

OS IMPACTOS DA LEI 13.786/2018 NAS RELAÇÕES DE CONSUMO EM IMÓVEIS ADQUIRIDOS NA PLANTA NAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS

Roberto Corrêa dos Anjos

Licenciado em Educação Física e Desportos (UFRJ) e Advogado (UCAM); Mestre em Ciências do Desporto e Educação Física (UERJ); Especialista em Direito Imobiliário; Diretor da Escola de Saúde e Educação e Coordenador de Graduação em Educação Física – Centro Universitário São José. Professor Assistente da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

Fernando Galvão de Andréa Ferreira

Professor Titular da UniSãoS José

RESUMO

O presente estudo teve como objetivo analisar se as inovações trazidas pela Lei 13.786/2018, conhecida como “lei do distrato”, que alterou a Lei 4.591/64, se apresentam de forma mais benéfica ou mais gravosa para os consumidores. Buscamos identificar as condições do mercado imobiliário brasileiro, especialmente no que se refere aos contratos de compra e venda de imóveis através de incorporações, que deram origem a lei analisada. Identificamos, com base na doutrina, algumas atecnicas na construção do texto legal. Por meio de comparação entre a jurisprudência anterior à publicação da lei 13.786/2018 e o novo texto legal, vislumbramos que a nova lei cumpre o papel de regulamentar importante fenômeno econômico e, de certa forma, traz alguma segurança jurídica na relação entre promissários compradores e promitentes vendedores de imóveis adquiridos na planta. Ao realizarmos esta comparação e ao submetemos a nova lei ao espectro do Código de Defesa do Consumidor, concluímos que a Lei 13.786/2018 trouxe inovações mais gravosas aos consumidores e que ainda suscitará muitas demandas judiciais, sendo imperioso acompanharmos as decisões com base na novel legislação para identificarmos como a jurisprudência irá se formar, no caso de demandas referentes a rescisão unilateral e resolução por inadimplemento nas relações de consumo de imóveis adquiridos em incorporações imobiliárias.

Palavras-chave: incorporação; distrato; rescisão; lei 13.786/2004.

ABSTRACT

The present study aimed to analyze whether the innovations brought by Law 13,786/2018, nicknamed as the “law of distraction”, which amended Law 4,591/64, are more beneficial or more burdensome for consumers. We seek to identify the conditions of the Brazilian real estate market, especially with regard to contracts for the purchase and sale of real estate through incorporations, which gave rise to the law analyzed. We identified, based on the doctrine, some atechcies in the construction of the legal text. By comparing the jurisprudence prior to the publication of law 13.786/2018 and the new legal text, we envision that the new law fulfills the role of important regulatory economic phenomenon and, in a way, brings some legal certainty in the relationship between provisional buyers and promitent sellers of real estate acquired in the plant. By making this comparison and by subjecting the new law to the spectrum of the Consumer Protection Code, we conclude that Law 13.786/2018 brought more serious innovations to consumers and that it will still raise many lawsuits, and it is imperative that we follow the decisions based on the novel legislation to identify how jurisprudence will be formed, in the case of demands regarding unilateral resilience and resolution by default in the consumption relationships of real estate acquired in real estate developments.

Keywords: embedding; distraction; resilience; law 13.786/2004.

1. Introdução

Mesmo com a repercussão negativa da crise da bolha imobiliária de 2008, ocorrida nos Estados Unidos, o mercado imobiliário brasileiro viveu uma era de ouro entre 2008 e 2014.

Impulsionada pelo crescimento econômico mundial, refletido também na economia brasileira, por uma política nacional de crescimento baseado no consumo, queda nos índices de desemprego e aumento da renda da população, houve uma significativa expansão na liberação de crédito para a aquisição de imóveis.

De acordo com dados da Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP (ABECIP, 2011),

O volume dos financiamentos para aquisição e construção de imóveis cresceu 42% em 2011 - novo recorde histórico no Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE).

Em 2011, de janeiro a dezembro, foram financiadas 493 mil unidades, com crescimento de 17% em relação ao número registrado em 2010.

Essa expansão se repetiu nos anos seguintes, atingindo a marca recorde de:

R\$ 10,6 bilhões, alta de 2,7% em relação a dezembro de 2013 e de 18,3% em relação a novembro de 2014.

Com o desaquecimento da economia mundial, cujos indícios já podiam ser percebidos em 2013, somado à insegurança quanto a realização de investimentos no país, face a crise política que culminou com o impeachment de Dilma Rousseff, 2015 interrompeu a linha ascendente do crescimento do mercado imobiliário brasileiro.

Mesmo com um crescimento de 16,2% de novembro para dezembro de 2015, o mercado experimentou uma queda de 36,6% no volume de unidades financiadas e 55,2% no volume de empréstimos, comparando-se os 12 meses de 2015 com o mesmo período de 2014.

A crise do mercado trouxe consigo outro fenômeno. Com a perda da renda e diante da mudança nas regras para concessão, houve maior dificuldade de conseguir aprovação para o financiamento necessário para quitar o saldo devedor pós construção, levando muitos adquirentes a tentar o distrato, via de regra em vão.

Diante da constante negativa das incorporadoras em ouvir os apelos dos promissários compradores ou, na melhor das hipóteses, a aceitação do distrato face a retenção de valores que chegavam à 60% do montante já pago, os adquirentes não viam outra alternativa senão demandar em juízo, ações de rescisão unilateral.

