder Judiciário, porém ainda assim caberá ao juiz à decisão ante ao caso concreto, como determina o art. 413 do CC, uma norma de ordem pública, assim como será aplicada diante de uma relação de consumo.

Quanto às disposições não atendidas da Lei Complementar 95/98, que trata da elaboração, da redação, da alteração e da consolidação das leis, para Fioranelli *et al* (2019, p. 65), a Lei dos Distratos não atende as disposições do inciso I do art. 3º, uma vez que nela não há a indicação do âmbito de aplicação. Com isto, ela se torna prejudicada e deve ser utilizada de forma excepcional, conforme determina o art. 5º da LINDB, “porque sua aplicação viola os princípios da boa-fé do equilíbrio e da função social do contrato”.

Para estar de acordo com a nova regra deveria modificar o art. 53 do CDC, assim como estabelecer de forma específica o âmbito de atuação nas relações de consumo, conforme determina o art. 7º, inciso III da Lei Complementar 95/98. Além disso, uma vez que não revoga expressamente o art. 53 do CDC, em conformidade com o art. 9º, da Lei Complementar 95/98, não poderá surtir efeitos em contratos abrangidos pelo CDC.

Por fim, a violação constitucional da defesa do consumidor. Vale lembrar, que a defesa do consumidor é um direito fundamental e uma garantia da ordem econômica, conforme previsto no CF/88, e com isto o consumidor tem proteção frente ao fornecedor. Estes fatos tornam o CDC uma Lei principiológica e hierarquicamente superior, devendo as leis que tratem especificamente de uma matéria, estar em consonância com ela. Portanto, para implantar novas regras que estejam em desacordo com as dispostas no CDC, caberá ao legislador fazer alterações nela.

Para Fioranelli *et al* (2019, p. 68 e 69), além de descumprir o art. 4º do CDC, que trata da Política Nacional de Relação de Consumo, também não atende ao disposto no art. 6, inciso V, quanto ao direito básico do consumidor de modificar as cláusulas contratuais quando da desproporcionalidade destas; e no art. 51, das cláusulas abusivas que são consideradas nulas pela legislação consumerista.

Em complemento Martins-Costa (2018, p. 325) traz que “O caráter geral do princípio do equilíbrio nas relações de consumo exprime as possibilidades revisiva e invalidante do conteúdo contratual quando <<abusiva>> a cláusula em desfavor da parte que, dada assimetria contratual, a ela está sujeita”. Portanto, sempre que presentes os requisitos do CDC na relação comprador/vendedor é necessário analisar caso a caso para que seja verificado se não há abusividade, e em caso de haver cláusulas que se encaixem neste perfil, que as mesmas sejam revistas e analisadas em favor do consumidor, pois como se sabe, o fornecedor está em posição de vantagem econômica; e, além disso, é um Contrato de Adesão.

Mesmo diante das inconsistências da Cláusula Penal, da LINDB, da Lei Complementar 95/98, e do princípio constitucional da defesa do consumidor, que foram dispostos acima, caberá ao Poder Judiciário julgar o caso concreto, em concomitância com o diálogo das fontes, para que se encontre uma solução justa para ambas as partes. Ademais, não pode o fornecedor sofrer um prejuízo que venha a prejudicar o empreendimento, no qual há outros consumidores com expectativas; no entanto, não pode o consumidor vir a sofrer penalidades que vai contra a própria legislação consumerista.

4.2 DA JURISPRUDÊNCIA E A LEI DO DISTRATO

Em uma análise jurisprudencial junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), verificou-se que ainda não há casos julgados, até o presente momento, que se enquadrem na Lei dos Distratos, pois ela não deve ser aplicada a contratos anteriores a ela. Por outro lado, há similaridades com os parâmetros legais da nova lei, que já eram entendimento consolidado na jurisprudência, e se mantêm nos julgados recentes.

