

**OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL EM
CONTRATOS IMOBILIÁRIOS DE INCORPORAÇÃO E LOTEAMENTO
- UMA ANÁLISE DA LEI 13.786, DE 27 DE DEZEMBRO DE 2018.**

Jesualdo Eduardo de Almeida Junior¹

PÓS-DOCTOR em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (Portugal). DOCTOR e MESTRE em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pela ITE-Bauru. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (1995), três pós-graduações lato sensu. Atualmente é professor do Mestrado em Direito da UNIMAR - Universidade de Marília, da graduação e da pós-graduação lato sensu das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio Toledo, e professor do Instituto Municipal do Ensino Superior de Assis.

RESUMO: O presente trabalho aborda as variantes surgidas com a Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, que “altera as Leis nos 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”. Essa lei basicamente altera a sistemática das rescisões contratuais e suas respectivas penalidades nos contratos de incorporação e loteamento, introduzindo regras para perda de valores pagos e suas eventuais restituições. Introduz inegavelmente disciplina muito mais severa econômica e financeira em detrimento dos consumidores e, por conseguinte, fere princípios consumeristas básicos, tornando-a ilegal dentro de um sistema em que as normas principiológicas se sobrepõem às normas regras. Entretanto, naquilo que trouxe de inovação e benefício em favor dos consumidores-adquirentes, há de ser aplicada em face do princípio fundamental do tratamento mais favorável ao consumidor, que permite ser defendido por regras, inclusive, não dispostas no Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

ABSTRACT: The present work deals with the emergence of Law 13,786, of December 27, 2018, which "amends Laws 4,591 of December 16, 1964 and 6,766, of December 19, 1979, to discipline a resolution of the contract. for default of the real estate unit in real estate development and parceling of urban land ". This law improves the conditions of termination and prevents its participation in the processes of incorporation and overcoming, reintroducing rules for the loss of rights and restrictive payments. It introduces more serious and financial inefficiency to the detriment of consumers and therefore is basic consumerist principles, becoming illegal within a system as a rule about the rules rules. However, what is made of innovation and benefit for consumers - subsidies, must be applied in the face of the fundamental principle of consumer treatment, which can be defended by rules, not included in the Protection and Defense Code of Consumer

PALAVRAS-CHAVES: Incorporações Imobiliárias; Loteamento; Rescisão contratual; penalidades; Proteção do Consumidor.

KEY WORDS: Real Estate Developments; Allotment; Termination; penalties; Consumer Protection

SUMÁRIO: Introdução; 2. Dos Contratos e sua extinção; 2.1. Dirigismo contratual, função social e boa-fé objetiva; 3. Extinção do Contrato. 4. Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018 e suas consequências. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Os contratos em geral são destinados a serem transitórios, gerando efeitos até seu regular termo. Ter-se-á seu “regular termo” quando o pacto cumprir suas obrigações inicialmente estabelecidas.

Todavia, amiúde os contratos são extintos de forma anômala, sem obterem sua finalidade inicialmente estabelecida. E em isso ocorrendo, depreender-se-ão eventuais penalidades, tais como multas moratórias, cláusula penais e mesmo a perda de arras.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, houve uma clara assunção do dirigismo contratual nos pactos privados, permitindo-se ao Estado, sobretudo o “Estado-juiz” intervir nas regras contratuais, modulando e afastando as cláusulas reputadas como abusivas, assim consideradas todas aquelas que coloquem o consumidor em manifesta desvantagem.

Os contratos de loteamento e incorporação imobiliária sempre foram reputados à mercê do Código de Defesa do Consumidor, portanto submetidos a seus princípios. Ocorre, porém, que sobreveio a Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, que disciplinou a rescisão antecipada dos contratos de Loteamento e Incorporação Imobiliária, estabelecendo regras de principiologia consumerista duvidosa.

Deste modo, neste trabalho basicamente fez-se uma análise dos principais recém editados artigos legislativos e trouxeram-se comentários pontuais sobre os direitos e deveres deles decorrentes

A pesquisa foi eminentemente bibliográfica e o método utilizado foi o dedutivo, partindo-se das premissas gerais a fim de solucionarem-se questões específicas.