Segundo estudo elaborado pela Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência – SEPRAC (SEPRAC, 2018, p. 3), o distrato ocorre, essencialmente, por três razões:

1) dificuldades financeiras supervenientes dos compradores (perda de emprego, por exemplo); 2) dificuldade de obtenção de financiamento para quitar o saldo devedor na entrada do imóvel; 3) perda de valor de mercado do imóvel. As três razões se acentuam durante períodos de crise, como a que viveu a economia brasileira entre 2014 e 2016.

Ainda segundo a SEPRAC (2018, p. 7), em 2016, “os distratos chegaram a representar quase 50% dos recebíveis dos incorporadores de capital aberto”.

A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, que dispõe sobre o condomínio em edificações e as

incorporações imobiliárias, era silente quanto a possibilidade de rescisão contratual limitando-se, em seu art. 32, § 2º, com redação dada pela Lei nº 10.931, de 2004, a afirmar serem irretratáveis os contratos de compra e venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de unidades autônomas.

Destarte, a Lei 10.931/2004 reafirmou o *pacta sunt servanda*.

O Código de Defesa do Consumidor atenuou o *pacta sunt servanda* e a autonomia da vontade em proteção ao consumidor, que é a parte mais vulnerável na relação de consumo.

É pacífico que a relação jurídica mantida entre os adquirentes de imóveis comprados na planta e a incorporadora, na maior parte dos casos, está sujeita ao regramento protetivo do CDC, uma vez que os promissários compradores e os promitentes vendedores, via de regra se encaixam, respectivamente, nos conceitos de consumidor e fornecedor, dispostos nos artigos 2º e 3º do referido diploma normativo. Duas questões principais passaram a dominar as discussões trazidas em juízo: (1) ser ou não possível a rescisão unilateral por parte do adquirente consumidor; (2) qual o percentual sobre os valores já pagos pelo adquirente demandante poderia ser retido pela incorporadora demandada.

Com relação a primeira questão, não houve divergências. A jurisprudência foi firme e uníssona em permitir a possibilidade de rescisão unilateral imotivada, mesmo quando o promissário comprador se encontra inadimplente.

O compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, 2010)

Uma vez possível o desfazimento do negócio jurídico, coube também aos tribunais estabelecer os percentuais a serem devolvidos.

Neste sentido, as decisões judiciais, quase que unanimemente, apontaram para a possibilidade de retenção por parte das incorporadoras, de percentual variante entre 10% a 25% dos valores já quitados, considerando-se cada caso concreto. Este passou a ser o entendimento, inclusive, do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

As incorporadoras sempre se manifestaram, em juízo ou fora dele, sobre o risco que as decisões judiciais extremamente benéficas aos adquirentes trazia para o mercado imobiliário, uma vez que, diante da possibilidade da rescisão imotivada, os promissários compradores passaram a pleitear o desfazimento do contrato, simplesmente porque o imóvel adquirido sofreu desvalorização, sem com isso sofrerem perdas, uma vez que o dinheiro desembolsado tinha que ser restituído em parcela única, com correção monetária a partir do desembolso de cada parcela.

Alguns chegaram a afirmar que essas decisões eram, em parte, responsáveis pela crise vivida no setor, no triênio 2014-2016.

Ameaçado o recebimento do crédito prometido pelos adquirentes, ameaçada estará a obra e, portanto, toda a coletividade dos compradores do empreendimento.

Justamente em razão de decisões desarrazoadas como essas é que o mercado imobiliário passou a criticar duramente a facilidade com que os adquirentes poderiam extinguir os contratos e ainda obter a restituição do percentual entre 80% a 90% dos valores pagos (GOMIDE, 2019, p. 3)

Com decisões desfavoráveis aos seus interesses na quase totalidade das ações, coube aos empresários buscarem o caminho da alteração legislativa, objetivando impedir ou pelo menos dificultar a rescisão

unilateral.

Nesse sentido foi promulgada a Lei 13.786/2018 que acrescentou os arts. 35-A, 43-A e 67-A à Lei 4.591/1964, além de alterar a Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que trata do Parcelamento do Solo Urbano.

A Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018 serviu como um marco legal para os contratos de alienação de imóveis na planta e em loteamento, contendo regras para o inadimplemento desses contratos.

O objetivo dessa lei é disciplinar o desfazimento do contrato causado por culpa de uma das partes (resilição unilateral ou resolução por inadimplemento). (LEYSER, 2019, p. 1)

Diante de todo o exposto, o objetivo do presente estudo foi verificar se a Lei 13.786/2018 trouxe alterações benéficas ou gravosas para os consumidores, exclusivamente no que se refere a parte que trata da resolução do contrato por inadimplemento do adquirente de unidade autônoma em incorporação imobiliária.

Na Revisão da Literatura revisitamos conceitos como: resilição, distrato e resolução por inadimplemento, uma vez que o texto legal analisado, ao nosso ver, apresenta algumas atecnias.

A fim de concluirmos se a lei objeto deste estudo favoreceu ou dificultou a vida dos consumidores, realizamos uma análise hermenêutica considerando o CDC, as decisões judiciais anteriores à nova lei e o texto normativo, ora em vigor.