O acórdão abaixo é um exemplo:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS. PEDIDO DE RETENÇÃO DAS ARRAS. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM A CLÁUSULA PENAL. COMISSÃO DE CORRETAGEM. CLÁUSULA ABUSIVA. APLICAÇÃO DO ART. 53 DO CDC. DISCUSSÃO QUANTO AO PERCENTUAL DE RETENÇÃO EM RAZÃO DA RESCISÃO. PERCENTUAL DE 25% ESTABELECIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1723519/SP. ADEQUAÇÃO. LEI Nº. 13.786/2018. NÃO APLICAÇÃO. CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PARTES ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI DO DISTRATO. SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE PARA MAJORAR O PERCENTUAL DE RETENÇÃO PARA 25% DOS VALORES PAGOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DISTRIBUIÇÃO PROPORCIONAL DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (APL. 0014709-57.2018.8.16.0044, rel Des. Nilson Mizuta, 5ª Câmara Cível, j. 23.06.2020, DJe 23.06.2020)

Na apelação cível foram encontrados os requisitos para uma relação de consumo, e com isto foi aplicado o CDC, e a cláusula que previa a retenção dos valores que haviam sido pagos, foi considerada nula, pois é abusiva de acordo com o art. 51, inciso IV da legislação consumerista. Visto que, o fornecedor além de

indevidamente reter os valores pagos pelo consumidor, retomará a propriedade integralmente e poderá revendê-la por um valor maior. Além disso, no contrato de compromisso de compra e venda, firmado entre as partes, havia cláusula penal expressa, o que é notadamente vantagens excessivas em favor do vendedor.

O recurso, que foi parcialmente provido, estabeleceu o percentual de retenção em 25% (vinte e cinco por cento), em congruência com o STJ no Recurso Especial nº 1723519/SP, o qual estabeleceu este percentual, de acordo com a Súmula 543/STJ, a legislação consumerista, bem como o art. 413 do CC. Em complemento, no voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, foi exposto que deve ser feita a dosimetria da cláusula penal, pois nem se pode permitir o enriquecimento ilícito do vendedor, nem tão pouco incentivar a desistência dos adquirentes. Ademais, o percentual esta de acordo com a Lei nº 13.786/2018, que determina no art. 67-A, inciso II, a pena convencional de até 25% (vinte e cinco por cento).

Neste julgado, a comissão de corretagem foi considerada nula, pois segundo a decisão dizia respeito à relação do vendedor com um terceiro, que no caso era o corretor de imóveis. Já em outro acórdão, determinou que este encargo fosse de responsabilidade do consumidor, desde que previamente estabelecido no contrato, uma vez que não estabelecido, fere o direito do consumidor, ao dever de informação que o fornecedor deve oferecer a aquele. O que não ocorreu no julgado em questão.

3) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMISSÃO DE CORRETAGEM. POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO AO CONSUMIDOR, DESDE QUE PREVIAMENTE INDICADO NO CONTRATO. OFENSA AO DEVER DE INFORMAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RETENÇÃO PELA INCORPORADORA. (APL. 0007738-53.2018.8.16.0045, rel Des. Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível, j. 23.03.2020, DJe 31.03.2020)

Já com relação à Lei nova, no que se refere à corretagem, deverá ser expressa no quadro-resumo, com o devido valor, as condições de pagamento e o beneficiário, em consonância com o inciso III, do art. 35-A. Ademais, de acordo com o inciso I, do art. 67-A, a comissão em sua integralidade pode ser deduzida das quantias pagas pelo comprado ao incorporador. Diante disto, verifica-se que está em coerência com o julgado acima, que diante da informação ao consumidor, com a devida disposição no contrato, caberá a este arcar com o encargo quanto à corretagem.

Com relação à taxa de fruição, também foi encontrado semelhanças com a Lei dos Distratos nos julgados analisados.

2) DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TAXA DE FRUIÇÃO E IPTU. RESPONSABILIDADE DE PAGAMENTO PELO PROMITENTE COMPRADOR EM CASO DE POSSE OU FRUIÇÃO DO IMÓVEL. INOCORRÊNCIA. COMPRA DE TERRENO VAZIO (SEM EDIFICAÇÕES). NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE O BEM FOI USUFRUÍDO E GOZADO DURANTE A VIGÊNCIA DO CONTRATO. (APL. 0004766-83.2019.8.16.0075, rel Des. Leonel Cunha, 5ª Câmara Cível, j. 23.03.2020, DJe 31.03.2020)

No caso em questão, o imóvel estava sem edificação, o comprador não tomou posse, e nem tão pouco usufruiu o bem, portanto era indevido o vendedor reter os impostos reais sobre o imóvel e demais taxas, assim como o percentual de fruição. Retenções estas que estão em conformidade com o §2º do art. 67-A da Lei 13.786/2018, quando o adquirente receber do incorporador as chaves e efetivamente tomar posse do imóvel.