Por conseguinte, num primeiro capítulo discorreu-se sobre a evolução da obrigatoriedade do avençado, com a análise dos princípios da função social da propriedade, da liberdade de contratar e da boa-fé. Num segundo item, analisou-se quanto às formas de extinção dos contratos. Após, investigou-se sobre as principais novidades introduzidas pela Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, com as conclusões posteriores.

2. DOS CONTRATOS E SUA EXTINÇÃO.

Os contratos são negócios jurídicos provenientes do ajuste entre duas ou mais vontades, que visam constituírem-se mutualmente em obrigações, que exigem sujeitos capazes, objeto lícito possível, determinado ou determinável, e forma prescrita ou não defesa em lei, afora alguns requisitos pontuais pertinentes a contratos específicos.

Nos termos do Código Civil brasileiro, em especial os artigos 421 e 422, “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e os “contratantes” são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

Durante o período romano, cujo dogma é rejuvenescido nas revoluções e Códigos Civis burgueses, em especial o Código napoleônico, valeu de forma intangível o princípio “*pacta sunt servanda*”, pelo qual os contratos deveriam ser cumpridos nos exatos termos em que contratados.

Hoje, esta autonomia privada está limitada pelo razoável e mitigada pelo “dirigismo contratual”, pelo qual há clara interferência do Estado nos contratos particulares, que confere ao Estado-Juiz o poder/dever de modificar relações negociais que se mostrem descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé, de tal sorte que Gustavo Tepedino¹ prega que

Com o advento de avanços científicos e tecnológicos, no seio de uma sociedade massificada, aliadas a uma nova modalidade legislativa de dirigismo contratual, fica difícil uma cristalina diferenciação entre o que seja afeto ao direito público e o que esteja atrelado ao direito privado. Urge “uma redefinição de limites e uma profunda revitalização conceitual

Deste modo, pelo dirigismo contratual admite-se a interferência do Estado nos contratos particulares, com a clara possibilidade de revisão, modificação e anulação de cláusulas contratuais desproporcionais ou abusivas, tal como previsto no art. 51 do CDC.

Portanto, é um anacronismo pontuar qualquer debate em torno dos negócios jurídicos pela admissão absoluta do princípio do *pacta sunt servanda*, cuja premissa básica estava no individualismo, oxigênio do liberalismo que grassou até o início do século XX. No mesmo sentido, qualquer regra contratual, ainda que eventualmente amparada em lei, não pode prevalecer se se mostrar desproporcional.

Deveras, a concepção do contrato mudou ao longo do século XX, seja no conteúdo, seja em suas funções. O *welfare state* implicou, inclusive, na assistência estatal nas relações negociais. As pessoas passaram a ser vistas como desiguais também nos contratos, quer social, quer economicamente. E por conta disto admitiu-se a intervenção estatal para reajustarem-se essas diferenças². Por isso Maria Stella Gregori³ afirma “que a massificação das relações contratuais e a formação de mercados cativos reclamaram a intervenção do Estado para limitar a autonomia da vontade, sem, no entanto, aniquilá-la”.

Concordemente, o equilíbrio entre as partes tornou-se o pilar da estabilidade na relação contratual, superando o princípio fundante de que o “contrato faz lei entre as partes”. E, assim, “a arquitetura do contrato passa a contemplar uma relatividade dogmática, ao reprimir a falta da idêntica liberdade entre as partes que de margem ao proveito injustificado ou à onerosidade excessiva.”⁴

Pietro Perlingieri⁵ sustenta que está superado o “dogma sacro e inviolável” da autonomia privada. Hoje, ela se condiciona ao que diz a lei e, principalmente, aos princípios constitucionais, e na falta destes pelos usos e pela equidade.

Segundo parte duma doutrina vanguardista, os conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade perderam seu valor como princípio e nada mais são do que uma visão atrasada do Direito ou, mesmo mantendo-os como princípios, têm seu conteúdo revisto e novos limites impostos pela evolução e pela inclusão de um novo elemento: o interesse social. Irineu Strenger⁶ ensina que a

¹ *Op. cit.*, p. 55-71

² GREGORI, Maria Stella. *Op. cit.*, p. 40

³ *Op. cit.*, p. 138

⁴ GREGORI, Maria Stella. *Loc. cit.*

⁵ *Perfis do direito civil*, p. 277.

