

# CLÁUSULA PENAL E SUB-ROGAÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

*Daniel Valença de Queiroz<sup>1</sup>*

## **Introdução**

Durante toda a vida as pessoas passam por diversas situações em que surgem necessidades e desejos. Quando o jovem completa 18 anos é comum falar em obter o primeiro carro. Já quando se fala em casamento, a tradição remete a um ditado popular “Quem casa quer casa”, máxima popular ainda verdadeira. Seja para morar ou investir, a maioria das pessoas sonham em possuir a casa própria.

E por isso muitas pessoas passam um terço da vida, ou mais, economizando, guardando e investindo com o objetivo de conquistar o primeiro imóvel. Já outras, utilizam incentivos governamentais, a exemplo do Minha Casa Minha Vida, ou retiram empréstimos quase intermináveis. Comprometem-se e se endividam ao longo dos meses ou anos, e se não for bem planejado, podem até chegar em um momento em que não conseguem honrar os pagamentos do valor do imóvel parcelado, ficando inadimplentes.

Nessa hora, uma situação muito delicada surge para a família do indivíduo, pois o bem imóvel não pôde ser adquirido e é necessário desfazer o contrato da denominada Promessa de Compra e Venda, geralmente feita com incorporadoras ou loteadoras, que também pode ser realizada entre particulares.

Conhecido entre os juristas pelo termo “distrato”, trata-se de um ato jurídico que nos últimos anos, devido ao crescimento da comercialização de unidades habitacionais, fez aportar grande número de litígios na justiça, pois as partes não conseguiram chegar a um consenso quanto aos termos para o desfazimento do

---

*1 Acadêmico de Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Graduado em Publicidade e Propaganda também pela Universidade Católica de Pernambuco. Atualmente estagia na área de Direito Imobiliário, no escritório Coelho & Dalle Advogados, em Recife.*





contrato. O quantitativo de processos foi tão grande que surgiu a necessidade de o Estado tomar uma decisão e interferir na relação de compra, em que a incorporadora é a vendedora e o comprador o consumidor.

Esses processos surgiram para que o julgador definisse o valor ou percentual que a incorporadora pode reter sobre o total investido e já pago pelo comprador. Em sua grande maioria, firmou-se um entendimento de que seria de até 25%, podendo, entretanto, variar de acordo com o entendimento e arbitrariedade do juiz, acarretando a restituição integral ou instituição da retenção de um percentual maior.

Por isso, começou o burburinho no Congresso Nacional para criar uma lei ordinária que regulamentasse esse percentual. Dessa forma, foi idealizado o Projeto de Lei (PL) 1.220/15, de autoria do Deputado Federal Celso Ubirajara Russo-mano. No início, a proposta era de retenção de 10% do valor pago, pois além da retenção, não seriam devolvidos outros valores, por exemplo: IPTU, condomínio e demais taxas incidentes no imóvel.

Em Brasília, muito se conversou na Câmara dos Deputados, representantes de ambos os lados e pessoas interessadas argumentavam e apresentavam suas razões. Porém, uma pauta ficou em grande destaque: a das incorporadoras.

O principal argumento foi a necessidade de segurança jurídica, pois a taxa de distrato contratual em relações com incorporadoras estava muito alta. Com isso, os deputados estavam receosos de que ocorresse uma “bolha imobiliária”, semelhante à que originou a crise econômica nos Estados Unidos da América, no ano de 2007, refletindo na economia do mundo todo. Dessa forma, devido ao alto número de distratos, poderia ocorrer a inviabilização da construção do empreendimento, prejudicando os demais adquirentes.

### **1 Diferença da cláusula penal (multa) em incorporações e loteamentos**

As incorporações imobiliárias são disciplinadas pela Lei 4.591 de 16 de dezembro de 1964, que surge para regulamentar toda e qualquer atividade com fito de construir edificações, ou um conjunto delas, para realizar a comercialização. Essa lei, além indicar a responsabilização da entrega dentro do prazo estipulado sob o preço e demais condições pré-determinadas, prevê, também, a existência do “regime de afetação”, que é mais conhecido por “patrimônio de afetação”.

Para realizar a adesão a esse sistema, o incorporador deve registrá-la no Cartório de Imóveis da circunscrição em que está localizado o imóvel. Geralmente



é criada uma Sociedade de Propósito Específico, conhecida pela sigla SPE, para “representar” a incorporadora, afastando todos os recursos do empreendimento indicado dos outros recursos de propriedade da mesma incorporadora.

O Congresso Nacional convencionou, através da Lei 13.786 de 27 de dezembro de 2018 (“Lei dos Distratos”), a fixação das porcentagens a serem devolvidas ao adquirente, em caso de desfazimento do negócio, entre 25% e 50%, respectivamente, para quando não há patrimônio de afetação e para quando há. Entretanto, esses valores são destinados apenas para as incorporações, pois os loteamentos ficaram de fora dessa disposição.