Em complemento, o acórdão abaixo dispõe que:

os promitentes compradores não obtiveram qualquer ganho econômico advindo da posse do imóvel, vez que se trata de um terreno vazio (sem edificações), o qual não foi usufruído e gozado durante a vigência do contrato. Assim, necessário se afastar a condenação dos alugueres a título de lucros cessantes ante a inviabilidade de sua fixação cumulada com a multa contratual compensatória e a incorrência de enriquecimento ilícito. (APL. 0020307-30.2015.8.16.0130, rel Des. Denise Antunes, 18ª Câmara Cível, j. 06.11.2019, DJe 07.11.2019)

Fato que demonstra que diante da análise do caso concreto, e a devida produção de provas, restou comprovado que os adquirentes, neste caso, não usufruíram, e não obtiveram ganho econômico sobre o imóvel, pois compraram um terreno sem nenhuma edificação. Demonstrado mais uma vez que, as taxas, os encargos e o percentual de fruição são devidos diante do recebimento em si do bem, em acordo com a jurisprudência e a nova Lei.

Diante da análise dos acórdãos recentes acima, observou-se similaridades com a Lei dos Distratos, por outro lado ela já esta sendo considerada mais gravosa ao consumidor.

De todo modo, a Lei nova é mais gravosa à adquirente do que o sistema protetivo anterior, mormente o consumerista, constituindo fato novo de elevadas repercussão e oneração ao embargado, bem como afetando de forma decisiva o princípio do equilíbrio contratual, da informação e da segurança jurídica. (APL. 1003738-28.2019.8.26.0320/SP, rel Des. Miguel Brandi, 7.ª Câmara de Direito Privado, j. 08.04.2020, DJe 08.04.2020)

Com isto, nós aguardaremos os futuros julgados e uma jurisprudência consolidada sobre o assunto, que demandará muita discussão no Poder Judiciário, pois é habitual ações desta natureza. Que poderá ter um crescimento ainda maior, a considerar o momento atual que o país está enfrentando, que trazem tanto prejuízos para as incorporações imobiliárias como para os consumidores.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao considerar o conteúdo disposto no presente artigo, verifica-se que abrange questões de suma importância que atingem um direito fundamental e um princípio da ordem econômica constantes na atual Constituição Federal. Que envolve de um lado o consumidor, comprador do imóvel na planta, considerado o vulnerável da relação, e o fornecedor, a incorporação imobiliária, detentor de vantagem econômica com o empreendimento.

Ao analisar os contratos sobre a égide do Código de Defesa do Consumidor, definiu-se as figuras da relação de consumo, principalmente o consumidor quanto a questão da destinação final do produto ou serviço, e que, neste caso, lhe falta conhecimento na área jurídica, contábil e econômica, e, portanto possui vulnerabilidade jurídica ou científica.

Ainda, de acordo com o CDC, é necessário respeitar todas as fases da contratação, seja ela pré-contratual, a formação do contrato, até mesmo após a conclusão deste. Para tanto, deve-se respeitar princípios como da transparência, da boa-fé, da equidade contratual e da proteção da confiança. E por fim, apurou-se os contratos de adesão, que tem regras específicas, visto que são feitos de forma unilateral pelo fornecedor.

Por conseguinte, comparou-se a Lei nº 4.591/1964 com a Lei nº 13.786/2018. A Lei de 1964 institui a profissão do incorporador imobiliário, que até então era irregular, e este acabava-se desvinculando das obrigações que lhe eram devidas. Além disso, dentre os direitos e obrigações, destacou-se o Memorial da Incorporação Imobiliária, que abrange uma vasta documentação que deverá ser arquivada junto à matrícula do imóvel, objeto da construção, que tem fins de proteção dos adquirentes dos imóveis.

A Lei nº 13.786/2018, conhecida com a Lei dos Distratos, tem como objetivo principal “a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano”. Quanto às incorporações, ela adicionou 3 (três) artigos que dispõe sobre o quadro-resumo que deverá integrar o contrato de compra e venda, as condições sobre o prazo de entrega da obra, e as disposições do desfazimento do contrato pactuado com o incorporador.