⁶ *Op. cit.*, p. 111

A autonomia da vontade sofreu as inevitáveis vicissitudes do processo histórico, que nas suas projeções culturais não poderia deixar de abranger o mundo do direito, provocando a revisão de muitos de seus esquemas tradicionais, e, em muitos sentidos, com impactos mais sensíveis, reformulando alguns conceitos básicos.

O mesmo autor destaca que o interesse público deve sempre prevalecer em face da autonomia privada. “Ele (o interesse público) pode se referir a qualquer tipo de função contratual sem mudar, nem mesmo minimamente, as suas características”⁷

Paulo Luiz Netto Lôbo⁸ prega a existência do “contrato social”. Para este autor, o contrato somente será admitido à luz da Constituição, se, assim como a propriedade, atingir sua função social. Neste andar,

Uma das mais importantes realizações legislativas dos princípios constitucionais da atividade econômica é o Código do Consumidor, que regulamenta a relação contratual de consumo (...) Assim, o Código do Consumidor subtraiu da regência do Código Civil a quase totalidade dos contratos em que se inserem as pessoas, em seu cotidiano de satisfação de necessidades e desejos econômicos vitais.

Destarte, está cada vez mais claro que o espaço reservado para que os particulares autorregulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como, por exemplo, do Código Civil numa relação de isonomia, e o Código de Defesa do Consumidor numa relação assimétrica, com uma das partes vulnerável e/ou hipossuficiente.

Trata-se tão só do cumprimento de preceito constitucional (art. 174 da CF), da afirmação do princípio constitucional da defesa do consumidor (art. 170, CF; incisos) e do nascimento de um novo paradigma, qual seja: o princípio da boa-fé objetiva.

Por corolário, mostra-se premente a necessidade de considerar a igualdade material dos consumidores não como um novo redutor de poder do indivíduo, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade⁹.

Resta concluir, portanto, que a autonomia da vontade não é mais absoluta, sobretudo quando presente uma cláusula abusiva, ainda que autorizada por lei. A propósito, constava na Exposição de Motivos do Projeto do Código de Proteção e Defesa do Consumidor:

O Código prevê uma série de comportamentos, contratuais ou não, que abusam da boa-fé do consumidor, assim como de uma situação de inferioridade econômica ou técnica. É compreensível, portanto, que tais práticas sejam consideradas ilícitas *per se*, independentemente da ocorrência de dano para o consumidor. Para elas vige presunção absoluta de ilicitude. São práticas que aparecem tanto no âmbito da contratação como também alheias a esta, seja através do armazenamento de informações sobre o consumidor, seja mediante a utilização de procedimentos vexatórios de cobrança de suas dívidas.

⁷ *Op. cit.*, 288

⁸ *Constitucionalização do direito civil*, p. 107

⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 47

Prática abusiva é, pois, “a desconformidade com os padrões mercadológicos de boa conduta em relação ao consumidor.”¹⁰ São condições que ofendem a boa-fé, a ordem pública, os bons costumes e os princípios constitucionais.

Segundo Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹¹, a cláusula abusiva pode ocorrer sob o prisma do momento econômico, como práticas produtivas e comerciais. Sob o aspecto contratual, poderá ser pré ou pós-contratual. Gustavo Tepedino comenta¹²:

A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social, e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do estado social de direito delineado pelo constituinte.

E tais práticas abusivas podem ser controladas pelo “Estado-Juiz”, mormente em situações em que se ofendam a “função social do contrato” e a “boa-fé objetiva”.

2.1. Dirigismo contratual, função social e boa-fé objetiva

No desiderato de se assegurarem os novos princípios norteadores dos contratos, nasce o fenômeno do dirigismo contratual, que confere ao Estado-Juiz o poder/dever de modificar relações negociais que se mostrem descompassadas com a função social e com os ditames da boa-fé (CC, arts 422 e 423). De tal sorte que Gustavo Tepedino¹³ prega que

Com o advento de avanços científicos e tecnológicos, no seio de uma sociedade massificada, aliadas a uma nova modalidade legislativa de dirigismo contratual, fica difícil uma cristalina diferenciação entre o que seja afeto ao direito público e o que esteja atrelado ao direito privado. Urge “uma redefinição de limites e uma profunda revitalização conceitual”

Para Maria Stela Gregori¹⁴ é “do reconhecimento do valor social do contrato decorre o dirigismo contratual”. E pontua: “O dirigismo se justifica pela necessidade de intervenção do Estado na priorização do interesse geral em relação ao particular, consagrando a função social do contrato, pois as regras do direito privado não mais atendem à ordem pública do consumidor”.

