

O (DES)EQUILÍBRIO NO ATUAL CENÁRIO DE DESFAZIMENTO DO CONTRATO DE AQUISIÇÃO DE IMÓVEL. LEI DOS DISTRATOS. PROTEÇÃO ÀS CONSTRUTORAS OU AOS CONSUMIDORES?

Anna Gabriella Oliveira dos Santos¹

Introdução

Especialmente a partir da crise de 2014, que ocasionou altos estoques de unidades imobiliárias pelas incorporadoras e, conjuntamente, um grande desequilíbrio entre a oferta e a demanda no mercado imobiliário, foi verificado um período de grandes desfazimentos contratuais, sobretudo, no que concerne aos contratos de compra e venda de bens imóveis.

Nesse cenário, claramente, não era difícil observar o ajuizamento de uma quantidade excessiva de ações judiciais que versavam sobre direitos do consumidor ligados às hipóteses de rescisão unilateral, levando-se em consideração que o valor contratado para aquisição do imóvel na “planta” se tornava, por vezes, desvalorizado em relação ao momento de entrega das chaves do respectivo imóvel.

Assim sendo, com o crescimento das demandas consumeristas pertinentes aos processos judiciais imobiliários, o advento da chamada “Lei dos Distratos” (Lei 13.786/2018), criou, sem sombra de dúvidas, uma expectativa de que as regras relacionadas ao inadimplemento contratual para a alienação de imóveis em construção, seja na modalidade de Loteamento e/ou de Incorporação Imobiliária, regidos, respectivamente, pela Lei 6.766/79 e Lei 4.591/64, seriam amparadas por dispositivos cujo principal escopo seria a imposição de limites ao construtor (loteador ou incorporador) e, por conseguinte, proteção ao adquirente, ou seja, a parte hipossuficiente da relação contratual.

1 Acadêmica de Direito na Universidade de Pernambuco (UPE). Estagiária na área de Direito Imobiliário na Coelho & Dalle Advogados. Monitora das disciplinas de Direito Empresarial I e II na Universidade de Pernambuco. Ex-integrante do Diretório Acadêmico do curso de Direito da Universidade de Pernambuco.



É de se notar, inclusive, que as disposições do Código de Defesa do Consumidor (CDC) aplicam-se aos contratos de compra e venda de unidades imobiliárias resultantes de loteamento e incorporação, por serem normas gerais de contratos de consumo, sendo o CDC, portanto, necessário ao preenchimento de lacunas legislativas para estas modalidades de contratação. Incumbe frisar, também, que a aplicação do CDC consubstancia um sistema de proteção do adquirente de bem imóvel futuro, com o objetivo de suprir a vulnerabilidade do adquirente nesse contexto específico. Contemplando isso, a própria Lei dos Distratos traz referência ao referido código em alguns de seus dispositivos, dentre os quais: o artigo 2º, que acrescenta à Lei 4.591/64 o art. 35-A, VIII e o art. 35-A§ 2; e o artigo 3º, que acrescenta à Lei 6.766/79 o art. 26-A, VII e o art. 26-A, § 2.

Diante disso, ao longo do presente texto, procurar-se-á evidenciar os aspectos principais da Lei de Distratos em relação ao consumidor, de modo a propiciar uma visão crítica acerca da instituição da nova Lei e a existência de um desequilíbrio entre as partes contratantes.

1 Da Aplicação da Lei de Distratos Imobiliários e o CDC. Da Proteção Conferida às Partes.

No que tange ao consumidor e à nova Lei dos Distratos, é válido salientar que é admissível a rescisão imotivada nos casos em que o saldo devedor não tenha sido integralmente pago. Isso se deve ao fato de que seria considerada inconstitucional a prática de abusos por parte do fornecedor, um verdadeiro direito potestativo e recriminado pelo ordenamento jurídico, em detrimento do adquirente hipossuficiente.²

Ainda no que se refere ao desfazimento contratual, incumbe destacar que, se por um lado, a pretensão de extinção dos contratos pode surgir em função da insuportabilidade financeira do comprador, por outro lado, ocorrem casos em que o próprio comprador simplesmente desiste da compra, de maneira imotivada, sem sequer alegar ou comprovar a sua suposta insuportabilidade financeira. Basicamente, basta que o adquirente ingresse com a demanda, por exemplo, afirmando que não tem mais possibilidade de continuar com o pagamento das parcelas do preço acordadas, que o contrato poderá ser julgado pelos tribunais pátrios como rescindido.³

² OLIVEIRA, Carlos E. Elías de; SILVA, Bruno Mattos e. *A recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento*. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-lei-distrato.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.