No caso de loteamento, parcelamento do solo urbano regulado pela Lei 6.766 de 19 de dezembro de 1979, a retenção ficará limitada a até 10% do valor pago. Essa modalidade de empreendimento em resumo fica configurada quando o terreno é dividido em lotes e cortado por vias públicas. A matrícula-mãe do imóvel, uma espécie de identidade do terreno que foi ou será dividido, é extinta, existindo apenas os novos lotes fracionários.

## **2 Proporcionalidade da cláusula penal (multa) para comprador e aplicação do Código de Defesa do Consumidor**

Os valores de retenção de 50%, 25% e 10% são referentes a multa pelos distratos e estão previstos, após alterações, no artigo 67-A da Lei 4.591/64. Entretanto, se o consumidor que teve que realizar o distrato necessitou pagar outros valores, estes não serão restituídos, ao exemplo da taxa do corretor, IPTU, condomínio e demais taxas, o que pode ultrapassar os 50% do valor do pago.

Essa porcentagem pode ser ultrapassada nos casos de incorporações com patrimônio de afetação, quando o comprador é um investidor. Dessa forma, pode não haver proporcionalidade na relação contratual.

Situação mais grave ocorre quando o comprador é consumidor do imóvel, pois há grave violação dos incisos III e IV do artigo 51 da Lei 8.078/90, que dispõe sobre a proteção do consumidor, conhecida por Código de Defesa do Consumidor:

**Art. 51, CDC.** São **nulas de pleno direito**, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: [...]

III - **transfiram responsabilidades** a terceiros;





IV - Estabeleçam **obrigações consideradas iníquas, abusivas**, que **coloquem o consumidor em desvantagem exagerada**, ou sejam **incompatíveis com a boa-fé** ou a equidade; [...]. (grifos adicionados)

Essa lei surgiu em 11 de setembro de 1990 com o objetivo de proteger a parte mais fraca nas relações jurídicas em que há consumo, por exemplo, a celebração do contrato de venda e compra, inclusive de imóveis. No caso concreto, aceitando integralmente as alterações elencadas pela Lei dos Distratos, a responsabilidade do negócio é transferida para o consumidor, o que ocasiona uma desvantagem exagerada ou abusiva.

Por outro lado, as incorporadoras não são instituições bancárias, e, por isso, dependem do investimento dos compradores. Caso um desista e não ocorra nenhuma penalidade, pode ser prejudicial para o direito do outro, no caso de a obra não ser finalizada e entregue.

Faz-se importante salientar que há um liame objetivo definido pela jurisprudência em termos quantitativos de imóveis por empreendimento, para caracterizar a diferença entre o consumidor e o investidor, para eventuais casos em que este não anuncie sua condição na relação contratual. Caso um indivíduo adquira até 3 (três) imóveis em um mesmo empreendimento, seja ele incorporação ou loteamento, automaticamente é considerado consumidor, o que confere a proteção das relações comerciais pelo Código do Consumidor. Porém, se adquirir mais, a jurisprudência entende que é um investidor e não há a proteção mencionada. Esse entendimento pode ser conferido na ementa a seguir:

87794581 - RESCISÃO CONTRATUAL. Compromisso de compra e venda. Adquirentes-investidores que adquiriram 4 unidades de empreendimento das incorporadoras-rés. Desistência dos negócios, por não se mostrarem mais vantajosos. Ausência de imputação de culpa às vendedoras. Análise do atual contexto econômico do setor imobiliário. Distratos que agravam a situação de crise do setor. Devolução de quantias pagas que se deve dar nos termos do contrato. Acertamento apenas no que diz respeito ao prazo de devolução, que deverá ser feito em 4 parcelas. Ilegalidade de cobrança das taxas SATI. Obrigatória devolução. JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA. Incidência. Juros desde o trânsito em julgado. Precedentes STJ. Correção monetária desde o ajuizamento da ação. Art. 1º § 2º da Lei nº 6.899/81. Recurso provido em parte. (TJSP; APL 1003676-90.2015.8.26.0590; Ac. 11085717; São Vicente; Quarta Câmara de Direito Privado; Rel. Des. Teixeira Leite; Julg. 14/12/2017; DJESP 24/01/2018; Pág. 4664)

Para reforçar o entendimento da não aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nesses casos em que o comprador é equiparado o investidor por não ser destinatário final, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não autorizou a inversão do ônus da prova, previsto no CDC no inciso IV do artigo 51, para a rescisão contratual de venda e compra de imóveis:





AGRAVO INTERNO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO ORDINÁRIA. RECURSO CONTRA DECISÃO DO RELATOR. APLICAÇÃO DO ART. 932 DO CPC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RELAÇÃO DE CONSUMO. AUSÊNCIA. Não se ajusta às regras de consumo a transação de compra e venda quando o comprador não será destinatário final por se tratar de imóveis para investimento ou rendas; e a ela não se submete a inversão do ônus da prova prevista no inc. VIII do art. 6º do CDC. - Circunstância dos autos em que a relação jurídica não é de consumo; e se impõe manter a decisão do relator por adequada aplicação da regra contida no art. 932, I do CPC/15. RECURSO DESPROVIDO. (Agravado Nº 70079296802, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Moreno Pomar, Julgado em 22/11/2018)

Dessa forma, faz-se necessária a divisão entre esses dois tipos de compradores de imóveis para analisar e entender se o Código do Consumidor deve ser aplicado ou não, levando-se em conta o que garanta mais segurança na relação contratual.