Segundo a autora, a função social do contrato é princípio implícito constitucionalmente (fl. 140) e a partir do Código Civil atual tornou-se princípio expresso¹⁵. Deste modo, permitem-se pontuais intervenções do Estado na autonomia da vontade, impondo alterações de cláusulas contratuais, ou mesmo de negócios jurídicos na sua extensão.

Miguel Reale, na obra "A Boa-fé no Código Civil"¹⁶ menciona que “a boa-fé subjetiva é relativa ao sujeito, indivíduo, “corresponde, fundamentalmente, a uma atitude

¹⁰ BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos, *in Código brasileiro de defesa do consumidor*, p. 307

¹¹ *Op. cit.*, p. 308

¹² *Op. cit.*, p. 13

¹³ *Op. cit.*, p. 55-71

¹⁴ *Op. cit.*, p. 139

¹⁵ Código Civil brasileiro, art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁶ Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/boafe.htm>> Acesso 10 Abr. 2018

psicológica, isto é, uma decisão da vontade, denotando convencimento individual da parte de obrar em conformidade com o direito” (2003, p. 3-4). Contudo, a boa-fé ora tratada é a “objetiva”. E o mesmo Miguel Reale a define:

A boa-fé objetiva apresenta-se como uma exigência de lealdade, modelo objetivo de conduta, arquétipo social pelo qual impõe o poder-dever que cada pessoa ajuste a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria uma pessoa honesta, proba e leal. Tal conduta impõe diretrizes ao agir no tráfico negocial, devendo-se ter em conta, como lembra Judith Martins Costa, ‘a consideração para com os interesses do alter, visto como membro do conjunto social que é juridicamente tutelado’. Desse ponto de vista, podemos afirmar que a boa-fé objetiva, é assim entendida como noção sinônima de ‘honestidade pública’.” (2003, p. 4).

A boa-fé objetiva estabelece um padrão ético de conduta para as partes nas relações negociais. É um *standard* criado, pelo qual alguém crê no comportamento do outro porque tem razões legítimas para tanto, e espera que este comportamento se realize.

Com o CDC a boa-fé torna-se um dos princípios fundamentais das relações de consumo e como cláusula geral para controle das cláusulas abusivas. E com o advento do Código Civil brasileiro de 2002, passou a ser regra expressa nos art. 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

E, doravante, passa a ser orientador de várias decisões dos nossos Tribunais. Aliás, do site do Superior Tribunal de Justiça, www.jus.gov.br, extraem-se as decisões abaixo que tangenciam pela boa-fé objetiva:

O STJ já tem jurisprudência firmada no sentido de que a seguradora não pode extinguir unilateralmente contrato renovado por vários anos. Num dos casos julgados na Terceira Turma em 2011 (REsp 1.105.483), os ministros entenderam que a iniciativa ofende o princípio da boa-fé. A empresa havia proposto à consumidora, que tinha o seguro de vida havia mais de 30 anos, termos mais onerosos para a nova apólice.

Em 2011, a Segunda Seção também definiu que, em caso de suicídio cometido durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, período de carência, a seguradora só estará isenta do pagamento se comprovar que o ato foi premeditado (Ag 1.244.022).

A Terceira Turma apontou ofensa ao princípio da boa-fé objetiva quando o plano de saúde reajusta mensalidades em razão da morte do cônjuge titular. No caso, a viúva era pessoa de 77 anos e estava vinculada à seguradora como dependente do marido fazia mais de 25 anos (AREsp 109.387).