³ ROCHA DOS SANTOS, Lourdes Helena; CAPRIO LEITE DE CASTRO; Fábio. *Os distratos e a necessidade de preservação do direito social e coletivo no âmbito das incorporações imobiliárias*. Te-



Levando-se isso em conta, uma questão que merece especial destaque diz respeito a quem poderá ser considerado consumidor nas hipóteses de desfazimento contratual da Lei 13.786/2018. Como a nova Lei não menciona quem poderá ser considerado consumidor, deve-se recorrer ao conceito extraído pelo próprio CDC que, em seu art. 2º, conceitua como consumidor “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Outro ponto igualmente importante e que tem gerado bastante polêmica desde a apresentação do projeto de Lei, diz respeito ao percentual de retenção no caso de inadimplência por parte do adquirente quando a incorporadora estiver sob o regime de patrimônio de afetação. Nesse caso, a pena convencional poderá perfazer o limite de até 50% (cinquenta por cento) da quantia paga pelo imóvel. Anteriormente à instituição da Lei, tal percentual estava adstrito a uma faixa entre 10 a 25% da referida quantia.

Dessa maneira, enquanto alguns especialistas, como Ricardo Motta, passaram a defender que esta mudança propiciou uma “maior segurança para as empresas e construtoras de imóveis”, outros estudiosos passaram a sustentar que baseado nos princípios norteadores dos contratos, tal dispositivo seria dotado de total inconstitucionalidade. Surgiu-se, em síntese, nada mais do que uma divergência entre os órgãos representativos das construtoras e os órgãos vinculados aos consumidores. Entretanto, diante dessa conjuntura, ambos os polos possuem explicações razoáveis e fundamentadas.

Os autores que defendem maior segurança jurídica, partem de uma perspectiva sobre a qual os contratos não devem trazer onerosidade excessiva para ambas as partes. Ademais, trazem à tona o fato de que a incorporadora possui despesas com administração, publicidade e propaganda. Dessa feita, se o adquirente desistir da compra e o percentual de retenção for baixo, a construtora sairá prejudicada e poderá zerar seus custos. Sob essa ótica, a proteção excessiva conferida ao adquirente poderia restringir a liberdade de escolha de outros consumidores, gerando efeitos nas estruturas de mercado que deveriam ser levados em conta, como ocorrência da ocupação do bem e as despesas efetivamente incorridas pela promitente vendedora.

Portanto, afirmam, em síntese, que, como o contrato foi exposto e aceito pelo comprador, por mais que existam algumas distorções que mereçam ser corrigidas pelo CDC, o que foi acordado entre as partes deverá prevalecer em virtude do pacta sunt servanda.⁴

mas atuais em direito imobiliário 2018. Porto Alegre: Santos Silveiro Advogados, 2018. Disponível em: <<https://ssa.com.br/livro-direito-imobiliario/>>. Acesso em 03 fev. 2019.

4 OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. A recente Lei do Distrato (Lei nº



Por outro lado, os que defendem a inconstitucionalidade do percentual de retenção, partem do pressuposto de que a retenção no patamar de 50%, contrariamente aos ditames da equidade e da boa-fé objetiva, configura uma obrigação iníqua e abusiva que põe o consumidor em uma posição de desvantagem exagerada (vide art. 51, IV do CDC). Desse modo, através da alusão a princípios protetivos à parte hipossuficiente, sustentam que tal aumento levaria a um enorme desequilíbrio entre as prestações e, conseqüentemente, um enriquecimento ilícito por parte da construtora.

Ocorre que, diferentemente do que sustentam os defensores dessa corrente, a instituição de retenção do percentual de 50% não impôs um desequilíbrio entre as prestações, mas, na verdade, colocou em pé de igualdade tanto a construtora, quanto o adquirente. Partindo-se do pressuposto de que não é interessante para a construtora, nem para o adquirente, que ocorra o desfazimento contratual do imóvel, nada mais justo do que ser imposta a mesma penalidade para ambos os polos. Por conseguinte, o mais correto seria dizer que a instituição do nova Lei proporcionou maior segurança para as partes contratantes, haja vista que ambos os polos possuem o mesmo desencorajamento em relação ao desfazimento contratual.