Como se viu, o quadro-resumo, em consonância com as cláusulas do contrato, propicia transparência e segurança jurídica, e deve dar destaque as cláusulas que são mais significativas, como as consequências quando o contrato é desfeito, e o direito ao arrependimento, que estão em consonância com o CDC. A saber, que a incumbência é do comprador solicitar o cumprimento das exigências do quadro-resumo, e após o prazo de 30 (trinta) dias, se não atendidas, só então este poderá, por justa causa, rescindir o contrato de compra e venda.

O prazo de entrega da obra, já havia jurisprudência em consonância com a nova Lei, e da data de entrega constante no contrato há tolerância de 180 (cento e oitenta) dias. Se passar deste prazo, ficou definido que o incorporador deve devolver a totalidade dos valores num prazo de 60 (sessenta) dias, de acordo com a multa e correções segundo os índices previstos no contrato. Em caso do adquirente não querer rescindir o contrato, caberá ele lucros cessantes de 1% (um por cento) sobre o valor que foi pago. O que não seguiu a jurisprudência, que determinava que os lucros cessantes sobre o valor do contrato atualizado.

Por último os efeitos do distrato ou quando da resolução por inadimplemento do adquirente. Sabe-se que ao comprador lhe será ressarcido os valores pagos, porém com a dedução da comissão de corretagem, e uma pena convencional de até 25% (vinte e cinco por cento), independente do incorporador alegar prejuízo. Fato controverso o que vinha sendo decidido pelo Poder Judiciário, que tratava como percentual de retenção e não pena convencional, e, além disso, o percentual variava de 10% (dez por cento) a 25% (vinte e cinco por cento), de acordo com o caso concreto.

Ao verificar a aplicabilidade da Lei nº 13.786/2018 ante a Lei nº 8.078/1990, constatou-se que o CDC deve ser aplicado ao caso concreto quando presente os requisitos da relação consumerista. De modo geral, caberá ao Poder Judiciário, diante da lide, tendo em um dos polos o consumidor e do outro o fornecedor, julgar para que nenhuma das partes sofra prejuízos desproporcionais.

Da análise a quem a Lei 13.786/2018 atende, em conjunto com o objetivo específico deste artigo, que era verificar as consequências para o consumidor diante da Lei dos Distratos, demonstrou que ele atende ao incorporador imobiliário, em vista que as consequências da nova Lei favorecem a este. A Lei anterior não tratava sobre distrato, nem tão pouco a resolução por inadimplemento, e com as recorrentes ações envolvendo consumidor e fornecedor, quanto a este tema, promulgou-se uma Lei que nitidamente não é isonômica, e favorece a parte economicamente forte da relação.

A exemplo, de tamanha discrepância, está no fato dos elevados percentuais de pena convencional, desproporcionais ao CC e ao CDC. Assim como, as disposições sobre a comissão do corretor, que ao certo não deveria ser absorvida pelo adquirente. E a diferença quanto à indenização em caso do inadimplemento do fornecedor e do comprador, pois aquele será indenizado sobre o valor do contrato atualizado, e este sobre o que foi efetivamente pago.

Ainda há muita limitação sobre o assunto, pouco abrangido em doutrinas e jurisprudência, em vista que é uma lei nova e sua aplicabilidade é para contratos pactuados após a sua promulgação, ou seja, 27/12/2018. Outrossim, não foram encontrados julgados no Tribunal de Justiça do Paraná e São Paulo, apesar de os julgados mais recentes junto ao TJPR terem algumas similaridades com a Lei dos Distratos, no TJSP os julgados tendem a considerar esta lei como mais gravosa ao consumidor.

Com isto, é possível constatar que será objeto de verificação ao caso concreto, pois é um assunto de relevância, seja econômico ou de moradia. A saber, que envolve de um lado a viabilidade do empreendimento, que pode prejudicar outros consumidores, e de outro lado, o direito de um determinado consumidor em reaver o que lhe é de direito.