Contraria a boa-fé das relações negociais o livre oferecimento de imóvel, bem de família, como garantia hipotecária. Esta é a jurisprudência do STJ. Num dos precedentes, analisado em 2010, a relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, entendeu que o ato equivalia à entrega de uma garantia que o devedor, desde o início, sabe ser inexecutável, esvaziando-a por completo (REsp 1.141.732).

Destarte, tem-se que a proteção do consumidor se faz não apenas por regras escritas, como também pela adoção de princípios com força normativa.

Dworkin (2010, p. 32) atesta *grosso modo* que os princípios existem porque as regras não dão conta do recado. Para ele o Direito de uma comunidade é um conjunto de regras que detém *pedrigree*, que podem ser usadas para distinguir regras válidas de espúrias; e esse conjunto de regras coexiste com o Direito. Neste passo, os princípios podem promover uma maior harmonização e otimização do sistema jurídico.

Deste modo, os princípios são claramente normas. Normas com características próprias. Porém, normas!

Por outro lado, observa-se claramente o fenômeno da constitucionalização dos direitos. Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 100) afirma que a “constitucionalização” do Direito trouxe modificações profundas na atitude dos operadores do direito: “deve o jurista interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código”.

Percebe-se, dessa forma, que sem a observação das categorias fundamentais da Constituição a interpretação das leis civis e processuais civis desvia-se de seu real significado.

Neste sentido, hoje se reclama uma releitura do Direito. Deveras, a constitucionalização dos princípios processuais, sobretudo daqueles previstos no art. 5º., XXXV à XXXVIII e LIII à LXXV, muda veementemente o foco do estudo o processo civil. “Ontem, os Códigos; hoje, a Constituição”, nos dizeres do festejado Paulo Bonavides. Deste modo, o legislador e o intérprete do texto dos Códigos deverá dar às regras processuais uma “interpretação constitucional”, lembrando-se sempre que é a própria Constituição quem traz os principais apontamentos em seara civil.

Por tudo isto, o dirigismo contratual é tônica dos negócios que envolvam consumidores. Via de consequência, é possível que o consumidor exija judicialmente a modificação de cláusulas contratuais que sejam desproporcionais, e que ofendam princípios da razoabilidade, proporcionalidade, boa-fé e função social.

Neste aspecto, a Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, nasce fulminada pela ofensa em vários destes princípios. Senão vejamos:

3. Da extinção do contrato

Os contratos nascem para serem cumpridos. E quando o são, sua extinção se dá pela forma pretendida, querida, almejada: cumpriram seus efeitos e se extinguiram em seu termo. Isso porque as relações contratuais nascem para serem transitórias e durarem enquanto as partes estiverem vinculadas pelo prazo contratual.

Todavia, nem sempre os contratos se encerram no seu termo e modo acordados. Popularmente chamada de rescisão contratual, está se dá quando os contratos se encerram fora dos ajustes inicialmente entabulados.

A “extinção contratual” pode se dar pela “resolução contratual”, provocada pelo descumprimento (inadimplemento) de alguma condicionante contratual pela inexecução voluntária de alguma das partes, geralmente com base em não pagamentos, vícios redibitórios etc.

O Código Civil brasileiro permite, inclusive, a resolução contratual por onerosidade excessiva, quando “nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis...”¹⁷

Dicção semelhante se depreende do art. 6., V, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê: a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

Em que pesem as semelhanças os tratamentos são diferenciados. O Código Civil permite a resolução (extinção) do contrato somente se a onerosidade decorrer de

¹⁷ Código Civil brasileiro, art. 478.

acontecimento “extraordinário e imprevisível”. É uma clássica adoção da “teoria da imprevisão”. Porém, o problema desta teoria é que basicamente nada era aceito pela nossa jurisprudência como imprevisível: geadas com frustração de safra; variação cambial; hiperinflação etc. Assim, ficavam prejudicados os pedidos de resolução ou modificação contratual.

Todavia, o CDC exige apenas fatos supervenientes que tornem a obrigação excessivamente onerosa. Prescinde-se, assim, da imprevisibilidade. E, claro, isto torna muito mais fácil a revisão contratual, haja vista que o consumidor pode pleitear a revisão contratual, e não apenas sua resolução, como na hipótese do Código Civil.

A “rescisão contratual” ocorre quando as partes, mutuamente, resolvem por fim ao contrato pelo descumprimento culposo da outra.