Outra questão pertinente que, semelhantemente, vem gerando controvérsias na doutrina, concerne ao processo de desistência de compra de imóveis na planta e a regulamentação do direito de arrependimento. De acordo com a nova Lei, observa-se que:

Art. 2º A Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 35-A, 43-A e 67-A:

Art. 67-A

[...]

§ 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. (Grifos acrescidos)

Em virtude do exposto, contemplando o entendimento de que o legislador permite o exercício do direito de arrependimento fora da sede do incorporador,

13.786/2018); o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento. *Conjur*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-lei-distrato.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.



pode-se concluir que, a contrario sensu, caso a alienação ocorresse dentro da sede do incorporador, não haveria pretensão a tal direito.

Além do mais, no que tange ao direito de arrependimento, é conveniente destacar que alguns doutrinadores defendem que haja a aplicação de tal artigo de forma diferente quando se tratar de relação consumerista, como o transcrito a seguir.

[...] se a **venda ocorrer na sede do incorporador e o adquirente for considerado consumidor**, entendemos que **deverá ser garantido o direito de arrependimento no prazo de 7 dias**, sob pena de estimularmos os incorporadores a, astutamente, passarem a atrair os consumidores para assinarem o contrato na sua sede, e não nos estandes de vendas.⁵ (Grifos acrescidos)

Contudo, permissa venia, por mais que se busque o ideal de proteção à parte hipossuficiente, nesse caso específico do art. 2º da Nova Lei dos Distratos, não quis o legislador abrir margem à interpretação de que caso o adquirente fosse considerado consumidor seria tratado de forma diversa, tendo em vista que nesse artigo não há nenhuma espécie de cláusula geral, muito menos conceito jurídico indeterminado, a ser preenchido pelo julgador no caso em concreto.

Ademais, é necessário salientar que tal argumento é facilmente rechaçado considerando-se que se porventura os incorporadores passassem a atrair os consumidores, de maneira astuta, a assinarem o contrato na sua sede, a fim de impedir a aquisição do direito de arrependimento por parte do adquirente, poderia ser alegado o instituto da lesão e a transgressão do princípio da boa-fé contratual em face da incorporadora.

Questão relevante, também relacionada ao direito de arrependimento, concerne ao prazo improrrogável de 7 (sete) dias e seu termo de início. Consoante dispositivo da nova Lei transcrito a seguir, tem-se que:

Art. 67-A.

[...]

§ 11. Caberá ao adquirente **demonstrar o exercício tempestivo 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. (Grifos acrescidos).

⁵ OLIVEIRA, Carlos E. Elias de; SILVA, Bruno Mattos e. *A recente Lei do Distrato (Lei nº 13.786/2018): o novo cenário jurídico dos contratos de aquisição de imóveis em regime de incorporação imobiliária e em loteamento*. Conjur, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-lei-distrato.pdf>>. Acesso em: 23 jan. 2019.



Ocorre que, ao invés de tal artigo propiciar maior segurança sobre o prazo para arrependimento, na verdade, acabou por prejudicar as Construtoras. Isso porque, não obstante a Lei tenha concedido um prazo relativamente curto para o consumidor, pode-se constatar que, conforme o art. 67-A, § 10 e § 11, não existe uma definição precisa acerca do termo inicial para a contagem do prazo, mas sim um conceito vago, haja vista que o exercício do direito de arrependimento terá como data inicial da contagem do prazo a data de postagem da carta com aviso de recebimento.

Neste aspecto, o legislador regulamenta a nova Lei de maneira rasa, pois quando se posiciona como sendo o termo inicial a data de postagem, abre-se um espaço para a existência de uma cláusula aberta a ser preenchida, caso a caso, pelos juristas. Ora, em momento algum o legislador menciona que o prazo inicial do direito de arrependimento começa a fluir a partir da assinatura do contrato pelo adquirente. Levando-se isso em consideração, dependendo do caso, a construtora poderá vir a suportar altos riscos administrativos, após a celebração do contrato imobiliário, e, conseqüentemente, terá que arcar com a devolução de todos os valores eventualmente antecipados, inclusive a comissão de corretagem.