2. Revisão da Literatura

2.1 A CONJUNTURA DAS INCORPORAÇÕES IMOBILIÁRIAS E O SURTI- MENTO DA LEI LEI 13.786/2018

O ano de 2008 ficou marcado mundialmente pelo estouro da bolha imobiliária nos Estados Unidos. A conjunção de diversos fatores, dentre eles a política afirmativa de facilitação na concessão de empréstimos bancários para as minorias e indivíduos de baixa renda, o surgimento das empresas Fannie Mae e Freddie Mac, criadas pelo Congresso Americano para garantir a liquidez ao mercado de hipotecas em negócios imobiliários e a securitização das hipotecas lastreadas, levaram o mercado imobiliário americano à maior crise de toda a sua história.

Em um movimento que poderia ajudar a aumentar as taxas de propriedade residencial entre minorias e consumidores de baixa renda, a Fannie Mae Corporation está aliviando os requisitos de crédito em empréstimos que comprará de bancos e outros credores.

Em julho, o Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano propôs que, até o ano de 2001, 50% da carteira de Fannie Mae e Freddie Mac fosse composta de empréstimos para mutuários de baixa e moderada renda. No ano passado, 44% dos empréstimos que Fannie Mae comprou eram desses grupos. (HOLMES, 1999)

Endividados, os adquirentes dos imóveis se tornaram inadimplentes, pois a crise levou à queda dos preços e o valor das hipotecas viram-se maiores que os valores dos próprios imóveis. Muitos investidores abandonaram as unidades adquiridas sem quase nenhuma perda, uma vez que haviam sido compradas com entrada zero e taxas de juros baixíssimas.

As instituições financeiras experimentaram duras perdas. Algumas quebraram, como no emblemático caso do Lehman Brothers que pediu falência em 2008; outras dependeram do socorro bilionário do FED (Banco Central Americano).

No Brasil o mercado imobiliário se encontrava em plena expansão. Embora as notícias da quebraadeira nos EUA trouxessem alguma inquietação, os especialistas foram unânimes e firmes em afirmar que o fenômeno jamais se repetiria em terras brasileiras, primeiro porque o nosso sistema bancário é muito mais regulamentado; segundo, porque a concessão dos empréstimos para os financiamentos passa por uma análise muito mais criteriosa das condições creditícias do tomador.

[...] a crise de subprime nos Estados Unidos teve como base juros baixos, com juros reais próximos de zero, a expansão do crédito de qualidade inferior (subprimes), a passividade e complacência por parte do Federal Reserve e agências de rating e principalmente pela difusão do mecanismo de securitização e a possibilidade de realização de mais de uma hipoteca sobre o mesmo imóvel, podendo ela ser inclusive acima do valor do mesmo.

[...] esse cenário não tem qualquer similaridade com o vivido no Brasil nesses últimos anos, sempre com taxas de juros mais elevadas e sem essa passividade por parte do Banco Central. (MATOS, 2017, p. 27)

Fato é que, entre 2008 e 2014, o mercado imobiliário brasileiro manteve-se em plena expansão. De acordo com a Associação Brasileira das Entidades de Crédito Imobiliário e Poupança – ABECIP (2011, p. 3) “os financiamentos imobiliários atingiram o montante de R\$ 8,2 bilhões, crescimento de 34% em comparação a dezembro de 2010”.

Em dezembro de 2011, os financiamentos imobiliários atingiram o montante de R\$ 8,2 bilhões, crescimento de 34% em comparação a dezembro de 2010.

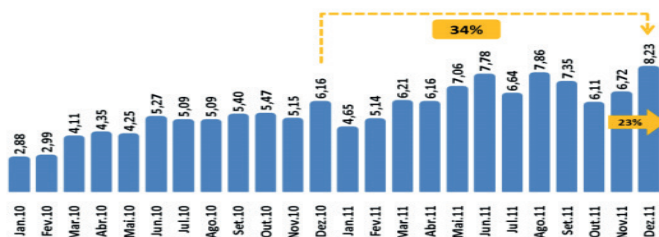


Gráfico 1 - Montante de financiamentos - Jan/2010 - Dez/2011.¹

Ainda segundo a ABECIP (2015, p. 1), o mercado experimentou, em 2014, o melhor dezembro da história.

1 Extraído de ABECIP, 2011, p. 3 - <https://www.abecip.org.br/admin/assets/uploads/anexos/data-abecip-2011-12.pdf>

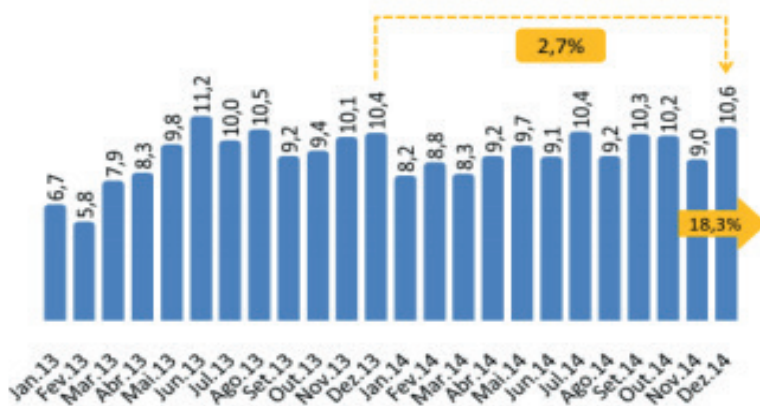


Gráfico 2 - Montante de financiamentos - Jan/2013 - Dez/2014²

Impulsionada pelo alto preço das commodities e da relação comercial com a China, a economia brasileira viveu momentos de muita prosperidade até o ano de 2011.