A “resilição” é a denúncia unilateral do contrato realizado por aquele que se sente prejudicado por algum comportamento do outro contratante, ou meramente não pretende dar continuidade ao pacto.

O “adimplemento insatisfatório” dá-se com a violação positiva do contrato. Este é cumprido, o pagamento realizado, todavia de forma insatisfatória.

Nestas hipóteses, é possível a aplicação da multa moratória (pelo atraso no adimplemento), e das cláusulas penais, reguladas nos artigos 408 a 416 do Código Civil brasileiro.

Ocorre que sobreveio a Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, que “altera as Leis nºs 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.” E trouxe profundos impactos nas rescisões destas espécies contratuais. É de se ver:

4. Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018 e suas consequências.

Em face das derrogações introduzidas pela Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018, a Lei 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que regula os condomínios em edificação e as incorporações imobiliárias, foi alterada nos seguintes aspectos:

Doravante, a incorporadora poderá atrasar em até 180 (cento) e oitenta dias corridos a entrega do empreendimento, desde que expressamente pactuado, e isso não implicará resolução do contrato e sequer o pagamento de qualquer penalidade (art. 43-A). Logicamente, um “salvo conduto” para retardamento do contrato.

“Se a entrega do imóvel ultrapassar o prazo estabelecido (180 dias), desde que o adquirente não tenha dado causa ao atraso, poderá ser promovida por este a resolução do contrato”. Neste caso o consumidor terá direito à restituição da integralidade dos valores pagos, de uma eventual multa prevista contratualmente, tudo corrigido e devolvido em até 60 (sessenta) dias (§ 1º).

Se pretender manter o negócio, “será devida ao adquirente adimplente, por ocasião da entrega da unidade, indenização de 1% (um por cento) do valor efetivamente pago à incorporadora, para cada mês de atraso, pro rata die, corrigido monetariamente conforme índice estipulado em contrato” (§ 2º).

Todavia, se o adquirente-consumidor pretender desfazer o contrato, quer por distrato, ou quer pelo seu inadimplemento, “este fará jus à restituição das quantias que houver pago diretamente ao incorporador, atualizadas (...), delas deduzidas, cumulativamente (Art. 67- A): I - a integralidade da comissão de corretagem; II - a pena convencional, que não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) da quantia paga, independentemente de alegação de prejuízo; se houve disponibilização da unidade

imobiliária, também das quantias correspondentes aos impostos reais incidentes sobre o imóvel, das cotas de condomínio e contribuições devidas a associações de moradores; do valor correspondente à fruição do imóvel, equivalente à 0,5% (cinco décimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, *pro rata die*; e demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

Não incidirá a cláusula penal contratualmente prevista na hipótese de o adquirente que der causa ao desfazimento do contrato encontrar 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.

Interessante, contudo, é a criação do prazo de reflexão, pelo qual “os contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador permitem ao adquirente o exercício do direito de arrependimento, durante o prazo improrrogável de 7 (sete) dias, com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem “(§ 10), desde que demonstrado tempestivamente o exercício “do direito de arrependimento por meio de carta registrada, com aviso de recebimento, considerada a data da postagem como data inicial da contagem do prazo a que se refere o § 10 deste artigo”.

Já a Lei 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que trata do parcelamento do solo urbano, e disciplina os loteamentos e desdobramentos do solo urbano, passa a ter a nova redação do seu art. 26, que exige que se conste expressamente as penalidades aplicáveis pelo distrato e inadimplemento, com os prazos de devolução de valores estabelecidos (inciso V). Permitiu-se também a aplicação do prazo de reflexão do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor para todos os “contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do loteador ou do estabelecimento comercial (inciso VII);

Caso a resolução do contrato seja imputável ao adquirente, terá direito a ser restituído quanto aos valores pagos, “podendo ser descontados dos valores pagos os seguintes itens (art. 36-A):

- I - os valores correspondentes à eventual fruição do imóvel, até o equivalente a 0,75% (setenta e cinco centésimos por cento) sobre o valor atualizado do contrato, cujo prazo será contado a partir da data da transmissão da posse do imóvel ao adquirente até sua restituição ao loteador;
- II - o montante devido por cláusula penal e despesas administrativas, inclusive arras ou sinal, limitado a um desconto de 10% (dez por cento) do valor atualizado do contrato;
- III - os encargos moratórios relativos às prestações pagas em atraso pelo adquirente;
- IV - os débitos de impostos sobre a propriedade predial e territorial urbana, contribuições condominiais, associativas ou outras de igual natureza que sejam a estas equiparadas e tarifas vinculadas ao lote, bem como tributos, custas e emolumentos incidentes sobre a restituição e/ou rescisão;
- V - a comissão de corretagem, desde que integrada ao preço do lote.