REFERÊNCIAS

AGHIARIAN, Hercules. **Curso de direito imobiliário**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *ebook*.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. *ebook*.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: **REsp 774035/MG 2005/0135325-7**, Relator: Ministro Humberto Gomes De Barros, DJ : 21/11/2006. Terceira Turma, 2006. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=RESP+1188442+RJ&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=mesmo&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso: 08. Jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1188442/RJ 2010/0058615-4**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, DJ: 06/11/2012. Quarta Turma, 2012. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%27774035%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%27774035%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%27774035%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%27774035%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso: 08. Mar. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: **REsp 1582318/RJ 2015/0145249-7**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ: 12/09/2017. Terceira Turma, 2017. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27RESP%27.clas.+e+@num=%271582318%27\)+ou+\(%27REsp%27+adj+%271582318%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27RESP%27.clas.+e+@num=%271582318%27)+ou+(%27REsp%27+adj+%271582318%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso: 05. Set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 543**. 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. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27543%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27543%27).sub). Acesso em: 14 out. 2020.

BRASILIA. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964**. O condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Brasília: Presidente da República, [1964]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASILIA. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidente da República, [1990]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASILIA. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidente da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASILIA. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018**. Altera as Leis n^o 4.591, de 16 de dezembro de 1964, e 6.766, de 19 de dezembro de 1979, para disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade imobiliária em incorporação imobiliária e em parcelamento de solo urbano. Brasília: Presidente da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/Lei/L13786.htm. Acesso em: 25 ago. 2020.

Chalhub, Melhim Namem. **Incorporação imobiliária**. 5. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019. *ebook*.

FIORANELLI, Ademar et al. **Direito imobiliário: direito regional, direito notarial, locação de imóvel e outros temas**. 1. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2017. *ebook*.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): Primeiras Impressões a Respeito da Extinção da Relação Contratual. **GEN Jurídico**, São Paulo, 21 jan. 2019. Seção Civil. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2019/01/21/lei-13-786-2018-lei-dos-distratos-primeiras-impressoes-a-respeito-da-extincao-da-relacao-contratual/>. Acesso em: 23 out. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 9 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado critérios para a sua aplicação**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. *ebook*.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CIVIL: **APL 0020307-30.2015.8.16.0130/PR**, Relatora: Des. Denise Antunes, DJ: 06/11/2019. Décima Oitava Câmara Cível, 2019. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000009413421/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0020307-30.2015.8.16.0130#integra_4100000009413421. Acesso em: 14 out. 2020

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CIVIL: **APL 0007738-53.2018.8.16.0045/PR**, Relatora: Des. Leonel Cunha, DJ: 23/03/2020. Quinta Câmara Cível, 2020. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000011916301/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0007738-53.2018.8.16.0045#integra_4100000011916301. Acesso em: 14 out. 2020

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. APELAÇÃO CIVIL: **APL 0014709-57.2018.8.16.0044/PR**, Relatora: Des. Nilson Mizuta, DJ: 23/06/2020. Quinta Câmara Cível, 2020. Disponível em: https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000012890111/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0014709-57.2018.8.16.0044#integra_4100000012890111. Acesso em: 09 out. 2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e incorporações**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *ebook*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: volume 3: contratos**. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. *ebook*.

RIO DE JANEIRO. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Dispõe sobre a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro: Presidente da República, [1942]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APELAÇÃO CIVIL: **APL 1017325-24.2017.8.26.0309/SP 2020.0000205196**, Relatora: Des. Rosangela Telles, DJ: 20/03/2020. Segunda Câmara de Direito Privado, 2020. Disponível em: <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13423978&cdForo=0>. Acesso em: 15 set. 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. APELAÇÃO CIVIL: **APL 1003738-28.2019.8.26.0320/SP 2020.0000246827**, Relator: Des. Miguel Brandi, DJ: 08/04/2020. Sétima Câmara de Direito Privado, 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13465232&cdForo=0>. Acesso em: 14 out. 2020

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Súmula nº 164**. É válido o prazo de tolerância não superior a cento e oitenta dias, para entrega de imóvel em construção, estabelecido no compromisso de venda e compra, desde que previsto em cláusula contratual expressa, clara e inteligível. São Paulo, SP: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, [s/d]. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Biblioteca/Biblioteca/Legislacao/SumulasTJSP.pdf?d=1600176246646>. Acesso em: 15 set. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito do consumidor direito material e processual, volume único**. 9 ed. Rio de Janeiro: Método, 2020. *ebook*.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *ebook*.