Houve significativo aumento na renda da população, especialmente entre as camadas menos favorecidas sócio economicamente, com elevação do salário mínimo em 72,31%, de 2003 a 2014. (GARCIA, 2016)

O boom que o país viveu nesses anos, capitaneado por uma demanda internacional aquecida, principalmente chinesa, fez com que a renda familiar da população brasileira aumentasse em grande medida. Esse aumento, majoritariamente da Classe C brasileira, fez com que a mesma ganhasse o título de nova classe média. A classe C chegou a receber mais de 40 milhões de novos membros, passando a ter um total de aproximadamente 100 milhões de pessoas, ou seja, mais de 50% da população, segundo levantamento da Fundação Getúlio Vargas (FGV). (MATOS, 2017, p. 30)

Com o agravamento da crise que atingiu em cheio os EUA em 2008, houve uma desaceleração da economia mundial, incluindo os países da Europa e a China, que se transformara no principal parceiro econômico do Brasil.

Tendo apostado em um crescimento econômico baseado no aumento do consumo e não na produtividade, o país foi um dos últimos a sentir os impactos da recessão mundial. Políticos do governo, em especial o então Presidente Lula, se referiam a crise como uma “marola”.

Os efeitos da crise mundial passaram a ser sentidos mais fortemente no Brasil, a partir de 2014. Em paralelo, houve o início da maior operação de combate a corrupção já vista no país, a Lava Jato, que desbaratou diversos esquemas de fraudes e propinas entre as empreiteiras e o governo brasileiro, levando diversos políticos influentes para a cadeia, com destaque para o ex-governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, e para o próprio Presidente Lula.

A crise política se intensificou em 2015. A derrocada da economia brasileira era o pano de fundo necessário para os ataques ao Palácio do Planalto. Embora não houvesse ligação direta entre as ações da Lava Jato e os alicerces do processo de afastamento da Presidente Dilma Rousseff, que acabou ocorrendo em 31 de agosto de 2016 sob a alegação do cometimento de “pedaladas fiscais”, certo é que os “panelaços” e manifestações populares nas ruas de todo país foram determinantes para a votação

2 Extraído de ABECIP, 2015, p. 1 - <https://www.abecip.org.br/admin/assets/uploads/anexos/data-abecip-2014-12.pdf>

do *impeachment*.

Essa conjuntura se configurou como contrária a realização de novos investimentos. Com a diminuição da procura, os preços dos imóveis começaram a cair. Além disso, a perda da renda dos adquirentes de imóveis na planta, a alta dos juros e a maior dificuldade na obtenção de crédito para o financiamento do saldo devedor no ato da entrega das chaves, aumentou consideravelmente o número de promissários compradores a pedir o distrato.

É importante termos claro como se dá o processo de aquisição de um imóvel na planta para que possamos entender por que e quando, via de regra, ocorre o pedido de distrato.

O interessado na compra de um imóvel na planta é apresentado a um empreendimento por meio de uma empresa especializada em corretagem de imóveis. Discutido o preço e a forma de pagamento, ocorre o desembolso de uma entrada girando em torno de 20% do preço total do imóvel. Durante a construção do imóvel, haverá o pagamento de um valor determinado, podendo ser pago à vista ou em parcelas. O número de parcelas costuma corresponder ao número de meses, da assinatura da promessa de compra e venda até a previsão de entrega das chaves.

Ocorrendo adimplência de ambas as partes, a entrega das chaves é a hora de pagar o saldo devedor. Esse saldo deve ser pago com recursos próprios ou por meio de um financiamento, obtido diretamente com a incorporadora ou, como na maioria dos casos, com instituições financeiras.

Importante ressaltar que as promessas de compra e venda são assinadas em caráter irrevogável, por força do ar. 32, § 2º da Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.

No momento das tratativas é feita uma análise rigorosa das condições creditícias do promissário comprador. Se não houver a aprovação de crédito para financiamento do saldo devedor, não ocorrerá a assinatura do contrato.

Ocorre que, em virtude das dificuldades econômicas e políticas experimentadas no triênio 2014-2016 no Brasil, houve considerável perda de renda da população, mudança nas regras para concessão de financiamentos com aumento das taxas de juros e diminuição do prazo para o pagamento do saldo devedor. Diante deste cenário, muito adquirentes não conseguiram aprovação de crédito junto às instituições financeiras e, por isso, se viram obrigados a tentar o distrato junto às incorporadoras.

Sob a alegação de que o contrato havia sido firmado em caráter irrevogável e irretroatável e que o distrato comprometeria toda a execução da obra, as incorporadoras quase sempre respondiam de forma negativa. Em raros casos aquiesciam, mas condicionado o distrato à retenção de percentuais que giravam em torno de 60% dos valores desembolsados, além da retenção dos valores pagos a título de comissão- de corretagem, SATI, elaboração de contratos, seguros e outros.

Muitos adquirentes se submeteram às condições impostas pelas incorporadoras. Outros, em número cada vez maior, foram buscar condições mais favoráveis na justiça.

As decisões emanadas dos tribunais pátrios não agradavam em nada o setor e, diante de inúmeras derrotas, os empresários empreenderam iniciativas buscando regulamentar a resilição unilateral através da criação de uma legislação específica.

Ao apagar das luzes do governo de Michel Temer, foi sancionada a Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018, que alterou as Leis nº 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.