Conforme o § 1º do art. 36-A,

o pagamento da restituição ocorrerá em até 12 (doze) parcelas mensais, com início após o seguinte prazo de carência: “I - em loteamentos com obras em andamento: no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias após o prazo previsto em contrato para conclusão das obras; II - em loteamentos com obras concluídas: no prazo máximo de 12 (doze) meses após a formalização da rescisão contratual.

Ademais, o loteador somente poderá efetuar o registro de nova venda se comprovar o início da restituição dos valores ao consumidor adquirente.

Quanto ao procedimento de restituição do imóvel em caso de inadimplência do adquirente, o legislador estabeleceu o mesmo procedimento previsto para as “alienações fiduciárias de bens imóveis”, descritas na Lei 9.514, de 20 de novembro de 1997. Constatada a inadimplência, haverá a constituição “in personae” da mora do adquirente, e ficará o loteador obrigado a alienar o imóvel mediante leilão judicial ou extrajudicial. Neste passo, poderá ser dispensada a ação de rescisão e restituição do bem, e ao loteador bastará notificar adquirente da mora e promover alienação extrajudicial do bem.

Nitidamente percebe-se que a situação dos adquirentes consumidores está, em muito, prejudicadas se comparadas com as regras consumeristas.

Nas incorporações imobiliárias, atrasos de até 180 dias não geram nenhuma consequência ao incorporador! Isto claramente ofende o art. 30, do CDC¹⁸, bem como o art. 51, XIII¹⁹.

Por outro lado, as perdas de valores de 25% dos valores pagos, mais outros adicionais, fere o art. 51, II²⁰ e o art. 53²¹, bem como os art. 51, IV²² e 6, V²³, todos do Código de Proteção à defesa do Consumidor.

Tais regras incorporadas pela Lei 13.786, de 27 de dezembro de 2018 ferem os princípios consumeristas. E na perspectiva da moderna hierarquia normativa, uma regra não pode ser contrária a um princípio. E conforme Celso Antônio Bandeira de Melo²⁴,

“Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema subversão aos seus valores fundamentais...” (Celso A. B. Mello,)

As novas regras quanto à devolução dos valores não podem prevalecer. Indubitavelmente são desproporcionais e colocam o consumidor-adquirente em manifesta desvantagem.

Sobretudo em épocas de crise econômica e de emprego, cujas vicissitudes podem afetar os planos dos adquirentes. Há de se levar em conta que os contratos deste jaez são de longo prazo. E neste interregno vários acontecimentos extraordinários podem afetar a solvência do adquirente.

Por outro lado, o procedimento para a retomada do bem agora é muito mais céleres, dispensando, inclusive, procedimento judicial²⁵. Portanto, o incorporador não terá

¹⁸ Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

¹⁹ XIII - autorizem o fornecedor a modificar unilateralmente o conteúdo ou a qualidade do contrato, após sua celebração;

²⁰ II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste código;

²¹ Art. 53. Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento em prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

²² IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade;

²³ V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas

²⁴ Elementos de direito administrativo, 1986, p. 230.

²⁵ Conquanto este autor particularmente repute de constitucionalidade duvidosa a retomada de um bem sem procedimento judicial, o Supremo Tribunal Federal já pacificou a questão, tendo-a por constitucional, conforme Recurso Extraordinário 7313067, Disponível em

prejuízo e não pode, deste modo, exigir retenção de 25% dos valores pagos pelo adquirente inadimplente. Sobretudo porque terá direito de reter verbas de comissão (se e somente se houver intervenção de terceiros), despesas condominiais e tributárias.