Incumbe frisar, ainda, que, antes da instituição da Lei 13.786/2018, era possível a constatação de que, consoante a doutrina majoritária, o direito de desistir da compra do imóvel se dava até o momento de entrega das chaves. Atualmente, no entanto, houve o estabelecimento do denominado “valor de fruição” do Imóvel, o qual é assegurado caso haja desfazimento contratual após a entrega das chaves ao adquirente. Enquanto será garantido o percentual de 0,5% do valor atualizado do imóvel quando tratar-se de Incorporação Imobiliária, em caso de Loteamento tal percentual atingirá 0,75% da referida quantia. Destarte, é válido enfatizar que tal medida propiciou um prejuízo para ambos os polos, na medida em que, na jurisprudência nacional, já existia o entendimento, embora não totalmente consolidado, de incidência do percentual de 1% ao mês, em virtude da fruição do bem, conforme transcrito a seguir.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.350.460 - MS (2018/0215300-2) RELATOR : MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA AGRAVANTE : MARIA ELIZA RODRIGUES DA SILVA ADVOGADO : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL AGRAVADO : PROGEMIX PROGRAMAS GERAIS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA ADVOGADOS : LEONARDO FURTADO LOUBET - MS009444 MOHAMAD HASSAM HOMMAID - MS013032 PRISCILA RODIGUERO E OUTRO (S) - MS015783 DECISÃO Trata-se de agravo nos próprios autos (CPC/2015, art. 1.042) interposto contra decisão que inadmitiu o recurso especial por causa aplicação da Súmula n. 7/STJ (e-STJ fls. 214/216). O acórdão do TJMS traz a seguinte ementa (e-STJ fl. 168): EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REIN-



TEGRAÇÃO DE POSSE - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL - INADIMPLENTO DO PROMITENTE COMPRADOR TAXA DE FRUIÇÃO - DEVIDO - BASE DE CÁLCULO - VALOR ATUALIZADO DO IMÓVEL - RETENÇÃO DE 10% DO VALOR PAGO PELA REQUERIDA - PROPORCIONAL - RECURSO DESPROVIDO. De acordo com o artigo 475, do CC, “a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”. **É devida a indenização a título de fruição do imóvel, como forma de aluguel pelo tempo em que o devedor permaneceu inadimplente na posse do bem, incidindo o percentual de 1% (um por cento) por mês sobre o valor atualizado do imóvel.**

[...]

Neste contexto, **tem-se que a sua fixação em 1% (um por cento) por mês sobre o valor atualizado do imóvel, mostra-se suficiente para ressarcir o autor pelo tempo em que a apelante esteve na posse do imóvel sem efetuar o devido pagamento**

[...]

(STJ - AREsp: 1350460 MS 2018/0215300-2, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Publicação: DJ 02/10/2018)⁶ (Grifos acrescidos)

Tal prejuízo se deve ao fato de que o pagamento dos percentuais de 0,5% e 0,75% cabe não só ao consumidor, mas também à construtora. Em vista disso, percebe-se que ambos os polos deixarão de recolher uma quantia maior.

Conclusão

Por fim, levando-se em conta todo o exposto, pode-se chegar à conclusão de que a instituição da Lei 13.786/2018 no atual cenário de desfazimento contratual imobiliário veio a consagrar, apesar de tudo, uma tentativa de equilíbrio entre as partes contratantes.

É verdade que não há um posicionamento claro em que o legislador está evidentemente a favor ou não de maior proteção a alguma das partes, contudo, é possível notar que, enquanto algumas medidas acabaram por proteger mais as construtoras em detrimento dos consumidores, outras acabaram protegendo justamente o contrário. Desse modo, interpretando-se a Lei dos Distratos Imobiliários como um todo, o legislador procurou consubstanciar um sistema de proteção tanto da Construtora, quanto do Consumidor.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Agravo em Recurso Especial 1.350.460/MS – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Antônio Carlos Ferreira. Pesquisa de Jurisprudência, Decisões, 02 de outubro de 2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/633598801/agravo-em-recurso-especial-aresp-1350460-ms-2018-0215300-2?ref=serp>> Acesso em: 23 jan. 2019.*



Portanto, embora o legislador tenha pecado em alguns aspectos, como possibilitado a existência de algumas lacunas em branco e conceitos indeterminados, verifica-se que sua real intenção não é promover maior segurança para algumas das partes, mas sim promover maior segurança para ambos os polos da relação contratual.