Para efeito do presente estudo, nos importam somente os artigos que tratam da incorporação imobiliária.

1.1 AS ATECNIAS LEGISLATIVAS

A Lei 13.786/2018 passou a ser conhecida como “lei do distrato”. Embora a ementa mencione que a mesma visa disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente, o que já dá margem para questionamentos, o uso indevido do termo “distrato” no corpo da lei acaba por gerar essa confusão, destacadamente:

VI - as consequências do desfazimento do contrato, seja por meio de **distrato**, seja por meio de resolução contratual motivada por inadimplemento de obrigação [...]

Art. 67-A. Em caso de desfazimento do contrato celebrado exclusivamente com o incorporador, mediante **distrato** ou resolução por inadimplemento absoluto de obrigação do adquirente [...]

§ 2º Em função do período em que teve disponibilizada a unidade imobiliária, responde ainda o adquirente, em caso de resolução ou de **distrato** [...]

§ 13. Poderão as partes, em comum acordo, por meio de instrumento específico de **distrato**, definir condições diferenciadas das previstas nesta Lei.

Começemos a análise pelo último por ser esse o único momento em que o termo “distrato” é utilizado de forma técnica. Como nos ensina Pablo Stolze,

A resilição bilateral é chamada, pela doutrina e pelo próprio texto codificado, de distrato.

Se foi a autonomia da vontade que estabeleceu a relação contratual, é óbvio que a mesma autonomia poderá desfazê-la, na forma como pactuado, possivelmente celebrando um novo negócio jurídico que estabelece o fim do vínculo contratual, disciplinando as consequências jurídicas deste fato. (GAGLIANO, 2011, p. 277)

Encontramos harmonia entre a definição do doutrinador e o conceito utilizado no § 13 supratranscrito. Isso porque o distrato pressupõe o encontro das vontades das partes. Se puderam estabelecer as bases que geraram o vínculo podem, de igual forma, construir um instrumento consensual de desfazimento do contrato.

Por mera contraposição, percebemos que as outras três inclusões do termo “distrato” na lei em comento, encontram-se desprovidas da melhor técnica.

A novel legislação obriga que o contrato preveja, no seu quadro resumo, as penalidades aplicáveis e os prazos para devolução de valores ao adquirente, no caso do distrato. Ora, considerando a definição de distrato isso nos parece impossível. Não há como prever, que as partes que chegaram a um acordo na vinculação no contrato, possam imaginar que eventos futuros poderão levá-los a realizar a resilição bilateral. Além disso, se o distrato é o encontro das vontades, não há que se falar em punição, mas sim em desfazimento do contrato de forma equilibrada, onde as partes fazem concessões para chegarem ao acordo que leve à extinção do negócio jurídico.

A melhor técnica sugere a utilização da expressão resilição unilateral.

Da mesma forma, nos outros dois diplomas em que o legislador utilizou o termo “distrato”, com base na boa técnica jurídica, deveria ter utilizado resilição unilateral.

Ora, se o distrato é um acordo, qual a razão de as partes se vincularem às bases determinadas na Lei? Não nos parece tecnicamente correto que a lei tenha estabelecido as bases em que as partes ficam sujeitas em caso de acordo. É no mínimo estranho a lei ter disciplinado a consequência jurídica da extinção por resolução (descumprimento) e distrato (acordo), no mesmo dispositivo. (GOMIDE, 2019, p. 5)

Quanto a ementa, nos parece que o diploma legal ora em estudo visa disciplinar a resolução do contrato por inadimplemento do adquirente **e a rescisão unilateral**.

Novamente apoiados em GAGLIANO (2011, p. 279), “partindo-se da concepção tradicional do princípio da força obrigatória dos contratos (*pacta sunt servanda*), é lógico que a extinção unilateral do contrato, por mera manifestação da vontade, não poderia ser bem vinda”

E continua,

Admite-se, portanto, a rescisão unilateral somente com autorização legal expressa ou implícita (pela natureza da avença) e, sempre, com a prévia comunicação à outra parte.

Portanto, a lei 13.786/2018 busca disciplinar, também, a rescisão unilateral por parte do adquirente. Aliás, esse foi o principal motivo de seu nascimento.

A resolução por inadimplemento do adquirente tem fundamento no art. 475, do Código Civil, constituindo-se como um modo de extinção dos contratos.

Assim, se o adquirente queda inadimplente, pode o credor pleitear a resolução do contrato; se a inadimplência é da incorporadora, como no caso do não cumprimento dos prazos avençados, pode o promissário comprador requerer a resolução.

1.2 A JURISPRUDÊNCIA ANTERIOR A PUBLICAÇÃO DA LEI 13.786/2018

A Lei nº 4.591/64 não previa a possibilidade de rescisão unilateral, limitando-se a estabelecer sua natureza irrevogável (*pacta sunt servanda*), no seu art. 32, § 2º.

O Código de Defesa do Consumidor, que mitiga o princípio da força obrigatória dos contratos, e do silêncio da legislação vigente quanto a resolução unilateral, coube aos tribunais buscarem o equilíbrio nas relações entre consumidores e incorporadoras.

A primeira questão a ser enfrentada foi a possibilidade, ou não, de rescisão unilateral por parte do promissário comprador.

A segunda se ateve a qual percentual, sobre o valor pago pelo adquirente, poderia ser retido pelos promitentes vendedores.

Quanto ao primeiro ponto, os tribunais foram uníssonos.