Portanto, não lhe sobrevirá prejuízo e poderá re-alienar o bem. Por conseguinte, não lhe cabe exigir retenção de 25% dos valores pagos.

Embora se refira à multa moratória, e não a cláusula penal, o STJ já acenava para a aplicabilidade do CDC na sua seara²⁶

CONSIDERAÇÕES FINAIS

De origem estrangeira e rapidamente assimilada pelos empreendimentos imobiliários locais, a multipropriedade mostra-se como uma forma racional de utilização de um imóvel, sobretudo para aqueles que buscam a “segunda casa”, como apartamentos em praias, em “resorts”, na rede hoteleira etc.

Por tal instituto, diversos proprietários podem se valer do mesmo imóvel, com clara divisão de despesas e menor investimento para aquisição, o que torna o empreendimento muito mais atrativo e acessível a uma camada da população que antes não poderia aspirar tal aquisição.

Sob outro aspecto, é benfazejo ao sistema imobiliário e principalmente hoteleiro, pois multiplica exponencialmente o público em vários períodos do ano, mantendo o negócio sempre aquecido, o que claramente gera um ganho de lucro.

Como consequência indireta todo o entorno do empreendimento também ganha, pois a economia do local se intensifica, gerando empregos diretos mais perenes, e criando-se novas perspectivas de comércio e serviços relacionadas ao empreendimento.

Como muito apropriadamente destacado por Gustavo Tepedino²⁷, até o meio ambiente ganha, pois impede-se que haja a proliferação de construções de forma indiscriminada.

Entretanto, o instituto carecia de uma regra jurídica mais clara, o que deixaria o setor muito mais atrativo por ser mais transparente. E eis que surge a Lei 13.777, de 20 de dezembro de 2018, que disciplinou o tema e, por conseguinte, gerou transparência ao setor, tornando-o ainda mais atrativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Sérgio Rezende. **Noções sobre estado democrático de direito**. Disponível em: < <http://www.srbarros.com.br/pt/nocoos-sobre-estado-democratico-de-direito.cont>>. Acesso em 27 jan. 2013

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=7313067>> Acesso 30 dez. 2018.

²⁶ **Súmula nº 285**. Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista

²⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária**. Disponível em < http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf> Acesso 22 dez. 2018

CINTRA, Rodrigo Suzuki. **Liberalismo e Natureza.** Disponível em <<https://blogatellie.wordpress.com/releases/liberalismo-e-natureza---a-propriedade-em-john-locke-rodrigo-suzuki-cintra/>> Acesso em 22 dez. 2018

COSTA, Álvaro Mayrink. **Criminologia.**, São Paulo: Editora Forense, vol. 1, p. 23.

COSTA NETO, Antônio Ribeiro. **Breves reflexões sobre a propriedade privada romana.**

Disponível em <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15858>. Acesso em 22 dez. 2018>

GOMES, Orlando. *Direitos reais.* 19 ed. e atual por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forensew, 2008.

LASSALE, Ferdinand. **O que é uma constituição.** Ebook. Disponível em <<http://www.ebooksbrasl.org>> Acesso em 21 jan. 2013. Edições e Publicações Brasil, São Paulo, 1933

LOBO, Paulo Luiz Lobo Netto. *Constitucionalização do direito civil.* Disponível em <<http://olibat.com.br/documentos/Constitucionalizacao%20Paulo%20Lobo.pdf>> Acesso em 27 nov. 2013

OLIVEIRA, José Sebastião. **A evolução do direito de Família no Direito Brasileiro.** p.88.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito das Coisas.* São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil.* Saraiva: São Paulo, 12ª. Ed., 2000.

ROHRMANN, Carlos Alberto. *Curso de direito virtual.* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 195

TEPEDINO, Gustavo. **Aspectos atuais da multipropriedade imobiliária.** Disponível em < http://www.tepedino.adv.br/wpp/wp-content/uploads/2017/07/Aspectos_Atuais_Multipropriedade_imobiliaria_fls_512-522.pdf> Acesso 22 dez. 2018

XIMENES, Julia Maurmann. **Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito.** Disponível em http://www.iesb.br/ModuloOnline/Atena/arquivos_upload/> Acesso em 20 jan. 2013.