### **3 Da sub-rogação contratual**

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves<sup>2</sup>, a sub-rogação é a substituição de uma coisa ou pessoa por outra. Assim, se uma pessoa toma o lugar de outro em uma relação jurídica, tem-se uma sub-rogação pessoal.

Aplicando esse conceito aos contratos imobiliários, tem-se que a sub-rogação acontece sempre que um terceiro assume as obrigações decorrentes de um contrato de que, originalmente, não participou. Nessa situação, os direitos decorrentes da relação jurídica também são repassados e o sub-rogado é excluído, conforme prescreve o artigo 349 do CC:

Art. 349. A sub-rogação transfere ao novo credor todos os direitos, ações, privilégios e garantias do primitivo, em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores.

De acordo com o § 9º do artigo 67-A da lei dos distratos, não será aplicada multa nos casos hipotéticos em que o adquirente der causa ao desfazimento do contrato, mas encontre algum substituto para assumir os direitos e obrigações originalmente por ele assumidos. O ponto a ser levado em consideração é que no mesmo parágrafo há a previsão da necessidade de anuência do incorporador, bem como da aprovação dos cadastros e da capacidade financeira e econômica da pessoa que irá substituir o adquirente.

E conforme indicado no § 1º do artigo 67-A da mesma lei, ele pode negar a realização da sub-rogação ainda que não sofra prejuízos, apenas com a intenção de lucrar mais, pois poderá receber o valor relativo à cláusula penal e ainda

<sup>2</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil 1. Esquematizado: parte geral*. 6ª ed. São Paulo. Saraiva, 2016, p. 634.



pode negociar com outro comprador, inclusive com a mesma pessoa que iria sub-rogar-se no lugar do adquirente originário.

Esse é mais um ponto que vai de encontro com os já mencionados incisos III e IV do artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor, pois ao autorizar que o incorporador transfira mais responsabilidade para o consumidor, a nova lei põe em risco o equilíbrio na relação contratual.

É importante destacar que o legislador regulamentou a sub-rogação apenas para relações jurídicas entre incorporadora e adquirente. Não incluiu aqui a loteadora. Entretanto, devido a esse instituto estar presente no Código Civil, aparentemente será utilizado por analogia.

### **Percepções conclusivas**

Diante do momento econômico, o poder legislativo demorou para finalizar a regulação de um instituto tão importante para o desfazimento do contrato de venda e compra de imóveis, cujo ápice da judicialização iniciou-se em 2015. Porém, as novidades são muito bem-vindas para dirimir discussões sobre os termos do distrato de negócio imobiliários, e já estão sendo capazes de garantir maior segurança jurídica aos negócios.

Com o olhar um pouco mais aprofundado, a nova Lei em grande parte manteve o que já era praticado pelo poder judiciário ao utilizar 25% de retenção em caso de resolução do contrato por parte do adquirente. O que se distancia do modelo anterior são os casos em que há regime de afetação em incorporações, hipótese em que essa retenção salta para 50%. Nos dois casos são adicionados aos valores não restituídos a taxa de corretagem, IPTU, condomínio e demais taxas de decorrentes do imóvel.

A soma desse percentual com os valores adicionados prejudica e fere a equidade contratual. Inclusive, quando há relação de consumo, ou seja, quando o adquirente não for investidor, foge às regras do Estatuto do Consumidor que defende o lado hipossuficiente. Entretanto, para investidores o risco e a responsabilidade são compartilhados, o que torna a relação regente pelo Código Civil e não pelo CDC.

A permanência e aplicação da lei está sendo direta, pois a lei em seu último artigo prevê aplicação imediata para contratos iniciados após a publicação do diploma legal. Por ser muito “jovem” ainda há pouca apreciação da norma para lapidação pelo judiciário. Os dois pontos que deverão ser analisados são o





percentual de retenção nos casos de incorporações com regime de afetação e a discricionariedade da incorporadora na rejeição de uma possível sub-rogação, o que a nosso ver caracterizaria enriquecimento ilícito pela empresa, o que é vedado pelo artigo 884 do Código Civil.

Além dessas novidades já mencionadas, foram inseridas o prazo de sete dias para arrependimento da compra em alguns casos especiais e a obrigatoriedade de no contrato estar presente um quadro-resumo com todos os gastos e previsão de pagamento, o que facilita para o consumidor uma visão geral do negócio, permitindo programar-se melhor para não ocorrer a inadimplência e necessitar encerrar o contrato.

Portanto, diante de todas as mudanças trazidas pela Lei dos Distratos, é perceptível que foram benéficas tanto para o adquirente do imóvel, quanto para a incorporadora ou loteadora, razão pela qual a compra de um imóvel com uma incorporadora ou loteadora está mais segura. Ainda assim, é de fundamental importância estar bem assistido por um advogado especializado na hora da realização do sonho.