A jurisprudência desta Corte orienta, há muito, que “o compromissário comprador que deixa de cumprir o contrato em face da insuportabilidade da obrigação assumida tem o direito de promover ação a fim de receber a restituição das importâncias pagas” (EREsp 59870/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/04/2002, DJ 09/12/2002 p. 281).

Em que pesem as contra argumentações das incorporadoras, não há divergência quanto a possibilidade de pedido de rescisão unilateral nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis adquiridos em incorporações imobiliárias.

A segunda discussão enfrentou a polêmica sobre o percentual a ser retido pelas vendedoras, no caso de rescisão unilateral.

Obviamente, os promitentes vendedores defendiam a retenção o mais próximo de 100% possível. O argumento tinha como base os custos com a propaganda dos empreendimentos, montagem de estandes, contratação dos corretores, questões administrativas relacionadas a confecção dos documentos, dentre outros.

Com algumas poucas decisões divergentes, a jurisprudência dos tribunais pátrios e dos colegiados

superiores foi no sentido de que, percentual variante entre 10% a 25% se apresentava como razoável. A variação era justificada, exatamente, em função do caso concreto: condições financeiras do consumidor, apresentação por parte das vendedoras de planilha de custos com o empreendimento, dentre outras.

Quanto à retenção dos valores pagos como comissão de corretagem, encontramos decisões judiciais para ambos os lados. Isso porque a jurisprudência do STJ é pela validade da transferência ao consumidor do pagamento da comissão de corretagem nas promessas de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária e, neste caso, as incorporadoras não se veriam obrigadas a devolvê-los, no caso de rescisão unilateral por parte dos adquirentes.

COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. TERMO DE DISTRATO. PERCENTUAL DE RETENÇÃO E COMISSÃO DE CORRETAGEM. Sentença de improcedência. Apelo da autora. [...] **2. Comissão de corretagem. E. STJ firmou entendimento, em regime de recursos repetitivos (REsp 1599511/SP – Tema 938), pela validade da transferência ao consumidor do pagamento da comissão de corretagem nas promessas de compra e venda de unidade autônoma em regime de incorporação imobiliária, desde que, pela forma em que o negócio foi firmado, fique claro que a verba estava sendo paga a esse título, diferenciando-se do restante dos valores despendidos. Restituição indevida.** 3. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP - AC: 10420552120158260002 SP 1042055-21.2015.8.26.0002, Relator: Mary Grün, Data de Julgamento: 13/09/2019, 7ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 13/09/2019)

Mas há decisões com entendimento de que a comissão de corretagem, assim como todos os demais valores desembolsados, já estaria contemplada no percentual deferido para retenção.

PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESILIÇÃO UNILATERAL PELO ADQUIRENTE. **RETENÇÃO DA COMISSÃO DE CORRETAGEM E DA DESPESA COM PUBLICIDADE. IMPOSSIBILIDADE.** Incabível, no caso, a retenção das despesas administrativas além do percentual previsto na cláusula penal, pois o valor da comissão de corretagem foi pago em separado pelo comprador, entretanto a incorporadora não comprovou a atuação do corretor, nem seu efetivo pagamento, enquanto os gastos com publicidade tratam-se de encargos inerentes ao negócio e, portanto, é abusiva a cláusula que prevê sua dedução. (TJ-DF 20150110875482 DF 0026379-81.2015.8.07.0001, Relator: FERNANDO HABIBE, Data de Julgamento: 14/03/2018, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 16/03/2018. Pág.: 372/383)

1.3 AS INOVAÇÕES DA LEI 13.786/2018

Como visto, a Lei 13.786/2018 teve por objetivo regulamentar a rescisão unilateral e a resolução por inadimplemento do adquirente, uma vez que a Lei 4.591/64 não o fazia. Para facilitar a construção deste texto, os artigos, parágrafos e incisos serão citados com base na lei alterada, 4.591/64. Seguem as principais inovações trazidas.

2.4.1 Direito de Arrependimento

Diz o artigo 67-A, § 10:

§ 10. 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.

Merece destaque a opção do legislador em condicionar o exercício do direito de arrependimento aos contratos firmados em estandes de vendas e fora da sede do incorporador. Além de não visualizarmos o motivo para a distinção, nos parece óbvio que as incorporadoras irão orientar as imobiliárias para que os contratos sejam assinados em suas sedes.

2.4.2 Percentuais de Retenção

A nova lei cria dois diferentes percentuais: 25% de retenção ou 50% para os casos nos quais há o chamado “patrimônio de afetação”.

Antes da nova lei, a jurisprudência era na direção de percentual de retenção variando de 10% a 25%, a partir da análise concreta do caso. A nova lei retira o caráter subjetivo ao estabelecer que a pena convencional não poderá exceder a 25% dos valores pagos.

Os contratos de promessa de compra e venda de imóveis por incorporação têm a natureza de contrato de adesão, onde o promissário comprador não tem nenhuma ou quase nenhuma possibilidade de alterar suas cláusulas. Podemos esperar uma cláusula penal padrão em todos os contratos, estabelecendo a retenção de 25% no caso de rescisão unilateral.

Outro ponto interessante se refere à majoração do percentual para 50%, no caso de “patrimônio de afetação”. Não é nosso objetivo discutir a finalidade do patrimônio de afetação, mas acreditamos que a diferenciação dos percentuais se deve ao fato de que, na visão do legislador, uma restituição em bases inferiores poderia comprometer a continuidade do empreendimento que, no caso do patrimônio de afetação, não se confunde com o patrimônio da incorporadora como um todo.

2.4.3 Prazos para Restituição

O § 5º, do artigo 67-A estabelece que, no caso de empreendimento submetido ao patrimônio de afetação, os valores deverão ser restituídos no prazo máximo de 30 dias, a contar da data de entrega do habite-se. Na grande maioria dos casos, o pedido de rescisão unilateral se dá quando o promissário comprador deve quitar o saldo remanescente, assim sendo, no momento da entrega das chaves, condicionada a emissão do habite-se. Na prática há pouca mudança com o que já ocorre hodiernamente.

§ 6º Caso a incorporação não esteja submetida ao **regime do patrimônio de afetação** de que trata a Lei nº 10.931, de 2 de agosto de 2004, e após as deduções a que se referem os parágrafos anteriores, se houver remanescente a ser ressarcido ao adquirente, **o pagamento será realizado em parcela única, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da data do desfazimento do contrato.**

Manteve-se, neste caso o que já vinha ocorrendo, ou seja, o pagamento em parcela única, mas inovou-se quanto ao prazo. Note que foi criada uma regra específica para o caso da submissão da incorporação ao regime de patrimônio de afetação. O prazo de 180 dias é justificado para que não haja uma quebra do fluxo de caixa da SPE, criada para o empreendimento. A incorporadora tem um prazo para tentar renegociar a unidade cujo contrato fora desfeito e ressarcir o adquirente original.

§ 7º Caso ocorra a **revenda da unidade** antes de transcorrido o prazo a que se referem os §§ 5º ou 6º deste artigo, **o valor remanescente devido ao adquiren-**

te será pago em até 30 (trinta) dias da revenda.

Não se justificaria, no caso de revenda da unidade objeto da rescisão, aguardar o prazo de 180 dias para restituir o percentual devido ao adquirente.

2.4.5 Deduções

A nova lei determina, no inciso I, do art. 67-A, a dedução da integralidade da comissão de corretagem, resolvendo a questão das decisões divergentes. Andou bem o legislador, pois o corretor de imóveis cumpriu sua tarefa de aproximar as partes e conduzir ao fechamento do negócio. Não pode ser obrigado a restituir sua comissão no caso de desfazimento, tampouco a incorporadora pode ser obrigada a restituir algo que não recebeu.

O § 2º estabelece outras deduções. Destacamos o previsto no inciso IV.

IV - demais encargos incidentes sobre o imóvel e despesas previstas no contrato.

A lei também resolve a polêmica sobre a devolução de taxas de seguro de obra, taxas de ligações de serviços públicos e outras. Se estiverem previstas no contrato e a incorporadora comprovar seus pagamentos, os valores serão deduzidos do total a ser restituído, no caso de rescisão unilateral pelo adquirente.

1.4 A LEI 13.786 E O CDC

Conforme Paulo Luiz Neto Lôbo, apud GAGLIANO (2011, p. 95),

[...] o princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após a sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes [...]

O Código de Defesa do Consumidor dispõe, em seu art. 51, que são nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

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

Nos ensinamentos de Nelson Nery Junior, citado por FILHO (2011, p. 171),

[...] cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, nº 1, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato torna inválida a relação contratual pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verifica nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a quem são carreados todos os ônus do contrato.

Analisando os artigos 35-A, 43-A e 67-A da Lei 4.591/64, introduzidos pela Lei 13.786/2018, percebemos que, claramente estamos diante de uma afronta ao princípio do equilíbrio contratual, ou

como prefere GAGLIANO (2011), princípio da equivalência material.

O artigo 35-A determina que o quadro resumo do contrato deverá explicitar, dentre outras coisas, as consequências do distrato (já vimos a atecnia presente na utilização do termo) e da resolução por inadimplemento, seja por parte do promissário comprador ou do promitente vendedor.

O parágrafo 1º, do art. 43-A, estabelece que, no caso de inadimplemento da incorporadora, o comprador poderá requerer a resolução do contrato e receber os valores pagos integralmente, além da multa estabelecida.

Já o inciso II e o parágrafo 5º, ambos do art. 67-A, estabelecem cláusulas penais permitindo a retenção de até 25% ou até 50%, conforme o caso, exclusivamente para o caso do pedido de rescisão unilateral por parte do adquirente.

Sabedores que somos de que os contratos de compra e venda de imóveis por incorporação são contratos de adesão, nos parece óbvio que o promissário comprador se verá diante da necessidade de se sujeitar a uma cláusula penal lhe impondo a perda de 25% (ou 50% no caso do regime de patrimônio de afetação) do montante que haja desembolsado, sem prejuízo das deduções previstas na própria lei, sem uma cláusula penal correspondente que imponha o mesmo percentual de multa sobre o valor desembolsado, no caso da inadimplência ser da incorporadora.

Para manter o equilíbrio contratual necessário a formação do negócio jurídico com respeito ao princípio da boa-fé, a lei deveria garantir que a multa penal convencionada deverá ser exatamente a mesma, tanto no caso de rescisão unilateral como no caso da resolução por inadimplemento, seja de uma ou de outra parte.

3. Conclusão

O mercado imobiliário brasileiro viveu um momento de crescimento acelerado entre 2008 e 2014, com uma vertiginosa queda a partir de 2015, face a crise econômica mundial e a incerteza política pela qual passava o país.

Neste cenário, foi sancionada a Lei 13.786/2018, que alterou a Lei 4.591/64, para disciplinar a rescisão unilateral e a resolução por inadimplemento do adquirente.

A nova legislação cumpre um importante papel social, uma vez que regulamenta algo que vinha ocorrendo e que não recebia o devido tratamento legislativo, o que acabava por gerar um grande contencioso e problemas quanto a segurança jurídica dos negócios referentes a aquisição de imóveis por meio de incorporação.

Em que pese o reconhecimento da importância da lei, nos parece pela análise das inovações trazidas, que se apresenta de forma mais gravosa para os consumidores.

Quando comparamos a jurisprudência anterior à publicação da lei com o novo texto legal, percebemos que em quase todos os aspectos ela se mostra desfavorável ao consumidor.

Enquanto a jurisprudência determinava a imediata restituição dos valores pagos em parcela única, a lei estabelece prazos diferenciados, de acordo com o caso concreto, mas nunca de forma imediata, mesmo quando a resolução se der por culpa exclusiva da incorporadora, como denota o art. 43-A, § 1º.

A jurisprudência determinava um percentual de retenção variante entre 10% a 25%, de acordo com cada caso. A lei 13.786/2018 extingue a análise subjetiva de cada caso e estabelece uma pena de até 25% de retenção. Por se tratar de contrato de adesão, todos os contratos firmados a partir da nova lei tenderão a estabelecer uma cláusula penal de 25%.

A lei afronta o princípio do equilíbrio contratual ao estabelecer multa de até 25%, no caso de resolução por inadimplemento do promissário comprador ou de rescisão unilateral, sem estabelecer o mesmo

percentual para o caso de o inadimplemento ser do promitente vendedor, limitando a dizer que a cláusula penal no segundo caso deverá ser estipulada em comum acordo. Ora, não há comum acordo em contratos de adesão: ou o consumidor se submete ou não adquire a tão sonhada casa própria.

É importante ressaltar que, diferentemente do que ocorre na hermenêutica do art. 157 do Código Civil de 2002, que vincula a figura da lesão à premente necessidade ou a inexperiência na assumpção de obrigação manifestamente desproporcional, “para a configuração da lesão prevista no CDC, basta a existência da desproporção, independentemente do requisito de uma parte estar muito necessitada ou estar agindo com inexperiência”. (FILHO, 2011, p. 186)

Sugerimos um aprofundamento quanto a análise da nova legislação em comparação com a jurisprudência anterior à sua publicação, bem como sua legalidade a luz do CDC.

Por fim, é muito provável que, embora a lei tenha dado conta de estabelecer alguns eixos com relação a pontos dos quais a legislação anterior não cuidava, certamente outros, como alguns levantados ao longo do presente estudo, suscitarão conflitos que dependerão da intervenção da Justiça. Neste sentido, é imperioso acompanharmos, também, como a jurisprudência irá se formar a partir das decisões que forem emanadas com base na nova normativa.

4. Referências Bibliográficas

ABECIP. Financiamento imobiliário cresce 42% em 2011 e atinge novo recorde histórico. **Boletim Informativo de Crédito Imobiliário e Poupança**, 2011. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/admin/assets/uploads/anexos/data-abecip-2011-12.pdf>>. Acesso em: 2019.

ABECIP. O melhor dezembro da história do crédito imobiliário, com empréstimos de R\$ 10,6 bilhões. **Boletim Informativo de Crédito Imobiliário e Poupança**, 2015. Disponível em: <<https://www.abecip.org.br/admin/assets/uploads/anexos/data-abecip-2014-12.pdf>>. Acesso em: 2019.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de Dezembro de 1964. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias.** Brasília: Congresso Nacional, 1964.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. **Lei nº 13.786, de 27 de dezembro de 2018. Altera as Leis nº 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.** Brasília: Diário Oficial da União, 2018.

FILHO, S. C. **Programa de Direito do Consumidor.** 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, P. S. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos - Teoria Geral.** 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, v. IV, 2011.

GARCIA, G. Entenda a Crise Econômica. **Agência Brasil**, 2016. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica>>. Acesso em: 2019.

GOMIDE, A. J. Lei 13.786/2018 (Lei dos “Distratos”): Primeiras Impressões a Respeito da Extinção da Relação Contratual. **GENJURÍDICO**, 2019. 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: 2019.

HOLMES, S. A. Fannie Mae Eases Credit To Aid Mortgage Lending. **The New York Times**, 1999. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/1999/09/30/business/fannie-mae-eases-credit-to-aid-mortgage-lending.html>>. Acesso em: 2019.

LEYSER, M. F. V. R. Considerações e jurisprudência sobre a recente lei do distrato. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <Considerações e jurisprudência sobre a recente lei do distrato>. Acesso em: 2019.

MATOS, T. O. R. T. D. **A expansão do mercado imobiliário no Brasil: Um paralelo entre a evolução dos preços no mercado brasileiro e a bolha imobiliária norte-americana**. Monografia de Final de Curso de Ciências Econômicas da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. 2017.

SEPRAC. Nota técnica – Distratos imobiliários. **Ministério da Fazenda**, 2018. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/centrais-de-conteudos/notas-tecnicas/2018/2018-07-04_distrato_nota.pdf/view>. Acesso em: 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Súmulas do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - SÚMULA 1. **TJSP**, 2010. Acesso em: 2019.